

Strafschadensersatz als Rechtsfolge nach § 15 AGG

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von

Michelle Küster
aus Arnsberg

2010

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2009/2010 als Dissertation der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg angenommen. Tag der mündlichen Prüfung war der 10. März 2010. Berücksichtigt wurde Literatur bis zum September 2010.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Christoph Weber, der die Entstehung der Arbeit mit Interesse begleitet hat und mir stets mit fachlichem Rat zur Seite stand. Zu Dank verpflichtet bin ich zudem Herrn Prof. Dr. Christof Kerwer für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Diese Arbeit ist meinen Eltern und meiner Großmutter gewidmet, die mich während jeder Phase meiner juristischen Ausbildung unterstützen und mir auch bei der Anfertigung der Dissertation stets Halt gaben. Meiner gesamten Familie und meinen Freunden gebührt mein Dank.

Würzburg im Oktober 2010

Michelle Küster

Inhaltsübersicht

EINLEITUNG	1
A. Einführung in das Thema dieser Arbeit	1
B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	2
C. Gang der Arbeit	3
ERSTER TEIL - EUROPÄISCHE VORGABEN UND IHRE UMSETZUNG	6
A. Gleichstellung als Ziel des Antidiskriminierungsrecht	6
B. Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EG	11
C. § 611a BGB unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EuGH.....	24
D. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz 2006	50
E. Ergebnis zum ersten Teil	76
ZWEITER TEIL - § 15 AGG UND DIE EUROPÄISCHEN SANKTIONSERFORDERNISSE	82
A. Problemstellung.....	82
B. Rechtsfolgenregelungen des § 15 AGG	82
C. § 15 AGG und die europäischen Vorgaben.....	117
D. Ergebnis zum zweiten Teil	131
DRITTER TEIL - § 15 AGG IM DEUTSCHEN RECHTSRAUM	133
A. Ausgangsüberlegungen	133
B. Strafende Elemente des § 15 AGG und <i>punitive damages</i>	136
C. Pönale Elemente im deutschen Privatrecht	196
D. § 15 AGG im Lichte des Verfassungsrechts	256
E. Ergebnis zum dritten Teil	283
ABSCHLIEßENDE BEURTEILUNG UND GESAMTERGEBNIS	293
A. Rechtspolitische Erwägungen	293
B. Ausblick.....	298
C. Endergebnis: 10 Thesen zur pönalen Funktion des § 15 AGG	300
Literaturverzeichnis.....	303

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	1
<u>A. Einführung in das Thema dieser Arbeit</u>	1
<u>B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung</u>	2
<u>C. Gang der Arbeit</u>	3
ERSTER TEIL - EUROPÄISCHE VORGABEN UND IHRE UMSETZUNG	6
<u>A. Gleichstellung als Ziel des Antidiskriminierungsrecht</u>	6
I. Allgemeines.....	6
II. Ziel des europäischen Antidiskriminierungsrechts.....	6
III. Bedeutung für das nationale Arbeitsrecht	8
<u>B. Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EG</u>	11
I. Die Richtlinie als zentrales Regelungsinstrument	11
II. Inhalt der Antidiskriminierungsrichtlinien im Allgemeinen	14
III. Die Richtlinien im Einzelnen	16
1. Die Richtlinien 76/207/EWG und 2002/73/EG	16
2. Die Richtlinie 2000/43/EG.....	18
3. Die Richtlinie 2000/78/EG.....	19
4. Die Richtlinie 2004/113/EG.....	20
5. Neuere Entwicklung: Die Richtlinie 2006/54/EG.....	21
IV. Kritik und Probleme bei der Umsetzung in das deutsche Recht.....	22
<u>C. § 611a BGB unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EuGH</u>	24
I. Allgemeines.....	24
II. Erste Fassung - § 611a BGB als „Portoparagraph“	26

1. Das v. Colson und Kamann-Urteil und das Harz-Urteil	28
a) Inhalte der Entscheidungen	28
(aa) Das v. Colson und Kamann – Urteil	28
(bb) Das Harz-Urteil.....	29
(cc) Folgerungen aus beiden Urteilen	30
b) Konsequenzen für das deutsche Recht.....	30
(aa) Die Tierannahme-Entscheidung.....	31
(bb) Vergleichbare Entscheidungen	33
2. Das Dekker-Urteil	34
a) Inhalt	34
b) Konsequenzen für das deutsche Recht.....	35
3. Bedeutung der EuGH-Urteile für § 611a BGB	36
III. Zweite Fassung des § 611a BGB.....	37
1. Ausgangslage	37
2. Die Marshall-Urteile	40
IV. Letzte Fassung des § 611a BGB.....	41
1. Ausgangslage	41
2. Das Draehmpaehl-Urteil	42
3. Konsequenzen für § 611a BGB.....	44
4. Schwachstellen des § 611a BGB in seiner letzten Fassung	47
<u>D. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz 2006</u>	50
I. Umsetzungsprobleme und Stand vor Verabschiedung des AGG.....	50
1. Ausgangslage: Die Notwendigkeit einer Neuregelung	50
2. Das Rechtsetzungsdefizit	53
a) Allgemeines zur Rechtslage	53
b) Einzelne Regelungen zum Antidiskriminierungsrecht	54
(aa) Grundgesetzliche Normen.....	54
(1) Zugang zu öffentlichem Dienst und Bundesbehörden	54
(2) Art. 3 GG	55
(3) Drittwirkung des Art. 3 GG	55
(bb) Zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	57

(cc) Spezielle arbeitsrechtliche Normen	58
c) Zwischenergebnis.....	62
3. Optionen für die Umsetzung	64
a) Konkrete Rechtsfolgen.....	64
b) Form der Umsetzung.....	65
II. Die Entwürfe für ein Antidiskriminierungsgesetz	67
III. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (April 2006).....	69
1. Entscheidung für eine umfassende Neuregelung	69
2. Aufbau des AGG.....	72
3. Rechtsfolgenregelungen im AGG	73
a) Allgemeine Rechtsfolgen von Diskriminierungen.....	73
b) § 15 AGG.....	74
<u>E. Ergebnis zum ersten Teil</u>	76
I. Überblick über die Sanktionserfordernisse.....	76
II. Konsequenzen für das deutsche Recht	81
ZWEITER TEIL - § 15 AGG UND DIE EUROPÄISCHEN SANKTIONSERFORDERNISSE.....	82
<u>A. Problemstellung</u>	82
<u>B. Rechtsfolgenregelungen des § 15 AGG.....</u>	82
I. Schadensersatz - § 15 I AGG	82
1. Allgemeines.....	82
2. Voraussetzungen für den Schadensersatz	83
a) Pflichtverletzung: Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot.....	83
b) Keine Rechtfertigung	83
c) Schaden und Kausalität	84
3. Verschuldenserfordernis.....	86
4. Zurechnungsprobleme - Haftung des Arbeitgebers für Dritte	87
5. Beweislast.....	89

6. Umfang des Schadensersatzanspruches	91
a) Allgemeines.....	91
b) Nichteinstellung	92
c) Nichtbeförderung	94
d) Gleiches Entgelt	95
7. Keine Höhenbegrenzung	96
II. Entschädigungsanspruch – § 15 II AGG	98
1. Allgemeines.....	98
2. Voraussetzungen für Entschädigung.....	99
a) Vorliegen einer Benachteiligung.....	99
b) Schaden	99
c) Kein Verschulden.....	101
d) Kausalität	103
3. Umfang des Entschädigungsanspruches	103
a) Allgemeines.....	103
b) Bemessungskriterien	104
c) Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers	105
d) Besonderheit der Höhenbegrenzung	107
III. Anwendung kollektiv-rechtlicher Vereinbarungen.....	110
IV. Fristen für die Geltendmachung beider Ansprüche.....	111
V. Verhältnis der §§ 15 I und 15 II AGG.....	111
VI. Konkurrenzen	113
VII. Zusammenfassung.....	115
1. Zweck des § 15 AGG	115
2. Die Rechtsnatur des § 15 AGG	116
<u>C. § 15 AGG und die europäischen Vorgaben.....</u>	117
I. Probleme im Zusammenhang mit dem Verschulden	117
1. „Vertretenmüssen“ als Haftungsvoraussetzung	117
a) Europäische Vorgaben	117

b) § 15 AGG aus europäischer Sicht.....	119
2. Konsequenzen	124
a) Europarechtswidrigkeit des § 15 AGG	124
b) Nichtanwendung	124
c) Auslegung im Sinne des europäischen Rechts.....	125
II. Pönale Elemente des § 15 AGG.....	126
1. Anwendung des § 15 AGG im deutschen Recht.....	126
2. Raum für „Sanktionen“	128
a) Intention des Gesetzgebers.....	128
b) Abkehr vom Ausgleichsprinzip	129
c) Bemessung der Anspruchshöhe	130
<u>D. Ergebnis zum zweiten Teil</u>.....	131
DRITTER TEIL - § 15 AGG IM DEUTSCHEN RECHTSRAUM.....	133
<u>A. Ausgangsüberlegungen</u>	133
I. Einleitung.....	133
II. § 15 AGG im Spannungsfeld zwischen europäischem und deutschem Recht ...	134
<u>B. Strafende Elemente des § 15 AGG und punitive damages</u>	136
I. Probleme bei der Einführung fremder Rechtsinstitute	136
II. Punitive damages als Vorbild für das AGG	138
1. Punitive Damages im Allgemeinen.....	138
a) Begriff der punitive damages	138
b) Historie.....	140
c) Verbreitung	141
d) Weitere Entwicklung des Rechtsinstitutes.....	142
e) Voraussetzungen der punitive damages	143
f) Ausgestaltung	144
g) Funktionen der punitive damages	148
(aa) Allgemeines	148

(bb) Bestrafungsfunktion.....	148
(cc) Abschreckungsfunktion	149
(dd) Ausgleichsfunktion.....	150
(ee) Genugtuungsfunktion.....	152
(ff) Zusammenfassung.....	154
h) Der Erfolg der punitive damages	155
i) Qualifikation als Zivilrecht	156
j) Kritik an punitive damages in Common Law - Ländern	158
2. Punitive damages im amerikanischen Arbeitsrecht	160
a) Allgemeines.....	160
b) Diskriminierungsverbot	161
(aa) Zu den Voraussetzungen.....	161
(bb) Rechtsfolgen unzulässiger Diskriminierungen.....	164
(1) <i>Allgemeines</i>	164
(2) <i>Voraussetzungen</i>	165
(3) <i>Besonderheiten im amerikanischen Recht</i>	168
c) Kündigungsschutz	170
3. Zwischenergebnis.....	171
III. Punitive damages und Antidiskriminierungsrecht in Europa	174
1. Außenwirkung von punitive damages in europäischen Rechtskreisen	174
a) Der Einzug des Rechtsgedankens in europäische Rechtssysteme	174
b) Punitive damages und Antidiskriminierungsrecht.....	176
c) Die „Anregungsfunktion“ des US-amerikanischen Rechts.....	177
(aa) Anglo-amerikanisches Recht als Vorbild für europäisches Antidiskriminierungsrecht.....	177
(bb) Vorbildfunktionen im Einzelnen	178
(1) <i>Mittelbare Diskriminierung - Das Jenkins-Urteil des EuGH</i>	178
(2) <i>Beweislastregeln</i>	180
(3) <i>Hostile Work Environment</i>	181
(4) <i>Unternehmerische Maßnahmen als Notwendigkeit</i>	182
2. Ergebnis.....	182
IV. Punitive damages als Teil des deutschen AGG?	183
1. Zur generellen Anerkennungsfähigkeit von punitive damages.....	183

a) Konflikte mit dem deutschen Recht	183
b) Neuere Auffassungen	185
2. Zur Einführung von punitive damages im Antidiskriminierungsrecht	186
a) Argumente gegen punitive damages	186
b) Punitive damages und das AGG	189
c) Unterschiede zwischen anglo-amerikanischem und europäischem Recht.....	190
(aa) Differenzierungsmöglichkeiten nach europäischem Recht.....	190
(bb) Diskriminierende Absicht.....	190
(cc) Besondere Maßnahmen: Affirmative actions	193
(dd) Strafe als Selbstzweck	193
3. Ergebnis.....	194
a) Einordnung des § 15 AGG als Regelung i. S. v. punitive damages.....	194
b) Strafcharakter der Norm	195
<u>C. Pönale Elemente im deutschen Privatrecht</u>	196
I. Ausgangsüberlegungen: Das Problem der Strafe im Zivilrecht	196
II. Vorteile strafender Aspekte für die Rechtsdurchsetzung	198
1. Effektive Rechtsdurchsetzung.....	198
2. Verwirklichung des Zieles der Gleichstellung	200
III. Die Trennung von öffentlichem Recht und Zivilrecht	201
1. Zur „systemsprengenden“ Wirkung des europäischen Rechts.....	201
2. Die Unterschiede zwischen Strafrecht und Zivilrecht.....	205
a) Allgemeines.....	205
b) Strafrecht.....	207
(aa) Prinzipien des Strafrechts.....	207
(bb) Begriff der Kriminalstrafe	208
c) Zivilrecht bzw. Schadensersatzrecht	209
(aa) Prinzipien des Zivilrechts.....	209
(bb) Begriff der Privatstrafe	212
(cc) Der Gedanke der Prävention	213
(dd) Neuere Ansätze zur Pönalisierung des Privatrechts	214
IV. Ausnahmen vom Kompensationsgrundsatz	216

1. Die „Strafen“ im Vertragsrecht	216
a) Allgemeines.....	216
b) Die Vertragsstrafe, § 339 BGB	217
c) „Strafen“ im Arbeitsrecht.....	218
2. Sonstige Regeln außerhalb des Deliktsrechts.....	219
a) Überblick.....	219
b) § 817 S. 2 BGB	220
c) § 241 a BGB und § 661 BGB.....	221
d) Gesetzliche Vermutungen – insbesondere Verzugszins	223
3. Deliktsrecht	223
a) Funktionen des Deliktsrechts	223
b) Haftung für immaterielle Schäden	224
(aa) Grundlagen.....	224
(bb) Folge der Grundsatzrechtsprechung	225
(cc) Pönalisierung des Schmerzensgeldes.....	227
(dd) Die Entschädigung im Caroline-Fall	229
(ee) Einordnung des Begriffs der „Genugtuung“	231
(ff) Bedeutung für die Privatstrafe	234
c) Schwere Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Arbeitsverhältnis.....	237
4. Immaterialgüterrecht und gewerblicher Rechtsschutz	238
a) Allgemeines.....	238
b) Verletzung von Immaterialgüterrechten und dreifache Schadensberechnung... 239	
V. Die Gefährdungshaftung	241
VI. Ausnahmen der strikten Trennung aus der Sicht des Strafrechts - Die Privatklage und das Adhäsionsverfahren	244
VII. Konsequenzen	245
1. Zur Renaissance der Privatstrafe.....	245
2. Öffnung des deutschen Rechts für Verhaltenssteuerung.....	247
a) Verhaltenssteuerung als Ziel zivilrechtlicher Normen.....	247
b) Kritische Anmerkungen	250
c) Vermittelnder Ansatz: Ergänzung des Ausgleichsprinzips um pönale Aspekte	251
d) Neue Rückschlüsse auf punitive damages?	254
3. Ergebnis.....	254

<u>D. § 15 AGG im Lichte des Verfassungsrechts</u>	256
I. Einleitung	256
II. Eingriff in die Vertragsfreiheit	256
1. Einschränkung der Privatautonomie und Eingriff in die Vertragsfreiheit	256
a) Einleitung	256
b) Das Problem des faktischen Kontrahierungszwangs	257
(aa) Die geschützte Vertragsfreiheit.....	257
(bb) Das AGG und die Vertragsfreiheit	259
(1) Voraussetzungen eines Kontrahierungszwangs.....	259
(2) Eingriff - Faktische Beeinträchtigung	260
(3) Rechtfertigung des Eingriffs	263
(cc) Ergebnis	266
c) Strafcharakter des Gesetzes.....	267
2. Verfassungskonformität privatrechtlicher Verhaltenssteuerung.....	270
III. Die Verhältnismäßigkeit des § 15 AGG	272
1. Keine Obergrenze.....	272
2. Fehlende Kalkulierbarkeit der Forderungshöhe und Übermaßverbot.....	273
3. „Professionelle“ Diskriminierungsklagen	274
IV. Verstoß gegen den ordre public	276
V. Ausklammerung des Verschuldensprinzips	276
1. Problemstellung.....	276
2. Gefährdungshaftung und pönale Aspekte in § 15 AGG	277
3. Lösungsmöglichkeiten	280
a) Kein Verschuldenserfordernis.....	280
b) Sanktionen und verschuldensunabhängige Haftung	280
c) Rechtsprechung im Sinne der Verhältnismäßigkeit.....	281
<u>E. Ergebnis zum dritten Teil</u>	283
I. Privatstrafe und Schwerpunkt auf dem Aspekt der Prävention	283
1. Zur Frage der Privatstrafe	283

2. Zum Schwerpunkt der Prävention.....	283
II. § 15 AGG als „Strafschadensersatz“	285
1. Der Begriff des „Strafschadensersatzes“ im Antidiskriminierungsrecht	285
2. Bedeutung für die aktuelle Rechtsprechung.....	289
ABSCHLIEBENDE BEURTEILUNG UND GESAMTERGEBNIS	293
<u>A. Rechtspolitische Erwägungen</u>	293
I. Verwirklichung der Gleichstellung	293
II. Kritik an der Erfolgswirksamkeit des § 15 AGG.....	294
III. Missverhältnis	296
<u>B. Ausblick</u>	298
<u>C. Endergebnis: 10 Thesen zur pönalen Funktion des § 15 AGG</u>	300
Literaturverzeichnis.....	303

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	Anderer Ansicht
ABl. EG (EU)	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (der Europäischen Union)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Jahr und Seite)
ADG-E	Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt (Jahr und Seite)
Art.	Artikel
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
BR-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrats
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
d. h.	das heißt
DVBl	Deutsche Verwaltungsblätter (Jahr und Seite)
EG	Europäische Gemeinschaft; EG-Vertrag
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte
EU	Europäische Union, EU-Vertrag
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	und folgende
ff.	und fortfolgende
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
Ggf.	gegebenenfalls
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
i. d. R.	in der Regel
InsO	Insolvenzordnung
IPrax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Jahr und Seite)
i. S. d.	Im Sinne der/des
I. Ü.	Im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit

JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr und Seite)
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. Nw.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Jahr und Seite)
RdA	Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
RG	Reichsgericht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Jahr und Seite)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RPfl	Rechtspfleger (Jahr und Seite)
Rz.	Randzeichen
S.	Satz
SAE	Sammlung arbeitsgerichtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
StPO	Strafprozessordnung
u.	und
u. ä.	und ähnliche (s)
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
VersR	Versicherungsrecht (Jahr und Seite)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	verglichen
VO	Verordnung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen (Jahr und Seite)
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Jahr und Seite)
z. B.	Zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Jahr und Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Jahr und Seite)
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Jahr und Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Jahr und Seite)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Jahr und Seite)

Einleitung

A. Einführung in das Thema dieser Arbeit

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit Rechtsfolgen bei Diskriminierungen und Ungleichbehandlungen durch den Arbeitgeber, wie sie durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Deutschland seit Mitte 2006 eingeführt wurden.

Diskriminierung ist mit den Worten *Pickers* eine „besonders hässliche soziale Erscheinung“¹. Sie beginnt immer dort, wo die Andersartigkeit eines Menschen Geringschätzung, Verachtung, Vorurteile oder Hass hervorbringt. Das Persönlichkeitsrecht des Diskriminierungsopfers wird bei offener wie verdeckter Diskriminierung verletzt. Weil dadurch die grundsätzlich garantierte Gleichrangigkeit und Gleichwertigkeit der Person in Frage gestellt werden, sind Diskriminierungen und Ungleichbehandlungen aller Art zu verhindern und zu bekämpfen². Dies ist nicht nur im deutschen Rechtsraum seit langer Zeit erkannt, sondern auch durch supranationales europäisches Recht zum Umsetzungsauftrag geworden. Der europäische Gesetzgeber nutzt zusehends die Möglichkeit, innerhalb der gesamten EG harmonisierend und rechtsangleichend auch neue Lösungen speziell im Arbeitsrecht vorzubereiten³. Je mehr die nationalen rechtskulturellen Vorgaben in den Hintergrund treten und die Lösung sozialer Konflikte vor allem durch das Richterrecht in den Vordergrund tritt, umso mehr wird auch das Haftungsrecht „transnationaler“⁴. Der geplante, dann jedoch gescheiterte Vertrag über eine Verfassung für Europa legt als gemeinsame Grundlage der Gesellschaften der Mitgliedstaaten nicht nur Pluralismus, Toleranz, Gerechtigkeit und Solidarität fest, sondern spricht in diesem Kontext auch von der „Nichtdiskriminierung“, die in allen Staaten gleichsam anerkannt sei⁵. Die Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Diskriminierungen war daher immer wieder Thema des Verfassungsentwurfes⁶. Mit dem neuen EU-Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 rückt Antidiskriminierung noch weiter ins Zentrum der Europäischen Politik. Nichtdiskriminierung wird gleich am Anfang des Vertrags im Zusammenhang mit europäischen Werten genannt (Art. 1a). Auch bei den Zielen der EU steht die Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Diskriminierung an prominenter Stelle (Art. 2 Abs. 3).

Das Antidiskriminierungsrecht beschäftigt sich zunächst zentral damit, was eine diskriminierende Verhaltensweise ausmacht und was eine Ungleichbehandlung ist. Es regelt aber nicht

¹ Siehe *Picker*, ZfA 2005, 167 (171).

² Z. B. *Picker*, ZfA 2005, 167 (171).

³ So schon *Heinze*, RdA 1994, 1 (11).

⁴ Diesen Begriff verwendet *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 33.

⁵ Art. I-2 des Verfassungsvertragsentwurfes.

⁶ Zusammenfassung bei *Reichold*, ZfA 2006, 257 (260).

nur, wenn eine unzulässige Diskriminierung vorliegt, sondern legt auch konkrete Rechtsfolgen für benachteiligende Verhaltensweisen fest.

B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Jeder Mitgliedstaat der Gemeinschaft hat die Aufgabe, europäische Vorgaben in sein Rechtssystem zu integrieren. Dabei ergibt sich jedoch häufig die Fragestellung, ob die neuen Normen im nationalen Rechtssystem auch integrierbar sind. Der für diese Arbeit relevante § 15 AGG regelt die zentralen Rechtsfolgen für Diskriminierungen und Ungleichbehandlungen im Arbeitsrecht.

Die vorliegende Untersuchung verfolgt das Ziel, diese arbeitsrechtliche Norm auf ihre Tauglichkeit und Konformität einerseits mit den europäischen Vorgaben und andererseits mit dem deutschen Recht zu untersuchen. Die aus europäischer Sicht denkbaren Rechtsfolgen müssen Vorgaben erfüllen, die durch die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und die Rechtsprechung des EuGH gegeben wurden.

Es ist nicht immer klar, was genau die Umsetzungsregelungen mitbringen müssen, um diesen Anforderungen gerecht zu werden. Es existiert eine große Anzahl verschiedener Urteile und gesetzlicher Vorgaben, die nur zusammen betrachtet einheitliche Anforderungen ergeben. Die Rechtsfolgen können deshalb sehr unterschiedlich ausgestaltet sein, wie auch die verschiedenen Umsetzungsversuche in den einzelnen Mitgliedstaaten zeigen.

Für diskriminierte Arbeitnehmer sind im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zunächst Beschwerde- und Leistungsverweigerungsrechte vorgesehen. Für die vorliegende Untersuchung sind aber vor allem diejenigen Regelungen von Interesse, die sich mit Schadensersatz und Entschädigung bei der Diskriminierung durch den Arbeitgeber auseinandersetzen und gegebenenfalls sogar Sanktionen für geschehene Diskriminierungen festlegen: § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG.

Es stellt sich hinsichtlich dieser Normen zunächst die Frage, ob sie die Vorgaben des Europäischen Rechts erfüllen. Weiter ist darüber hinaus darzulegen, ob sie in das hiesige Recht gut integriert wurden oder vielmehr als Ableger fremder Rechtsordnungen unpassend und damit systemfremd sind. Dies wird sehr kritisch betrachtet. *Tschöpe* zum Beispiel bezeichnet angesichts der Sprengkraft der Änderungen, die durch die europäischen Richtlinien auf das Arbeitsrecht einwirken, selbst die Schuldrechtsreform nur noch als „Knallfrosch“⁷. Ob dies bestätigt werden kann, soll die folgende Untersuchung zeigen: Liegt einem solchen Gesetz zum

⁷ Formulierung bei *Tschöpe*, NZA-RR 2003, 393 (395).

diskriminierungsfreien Deutschland ein sozialparadiesischer Glaube zu Grunde⁸ oder kann tatsächlich das Ziel der Gleichstellung verwirklicht werden? Werden der Privatperson unzulässigerweise die Folgen eines staatlichen Handlungsauftrags aufgezwängt? Und führen bestimmte Rechtsfolgenregelungen dazu, dass der Rechtsverkehr unter Privaten einer übergeordneten Moral gehorchen muss, was letztlich die Privatautonomie zerstört und einen Verfassungsverstoß bedeutet⁹?

Bekannt sind bereits Darstellungen zu Reibungspunkten des deutschen und europäischen Rechts mit pönalen Gedanken zu § 241 a BGB¹⁰, zu § 847 BGB¹¹ oder auch § 817 S. 2 BGB¹². Diese Arbeit beschäftigt sich nun vorrangig mit § 15 I und II AGG und deren Rechtsfolgen bzw. Sanktionswirkungen.

C. Gang der Arbeit

Im Vordergrund der Untersuchung stehen zunächst die im europäischen Recht bestehenden Grundsätze der Gleichbehandlung und Gleichstellung, die in den Mitgliedstaaten verwirklicht werden sollen. Anschließend werden die Inhalte der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien erläutert, welche auf Grund dieser Normen des EG-Vertrages entwickelt wurden und hinsichtlich derer ein Umsetzungsauftrag vorliegt. Diese Richtlinien enthalten spezielle Vorgaben für die relevanten Rechtsfolgen geschehener Diskriminierungen, welche herausgearbeitet werden sollen. Dabei ist zu klären, inwieweit die Vorgaben verlangen, dass Diskriminierungen sanktioniert werden müssen, um ein genügendes Maß an Abschreckung zu erzeugen. Anschließend erfolgt ein Überblick über die Gesetzgebungsgeschichte zum deutschen Antidiskriminierungsrecht: Beginnend bei der Entwicklung des § 611a BGB als „Vorläufernorm“ zu § 15 AGG wird die Geschichte des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) dargestellt, damit anhand der damit verbundenen Probleme sowohl die Notwendigkeit als auch der genaue Hintergrund des § 15 AGG besser verständlich werden. Besonders wird dabei auf die Urteile sowohl der deutschen Arbeitsgerichte wie auch des EuGH einzugehen sein, da schon hinsichtlich des § 611a BGB ein Wechselspiel zwischen beiden Rechtsprechungen stattgefunden hat. Dieses hat die Gesetzgebung in Deutschland nachhaltig beeinflusst, bis es im Jahr 2006 zur Verabschiedung des AGG gekommen ist. So musste § 611a BGB mehrfach geändert werden, um den Vorstellungen des EuGH zu entsprechen. Im Rahmen des AGG kam es dann zur Rechtsfolgenregelung des § 15 AGG, dessen Inhalt als Fortführung des mitt-

⁸ So kritisch *Picker*, ZfA 2005, 167 (169).

⁹ Ähnliche Bedenken bei *Picker*, ZfA 2005, 167 (169).

¹⁰ Siehe *Dornheim*, Sanktionen, 2005.

¹¹ Siehe *Grossfeld*, Die Privatstrafe, 1962.

¹² Z. B. *Canaris*, FS Steindorf, S. 519 ff.

lerweile gestrichenen § 611a BGB konzipiert wurde. Der Inhalt dieser Norm wird zunächst im europäischen Kontext dargestellt werden, um anschließend zu überprüfen, inwieweit der Gleichstellungsauftrag dadurch erreichbar wird. Ausgehend von den zahlreichen Änderungen, die die deutschen Normen zu Rechtsfolgen im Antidiskriminierungsrecht erfahren haben, endet der erste Abschnitt der Arbeit mit einem zusammenfassenden Überblick über die sanktionsrechtlichen Vorgaben, die sich aus den Richtlinien und der Rechtsprechung des EuGH ergeben.

Im zweiten Teil der Arbeit wird es vor allem darum gehen, ob die abstrakten Anforderungen, die noch vor der Verabschiedung der Norm an die Umsetzung der Richtlinien gestellt wurden, durch die Einführung des § 15 AGG im Detail tatsächlich erfüllt wurden. Die Darstellung des Gesetzesinhalts des § 15 AGG soll den Anwendungsbereich und die Reichweite der Rechtsfolgenregelung im Antidiskriminierungsrecht aufzeigen. Dabei wird insbesondere zwischen dem Inhalt des § 15 I AGG und dem Inhalt des § 15 II AGG getrennt werden müssen, da diese Absätze materielle und immaterielle Schäden, die durch Diskriminierungen entstehen können, deutlich voneinander abgrenzen. Sodann werden Voraussetzungen und Umfang von Schadensersatz und Entschädigung dargestellt sowie auf das Verhältnis beider Absätze des § 15 AGG zueinander eingegangen. Außerdem wird geklärt, inwieweit § 15 AGG – entsprechend den europäischen Vorgaben - einen Sanktionscharakter aufweist.

Dieser Sanktionscharakter der Norm wird in einem dritten Teil der Überprüfung unterzogen: Vor allem die Frage des Verhältnisses zwischen europäischen Vorgaben und deutscher Umsetzung wird speziell in Bezug auf § 15 AGG untersucht werden. Weil viele Aspekte des Antidiskriminierungsrechts dem amerikanischen Recht entliehen sind, wird außerdem ein Blick in die Rechtsvergleichung zeigen, ob mit dieser Umsetzung ein Weg gewählt wurde, der der Praxis des anglo-amerikanischen Rechts entspricht. Parallelen zu den so genannten *punitive damages* sollen aufzeigen, ob ein solches Rechtsinstitut mit § 15 AGG auch in Deutschland eingeführt wurde. Die Struktur der *punitive damages* wird im Allgemeinen sowie auch im Hinblick auf das anglo-amerikanische Arbeitsrecht aufgezeigt und anschließend ein Vergleich zwischen diesem Rechtsinstitut und der deutschen Regelung angestellt. Die Frage, ob § 15 AGG das Institut der *punitive damages* in den deutschen Rechtsraum einführt, soll geklärt werden, weil die Anerkennung von *punitive damages* im deutschen Rechtsraum sehr skeptisch hinterfragt wird. In diesem Zusammenhang ist deshalb hinsichtlich des pönalen Gedankens bei § 15 AGG auch von Interesse, welche Möglichkeiten das deutsche Recht überhaupt bietet, wenn es um die Umsetzung der europäischen Vorgaben hinsichtlich von Sanktionen

bei arbeitsrechtlichen Fragestellungen geht. Denn wenn zum Schutz vor Diskriminierungen „gestraft“ werden soll, muss dazu im deutschen Arbeitsrecht auch die Möglichkeit bestehen, ohne das deutsche Rechtssystem zu verletzen oder grundlegende Prinzipien des deutschen Rechts vernachlässigen zu müssen. Dabei wird darauf einzugehen sein, was unter dem Begriff der „Privatstrafe“ zu verstehen ist und welche Gemeinsamkeiten die Rechtsfolgen aus § 15 AGG mit diesem Institut des deutschen Rechts haben. Strafende Aspekte im deutschen Schadensersatz- bzw. Haftungsrecht sowie die Gefährdungshaftung werden untersucht und die Parallelen zur Regelung des § 15 AGG aufgezeigt. Die Gedanken der Pönalisierung und Präventionsanreize im Zivilrecht werden dem Grundgedanken der Trennung von Straf- und Zivilrecht gegenüber gestellt und diese Trennung auf ihre Aktualität hin überprüft. Ausgehend vom Grundgedanken, dass der Kompensationsgedanke des Schadensersatzrechts durch verhaltenssteuernde Elemente ergänzt wird, soll die Bedeutung der „Privatstrafe“ bewertet werden. Überdies werden auch die einzelnen Wirkungen des § 15 AGG – mithin seine strafenden Elemente – auf Verfassungsmäßigkeit hin untersucht. § 15 AGG wird auf der Grundlage dieser Untersuchungen in das deutsche Rechtssystem eingeordnet und seine Normnatur bestimmt werden.

Abschließend soll der Versuch gewagt werden, anhand des Inhaltes von § 15 AGG unter Berücksichtigung der bisher ergangenen Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte eine Prognose über dessen Relevanz für das deutsche Antidiskriminierungsrecht zu treffen und zu klären, wie die Umsetzung der Regelungen vor allem aus der Sicht Deutschlands zu verstehen und zu bewerten ist. Dabei wird auch die Frage geklärt, ob man tatsächlich von der Einführung eines „Strafschadensersatzes“ sprechen kann.

Diese Arbeit behandelt vor dem rechtspolitischen Hintergrund der Bestrebungen, ein einheitliches Europa zu verwirklichen, § 15 AGG so, wie das europäische Recht es verlangt und wird versuchen, anhand dieses Anwendungsrahmens seinen Standpunkt im deutschen Recht zu bestimmen.

A. Gleichstellung als Ziel des Antidiskriminierungsrecht

I. Allgemeines

Die Gleichbehandlung ist eines der Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts. Gleiche Sachverhalte dürfen danach bei einer fehlenden Rechtfertigung nicht ungleich behandelt werden¹³. Auch im Bereich des Arbeitsrechts ist der Schutz vor Diskriminierungen ein wichtiger Kernpunkt. Wichtig für das Verständnis der Anforderungen, die das europäische Recht für das Antidiskriminierungsrecht EU-weit durchsetzen soll, ist daher die Kenntnis des übergeordneten Zieles, das mit dem Antidiskriminierungsrecht erreicht werden soll.

Der EuGH schützt mit Hilfe von Richtlinien vornehmlich die Interessen der potentiellen Diskriminierungsopfer und stützt sich bei dieser Rechtsprechungspolitik auf die Verwirklichung des *effet utile*¹⁴. Sowohl den maßgeblichen Richtlinien als auch der Rechtsprechung des EuGH liegt dabei ein übergeordneter Gedanke zu Grunde, dem das europäische Antidiskriminierungsrecht zu Gute kommen soll. Dieses übergeordnete Ziel soll in den Mitgliedstaaten wirksam umgesetzt werden. Deshalb ist der Hintergrund des europäischen Antidiskriminierungsrechts z. B. auch für die nationale Auslegung und Anwendung entsprechender Normen entscheidend¹⁵. Welche Ideen zu der jetzigen Ausgestaltung der europäischen Vorgaben geführt haben, soll darum kurz dargestellt werden.

II. Ziel des europäischen Antidiskriminierungsrechts

Zweck des europäischen Rechts ist die Schaffung eines Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung im Hinblick auf die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes¹⁶. Allgemein soll damit der Wahrung der Menschenwürde, die den Kern der Individualität des einzelnen ausmacht, Rechnung getragen werden¹⁷. Dabei soll vor allem keine Person auf Grund von Merkmalen, die für sie persönlich unabänderlich sind, anders behandelt werden als diejenigen anderen Personen, die dieses Merkmal nicht aufweisen. Der Schwerpunkt der Bewertung der Persönlichkeit darf ausschließlich auf beeinflussbaren Aspekten liegen, die jeder für sich selbst bestimmen kann. Das Gebot der Gleichbehandlung zielt also vor allem auf eine

¹³ Vgl. zum Stellenwert des Grundsatzes der Gleichbehandlung *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, S. 15 ff.

¹⁴ Siehe *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 134, der deshalb ein einheitliches Arbeitsrecht auf europäischer Ebene fordert.

¹⁵ So *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 42.

¹⁶ So formuliert *Schiek*, AuR 2003, 44 (46).

¹⁷ Vgl. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 51.

freie Entfaltung der Persönlichkeit ab, die nicht durch unabänderliche Faktoren negativ beeinflusst werden soll¹⁸. Der EuGH orientiert sich zunächst an den Zielvorstellungen der geschaffenen Antidiskriminierungsrichtlinien und lässt insbesondere in der Rechtsprechung zur Richtlinie 76/207/EWG erkennen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung auf ein individuelles Recht des Einzelnen hinausläuft, das einen grundrechtsähnlichen Charakter hat¹⁹. Geht man von solch einem individualisierten Begriff des Diskriminierungsverbotes aus, so verstößt eine Ungleichbehandlung gegen den persönlichen Achtungsanspruch des Einzelnen²⁰.

Die „Nicht-Diskriminierung“ im Sinne der Gleichbehandlung stellt aber nur einen Aspekt der Gleichheit dar, die das europäische Recht zu verwirklichen sucht: Zielsetzung der Richtlinien ist nicht nur die Gleichbehandlung der Personen in bestimmten abgrenzbaren (Diskriminierungs-) Gruppen im Verhältnis zu den Übrigen, sondern zudem das Verbot der Diskriminierung derselben auch untereinander und bezogen auf jeden Einzelfall.

Übergeordnetes Ziel des EuGH ist daher nicht nur eine formelle Gleichbehandlung von Gruppen, die bestimmte Merkmale aufweisen - verlangt wird darüber hinaus eine Gleichheit, die die Lebensverhältnisse aller im Sinne der Chancengleichheit mit Teilhabemöglichkeiten verbessern soll²¹. Zum Teil wurde diesbezüglich vertreten, dass das Ziel der Union damit eine EU-weite „tatsächliche Gleichheit“ sei, die letztlich auf eine Ergebnisgleichheit hinauslaufe²². Die Richtlinie 76/207/EWG beispielsweise verwendet zwar in ihrer Terminologie ausschließlich den Begriff der „Gleichbehandlung“. Schon in der Entscheidung *Marshall II* heißt es aber, das Ziel der Richtlinie 76/207/EWG sei „die Schaffung tatsächlicher Chancengleichheit“²³. Dies läuft letztendlich auf den Aspekt der *Gleichstellung* hinaus²⁴.

Es kommt dem entsprechend darauf an, generell die Möglichkeit der Diskriminierung zu nehmen. So versucht die Rechtsprechung seit dem Urteil *Jenkins g. Kingsgate Ltd.*²⁵, mit bestimmten „Geschlechterrollen“ abzuschließen. Ziel ist es, die Schwierigkeiten aus dem Weg zu schaffen, die insbesondere Frauen bei der Vereinbarung von Familie und Beruf im Wege stehen. Entgegen dem Wortlaut der Richtlinien ist demnach nicht nur eine *Gleichbehandlung*, sondern eine weiter gehende *Gleichstellung* das zu verwirklichende Ziel.

¹⁸ BVerfG v. 08.10.1997 BVerfGE 96, 288 (302); Schiek, AGG, Einl. Rn. 43.

¹⁹ So Kandler, Sanktionsregelungen, S. 28.

²⁰ Vgl. Schiek, AGG, Einl. Rn. 43; Salzwedel in: Festschrift für Jahrreiss, 346.

²¹ So z. B. Schiek, AGG, Einl. Rn. 50 ff.; Mohr, Schutz vor Diskriminierungen, S. 243 ff.; auch Reichold, ZfA 2006, 257 (260).

²² EuGH Urt. v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 (*Defrenne/Sabena II*), NJW 1976, S. 2068, 2069. Z. B. Rudolf/Mahlmann/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 1 Rn. 24 ff.; Mohr, Schutz vor Diskriminierungen, S. 193; Nickel, NJW 2001, 2668 (2669); Schiek, AuR 2003, 44.

²³ EuGH 02.08.1993 – Rs. C-271/91 Slg. 1993 I, 4367 (*H. M. Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*), Rn. 24 = EuZW 1993, 706 ff.

²⁴ Vgl. Schiek, AuR 2003, 44 (46).

²⁵ EuGH, Urteil v. 31.03.1981, Rs. 96/80, Slg. 1981, S. 936-937.

Zwischen Gleichbehandlung und Gleichstellung besteht damit ein Unterschied, was für die Anforderungen an die Gesetze zur Umsetzung der Richtlinien eine gewichtige Rolle spielt²⁶. Gleichstellung verlangt nämlich mehr als Gleichbehandlung: Es geht dabei nicht mehr nur um Normanwendungsgleichheit, sondern auch um Ergebnisgleichheit. Deshalb erfüllen Gesetze zur Gleichbehandlung nicht notwendig auch alle Vorgaben zu Gleichstellungsanforderungen²⁷. Zwischen beiden Aspekten wird in der Terminologie des EuGH und der Richtlinien nicht genau unterschieden, beides aber gleichsam vorausgesetzt.

Dass europaweit auf *Gleichstellung* Wert gelegt wird, zeigt sich beispielsweise auch am Verfassungsvertragsentwurf bzw. dem Vertrag von Lissabon, der verstärkt auf soziale Eingliederung setzt²⁸. Der Aspekt der Gleichstellung erfolgt nämlich primär aus sozialen Gesichtspunkten heraus. Dies zeigt sich auch am Wortlaut der Richtlinien, die zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung spezifische Maßnahmen erlauben, die wirtschaftlich betrachtet zwar völlig ineffizient sind, aber rechtspolitisch wünschenswert sind²⁹. Problematisch dabei ist generell, dass auch die Bevorzugung bestimmter Gruppen aus sozialen Aspekten sich am Gleichheitssatz messen muss und daher unklar bleibt, wie sich rechtliche Gleichbehandlung und tatsächliche Ergebnisgleichheit eigentlich zueinander verhalten³⁰.

III. Bedeutung für das nationale Arbeitsrecht

Dem europäischen Antidiskriminierungsrecht liegt deshalb aus deutscher Sicht ein Konzept zu Grunde, das sich auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz stützt, der nicht deckungsgleich mit der hiesigen nationalen Entwicklung ist³¹. Das heißt nicht etwa, dass der Aspekt der Gleichbehandlung auf europäischer Ebene in den Hintergrund getreten ist. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz wird betont, indem Persönlichkeitsrechtsverletzungen als Folge von verbotenen Diskriminierungen effektiv bekämpft werden sollen. Trotz der oft fehlenden Differenzierung zwischen den Begriffen Gleichbehandlung und Gleichstellung wird im europäischen Recht immer auch der Auftrag zur Gleichstellung mit angesprochen, wenn

²⁶ Zur Unterscheidung von Gleichbehandlung und Gleichstellung *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 30 f.; auch *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 7 Rn. 99 ff.; grundlegend *Fastrich*, RdA 2000, 65 ff. Vgl. zur Terminologie auch *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 73 ff.; dazu auch *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (399).

²⁷ Dies gilt insbesondere für den Fall, dass bereits Gesetze zum Schutz nur vor Ungleichbehandlungen bestanden haben, so wie es in Deutschland der Fall gewesen ist. Vgl. *Kandler*, Sanktionsmöglichkeiten, S. 30 f.; dazu auch *Preis*, NZA 2006, 401 (410).

²⁸ Vgl. *Reichold*, ZfA 2006, 257 (260 f.).

²⁹ Z. B. wird die gezielte Frauenförderung stark vorangetrieben, obwohl die Beschäftigung einer schwangeren Frau höhere Kosten mit sich bringt. Anhand der Art. 5 RL 2000/43/EG und Art. 7 RL 2000/78/EG z. B. *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (415); Münchener Kommentar AGG/*ders.*, Einl. Rn. 59.

³⁰ So hat der EuGH z. B. eine starre Frauenquote für unzulässig erklärt, siehe *EuGH* v. 17.10.1995 (*Kalanke-Frauenförderungsgesetz Bremen*), NJW 1995, 3109 = SAE 1997, 1 und *EuGH* v. 11.11.1997, (*Marschall – Frauenförderungsgesetz NRW*), NJW 1997, 1337. Dazu *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (415).

³¹ Kritisch z. B. *Waas*, ZIP 2000, 2151 (2154) in Bezug auf die RL 2000/43/EG.

von „Gleichbehandlung“ die Rede ist.

Die genaue Unterscheidung läuft nicht unbedingt darauf hinaus, dass bestimmte Sachverhalte jeweils unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung oder dem der Gleichstellung unterschiedlich beurteilt werden müssen³². Eine solche Differenzierung läge auch nicht im Interesse des europäischen Gesetzgebers, der selbst nicht genau zwischen beidem unterscheidet. Speziell im Arbeitsrecht macht sich der Unterschied zwischen bloßer Gleichbehandlung und dem Begriff der Gleichstellung aber durchaus bemerkbar: Ob nur *Gleichbehandlung* oder auch *Gleichstellung* verwirklicht werden soll, kann in Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die Idee der Gleichstellung impliziert nämlich, dass ein Arbeitnehmer, der objektiv weniger geleistet hat als ein anderer, trotzdem dieselben Zahlungen bekommen muss. Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung wäre eine Differenzierung möglich, weil er dem anderen eben nicht gleich zu setzen ist und damit auch bei gleicher Anwendung der Regeln gleich in Bezug auf den Lohn behandelt werden müsste. Nur aus dem Blickwinkel der Gleichstellung heraus erklären sich daher die Regelungen zum Mutterschutz oder zur Behandlung von Behinderten: Objektiv betrachtet ist eine schwangere Frau oder ein Behinderter nicht einem uneingeschränkt arbeitsfähigen Mann gleich zu setzen, dessen Beschäftigungsverhältnis sich naturgemäß in den meisten Fällen weniger problematisch darstellen wird.

Die Freiheit des Arbeitgebers wird im Rahmen der *Gleichstellung* nun durch Gesetze eingeschränkt, die generell mehr verlangen, als es aus herkömmlichen Gleichbehandlungsgrundsätzen heraus möglich wäre³³. Geht es um die Durchsetzung der Gleichstellung, sieht er sich sehr umfangreichen Verpflichtungen ausgesetzt: Es reicht z. B. nicht mehr, nur eine objektive Wiedergutmachung für eine geschehende Diskriminierung durch Geldzahlungen zu leisten. Stattdessen sollen durch die Richtlinien besonders geschützte Personengruppen prinzipiell diskriminierungsfrei leben können. Der Ausgleich für geschehenes Unrecht tritt durch den Auftrag, im Ergebnis eine „Gleichstellung“ aller Personen zu erreichen, deshalb in den Hintergrund: *Präventive* Zwecke sind bei den Verhaltensregeln für das Miteinander nunmehr zunehmend ausgeprägter. Von vorn herein soll in diesem Sinne eine gewisse Abschreckung vor diskriminierenden Handlungen erzeugt werden. Der Arbeitgeber soll die eigene Diskriminierungshandlung regelrecht fürchten. Gleichstellungspflichten werden deshalb oftmals als Vorschriften verstanden, die nur aus etwa sozialen Erwägungen heraus vom Arbeitgeber ein Verhalten verlangen, das wirtschaftlichen Interessen eigentlich widerspricht. Dazu gehört beispielsweise auch, dass dem Arbeitgeber untersagt wird, bestimmte Fragen an den Bewerber zu richten, deren Beantwortung aber möglicherweise darüber entscheidet, ob der Bewerber

³² Beispiele bei *Fastrich*, RdA 2000, 65 (66 ff.).

³³ Grundlegend zur Unterscheidung der beiden Begriffe *Fastrich*, RdA 2000, 65 (66 f.).

überhaupt in der Lage ist, eine spezielle Arbeit zu verrichten³⁴. Zuweilen werden die Gleichstellungspflichten daher auch als „Sozialschutzpflichten“ bezeichnet.

Dies hängt damit zusammen, dass sich Aspekte hinzu gesellen, die auf die faktische Wirksamkeit von bestimmten Verhaltenweisen achten und somit die Überwindung von sozialer Ungerechtigkeit zum Ziel haben³⁵. Dies wird in erster Linie deutlich durch die Urteile, die sich mit der Gleichstellung von Männern und Frauen befassen: Wenn eine Arbeitnehmerin etwa weniger Entgelt erhält als der Lohn für einen vergleichbaren anderen Arbeitnehmer beträgt, so ist der Arbeitgeber nach deutschem Rechtsverständnis in erster Linie dazu verpflichtet, die Differenz an die Diskriminierte auszuzahlen³⁶. Allein der *materielle* Ausgleich ist aber nicht zur Eindämmung der Diskriminierung ausreichend - diese wird nicht dadurch erreicht, dass der Arbeitgeber, der im Falle einer Diskriminierungsklage unterliegt, lediglich das zahlen muss, was dem Arbeitnehmer ohnehin gebührt hätte. Er soll vielmehr wirklich zu spüren bekommen, dass er sich falsch verhalten hat. Gewollt ist also weniger Repression als vielmehr Prävention, wobei gesellschaftspolitische Erwägungen beginnen, auch eine gewichtige Rolle im Privatrecht zu spielen³⁷.

Die europäische Praxis lässt darauf schließen, dass das Antidiskriminierungsrecht in Zukunft eher weiter ausgebaut als wieder eingeschränkt wird. Dies bezieht sich allerdings in erster Linie auf die Erweiterung der Liste der Merkmale, die zu einer Diskriminierung führen können, sowie auf den Katalog der Handlungen, durch die diskriminiert werden kann. Zu erwarten ist z. B. ein Verbot der Diskriminierung wegen genetischer Merkmale³⁸. Eine Ausweitung des Schadensersatz- und Entschädigungsrechts ist dagegen nicht geplant, auch wenn hier die wohl stärksten praktischen Auswirkungen zu beobachten sind.

Im folgenden soll dargelegt werden, wie Gleichstellung im Rahmen des Gleichbehandlungsgebotes in der Praxis des europäischen Rechts durchgesetzt wird. Dies geschieht hauptsächlich durch die Antidiskriminierungsrichtlinien, welche im Folgenden erläutert werden sollen. Außerdem wird dabei geklärt, welche Anforderungen diese Richtlinien hinsichtlich des Gleichstellungsauftrags und besonders in Bezug auf Sanktionen enthalten.

³⁴ Zur Frage des Alters oder der Schwerbehinderung z. B. *Leuchten*, NZA 2002, 1254 (1256 ff.).

³⁵ „Materielle Gleichheit“, siehe *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 53 f.; *Fastrich*, RdA 2000, 65 (74).

³⁶ Beispiel bei *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 243.

³⁷ Z. B. *Reichold*, ZfA 2006 257 (262).

³⁸ Vgl. der Amerikanische *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2005* als Vorbild. Dazu z. B. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 79 f.; *ders.*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 76 ff.

B. Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EG

I. Die Richtlinie als zentrales Regelungsinstrument

Richtlinien haben keine unmittelbare Geltung, sondern entfalten erst nach einem zweistufigen Gesetzgebungsverfahren ihre Rechtswirksamkeit, indem sie nach Erlass auf nationaler Ebene durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden³⁹. Richtlinien gelten hinsichtlich des durch sie zu verwirklichenden rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Zieles als verbindlich, lassen den Mitgliedstaaten aber den Weg zur Umsetzung offen⁴⁰. Hiermit soll sichergestellt werden, dass das Recht in der Gemeinschaft zwar einen einheitlichen Charakter hat, aber die Staaten die Eigentümlichkeiten ihrer Rechtssysteme hinreichend bei der Einführung neuer Regelungen berücksichtigen können⁴¹. Dadurch, dass die Richtlinien oft sehr detailgetreue Vorgaben beinhalten, fällt der Umsetzungsspielraum aber oft sehr gering aus⁴².

Richtlinien bieten sich gerade bei arbeitsrechtlichen Zusammenhängen an⁴³, weil die Rechtsangleichung möglichst effektiv, aber auch schonend für die Mitgliedstaaten durchgesetzt werden kann⁴⁴ - trotz genauer Details bleiben gewisse Spielräume. Es wurden daher zahlreiche Richtlinien im Arbeitsrecht, unter anderem über Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers⁴⁵, über den Arbeitsschutz⁴⁶, befristete und Leiharbeitsverhältnisse, die Vergütung der Arbeitnehmer, aber vor allem auch hinsichtlich der Gleichbehandlung⁴⁷, verabschiedet. Auch gibt es Planungen zur Fortführung der Regeln über die betriebliche Altersversorgung⁴⁸.

Alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der in den Richtlinien genannten Ziele gefährden könnten, müssen nach Art. 10 EG unterlassen werden⁴⁹. Die Mitgliedstaaten trifft daher eine Umsetzungspflicht: Sie sind zwar bei der Frage, wie nationales Recht ausgestaltet wird,

³⁹ Vgl. *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 33; *Bleckmann*, Europarecht, S. 163.

⁴⁰ Siehe *Kandler*, Sanktionsmöglichkeiten, S. 35.

⁴¹ Zur Wirkung von Richtlinien umfassend *Streinz*, Europarecht, Rn. 384 ff. und *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 34 ff.; zur Wirkung des Europäischen Rechts allgemein auch *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 25 ff.

⁴² Siehe *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 34 f.

⁴³ Richtlinien wurden oftmals im Bereich der Gleichstellung erlassen, vgl. Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Birk*, § 18 Rn. 67; zur Wirkung von Richtlinien und gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung z. B. *Ehricke*, RabelZ [59] 1995, 599 ff.

⁴⁴ Zur Bedeutung der Richtlinien gerade im europäischen Arbeitsrecht mit Überblick über arbeitsrechtlich relevante Richtlinien siehe *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht, S. 85 ff.

⁴⁵ *Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen* vom 14. 10. 1991, ABl Nr. L 288/32 ff.

⁴⁶ *Richtlinie zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis* vom 25. 6. 1991, ABl Nr. L 206/19.

⁴⁷ Vgl. z. B. *Eisemann*, AuR 1988, 225 (226); Übersicht zu den ersten Richtlinien bei *Däubler*, NZA 1992, 577 ff.

⁴⁸ Bisher RL 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Juni 2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, ABl. Nr. L 235 S. 10, ber. ABl. 2004 Nr. L 291 S. 18.

⁴⁹ Zu Art. 10 EG mit seinen Handlungs- und Unterlassungspflichten siehe z. B. Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Birk*, § 18, Rn. 107 ff.; mit weiteren Nachweisen auch *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 35.

grundsätzlich frei in der Wahl ihrer Mittel, müssen aber gewisse Anforderungen dennoch beachten, um dem europäischen Recht Geltung zu verschaffen. Dies folgt daraus, dass das Gemeinschaftsrecht effektiv durchgesetzt werden und die Beachtung der Richtlinien gesichert sein muss⁵⁰.

Dazu gilt im Einzelnen folgendes: Die Mitgliedstaaten müssen dafür Sorge tragen, dass die vollständige Wirksamkeit der Richtlinien gewährleistet wird. Dies gebietet der *Grundsatz der Effektivität*⁵¹. Sobald eine Richtlinie in nationales Recht umgesetzt ist, soll dem Mitgliedstaat daher auch die Dispositionsbefugnis über das harmonisierte Recht genommen sein, um den Status zu erhalten⁵². Eine Umsetzung - z. B. in Form neuer Gesetze - ist ausschließlich dann nicht erforderlich, wenn nationale Vorschriften vorhanden sind, die das Erreichen des Richtlinienzieles schon aus sich heraus sicherstellen⁵³. Auch die richtlinienkonforme Auslegung schon bestehender Regelungen ist denkbar, solange durch den Verzicht auf eine Neuregelung kein Defizit bei der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit entsteht⁵⁴. Eine direkte Wirkung von Richtlinien ist nur dann akzeptabel, wenn die betreffende Richtlinie dem Bürger individuelle Rechte verleiht und unbeding und genau genug gefasst ist, um ohne weitere Umsetzungsakte von den Gerichten angewendet werden zu können⁵⁵. Im Übrigen konnte sich der EU-Bürger bisher nur dann ohne weiteren Rechtssetzungsakt auf eine Richtlinie direkt berufen, wenn er Abwehrrechte gegenüber dem Staat geltend machen wollte⁵⁶. Bei Streitigkeiten unter Privaten dagegen war es nur möglich, den Staat in Anspruch zu nehmen, wenn und weil er eine ordnungsgemäße Umsetzung versäumt hat. Diese zurückhaltende Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Richtlinienwirkung könnte nunmehr durch das *Mangold-Urteil*⁵⁷ des EuGH überholt sein, sodass eine Direktwirkung zwischen Privaten doch in Betracht kommen könnte. Dies ist jedoch nach wie vor umstritten, weshalb eine endgültige Einordnung durch den EuGH selbst vorerst abzuwarten bleibt⁵⁸.

⁵⁰ *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921 (1942), Rz. 26 (*Harz/Tradax*); *EuGH* v. 24.02. 1994, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I 3347 (I-3357), Rz. 26 (*Faccini Dori*).

⁵¹ Grundsatz des EuGH, siehe *EuGH* v. 10.07.1997, Rs. C-261/95 (*Palmisani*) Slg. 1997, I-4025, I 4046, Rz. 27. Siehe dazu auch *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht, S. 108 ff.

⁵² *EuGH* v. 06.12.1990, Rs. C-208/88 (*Kommission/Dänemark*), Slg. 1990, I-4459, I-4462, Rz. 7.

⁵³ Vgl. *EuGH* v. 19.01.1982 (*Becker*), Slg. 1982, 53 = NJW 1982, 499.

⁵⁴ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 35.

⁵⁵ *EuGH* v. 19.01.1982 (*Becker*), Slg. 1982, 53 = NJW 1982, 499.

⁵⁶ Zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten im Umsetzungszeitraum siehe *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 35 und 42 f.; am Grundsatz der Effektivität orientiert *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht, S. 87 ff., der im Ergebnis auch gegen eine uneingeschränkte Direktwirkung argumentiert, S. 125 f.; zur Inanspruchnahme des öffentlichen Arbeitgebers siehe *Schiek*, NZA 2004, 873 (883); dazu auch *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 45 ff.

⁵⁷ *EuGH* v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, NZA 2005, 1345.

⁵⁸ Zum Streitstand *Däubler/Bertzbach/Brors*, AGG, § 10 Rn. 7 ff.; die Unmittelbarkeit verneinend z. B. *Mörsdorf*, EuR 2009, 219 ff., vgl. dazu auch *Schiek*, AuR 2006, 145 ff.

Eine Besonderheit gilt für den Fall, dass schon bestehende Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen oder für vergleichbare Sachverhalte sogar vorteilhafter für den Bürger waren als das durch die Richtlinien vorgegebene: Das bisherige Niveau muss dann beibehalten werden. Die Umsetzung der Richtlinien darf also nicht dazu führen, dass diese Regelungen im Schutzniveau sinken, weil die Richtlinien einen niedrigeren Schutzstandard verlangen⁵⁹. Dieses *Absenkungsverbot* gilt jedoch nur für solche Länder, in denen bereits vor Wirksamkeit der Richtlinien Schutzgesetze bestehen, die über die Anforderungen der Richtlinie hinausgehen⁶⁰. Hinsichtlich des *Prinzips des nationalen Mindeststandards* gilt, dass Sanktionsregelungen für Verstöße gegen gemeinschaftsrechtliche Richtlinien oder auch Verordnungen in ihrer Ausgestaltung und Wirksamkeit nicht hinter Regelungen zurückstehen dürfen, die der nationale Gesetzgeber bei nach Art und Schwere vergleichbaren Verstößen gegen nationales Recht vorsieht⁶¹. Der Europäische Gerichtshof nennt dieses Prinzip auch den *Grundsatz der Gleichwertigkeit* oder *Äquivalenz*⁶².

Nach der Umsetzung der Richtlinien muss ein Mindeststandard an Rechtsschutz (*Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes*) gegeben sein. Das bedeutet, dass der Bürger in der Lage sein muss, bei einer Verletzung seiner aus der Richtlinie abgeleiteten subjektiven Rechte einen Rechtsweg zu betreten. Dadurch, dass der einzelnen so die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts vor den nationalen Gerichten einklagen kann, wird eine zusätzliche Überwachung der Mitgliedstaaten erreicht⁶³. Klagemöglichkeiten und die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes dürfen die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren⁶⁴. Alle Richtlinien legen zudem einen zeitlichen Rahmen fest, in dessen Grenzen eine Umsetzung seitens der Mitgliedstaaten geschehen soll. Innerhalb einer bestimmten Zeit kann außerdem von jedem Staat verlangt werden, dass der Inhalt einer Richtlinie überprüft und gegebenenfalls abgeändert wird⁶⁵. Ein Überblick über die Richtlinieninhalte, die das Antidiskriminierungsrecht betreffen, soll im Folgenden unter Berücksichtigung der Umsetzungsanforderungen nach Art. 10 EG gegeben werden.

⁵⁹ Siehe z. B. Art. 8e II der Richtlinie 76/207/EWG und Art. 8 II der Richtlinie 2000/78/EG, Erwägungsgrund Nr. 26 der RI 2004/113/EG.

⁶⁰ Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 45 ff.; vgl. z. B. zur Europarechtswidrigkeit von Ausschlussfristen *EuGH*, Urteil vom 08.07.2010, Rs. C-246/09 (*Bulicke*).

⁶¹ Dazu *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 37 f.

⁶² *EuGH* v. 10.07.1997, Rs C-261/95, Slg. 1997, I-4025 (I-4046 f.) (*Palmisani*).

⁶³ Zum Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes siehe *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 36 f.

⁶⁴ *EuGH* v. 10.07.1997, Rs C-261/95, Slg. 1997, I-4025 (I-4046 f.) (*Palmisani*).

⁶⁵ So *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 34 f.

II. Inhalt der Antidiskriminierungsrichtlinien im Allgemeinen

Maßgeblich für Umstrukturierungen des nationalen Rechts im Hinblick auf das AGG sind die speziellen Antidiskriminierungsrichtlinien. Es handelt sich um die Richtlinie 76/207/EWG - mit Einfügung des Art. 8d geändert durch die *Revidierte Gleichbehandlungsrichtlinie* 2002/73/EG - , die so genannte *Antirassismusrichtlinie* 2000/43/EG, die *Rahmenrichtlinie Beschäftigung* 2000/78/EG, und die nicht mehr nur auf das Arbeitsleben beschränkte *Gleichbehandlungsrichtlinie* 2004/113/EG. Hinzu kommt die Richtlinie 2006/54/EG⁶⁶.

Sie beruhen auf Grund ihrer zeitlich versetzten Entstehung nicht nur auf verschiedenen Rechtsgrundlagen, sondern auch ihr Anwendungsbereich ist zum Teil unterschiedlich. Erfasst sind Ungleichbehandlungen wegen Rasse, ethnischer Herkunft, Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexueller Identität und Geschlecht. Hinsichtlich der Reichweite der betreffenden Diskriminierungsverbote gab es zunächst Unterschiede⁶⁷: Die Richtlinien 2000/43, 2000/78/EG, und 2002/73 beschränken ihren Anwendungsbereich auf bestimmte Betätigungsfelder⁶⁸. Einen weiter gefassten Anwendungsbereich und zusammenfassenden Inhalt hat die Richtlinie 2006/54/EG⁶⁹, die allerdings die neueste Gesetzgebung in Deutschland nicht mehr maßgeblich beeinflussen konnte, da der Zeitpunkt ihres in Kraft Tretens nach dem des AGG lag. Sie fasst aber die vorhergegangenen Richtlinien zusammen. Konkret tangiert sind die Bedingungen, die zur Einstellung eines Arbeitnehmers führen, der Zugang zu Berufberatung, Ausbildung, Weiterbildung und Umschulung sowie Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen inklusive der Entlassungsbedingungen oder des Arbeitsentgelts oder die Mitgliedschaft und Mitwirkung in Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen⁷⁰.

Die Richtlinien gelten nicht nur für den öffentlichen, sondern auch für den privatrechtlichen Bereich.

⁶⁶ *Antirassismusrichtlinie* 2000/43/EG v. 29.06.2000, ABI EG Nr. L 180, S. 23. *Revidierte Gleichbehandlungsrichtlinie* 2002/73/EG v. 23.09.2003, Abl. EG Nr. L 269, S. 15. *Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter* 2004/113/EG v. 13.12.2004, ABI EG Nr. L 373, S. 37. *Rahmenrichtlinie* 2000/78/EG v. 27.11.2000, ABI EG Nr. L 303, S. 18. Richtlinie 2006/54/EG v. 05.07.2006, ABI EG Nr. L 204, S. 23.

⁶⁷ Dazu *Annuß*, BB 2006, 1629 f.; v. *Koppenfels*, WM 2002, 1489. Die Diskriminierung wegen Rasse und ethnischer Herkunft wurde umfassend für die Bereiche Beschäftigung und Beruf, Sozialschutz und soziale Vergünstigungen, Bildung und Zugang sowie Versorgung mit öffentlich zur Verfügung stehenden Gütern und Dienstleistungen untersagt, vgl. *Antirassismusrichtlinie* 2000/43/EG v. 29.06.2000, ABL EG Nr. L 180, S. 23. Das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts erstreckte sich nur auf die Bereiche Beschäftigung und Beruf sowie auf die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, vgl. *revidierte Gleichbehandlungsrichtlinie* 2002/73/EG v. 23.09.2003, Abl. EG Nr. L 269, S. 15; auch *Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter* 2004/113/EG v. 13.12.2004, ABI EG Nr. L 373, S. 37. Die Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung war nur im Bereich Beschäftigung und Beruf untersagt, *Rahmenrichtlinie* 2000/78/EG v. 27.11.2000, ABI EG Nr. L 303, S. 18. Vgl. auch *Tabellarischer Überblick bei Münchener Kommentar/AGG/Thüsing*, Einl. Rn. 14.

⁶⁸ Die Gleichbehandlungsrichtlinie 2004/113/EG definiert demgegenüber ihren Anwendungsbereich anders, regelt aber auch nicht im herkömmlichen Sinne Arbeitsrecht, sondern hat eine andere Schutzrichtung. Zur Unterscheidung siehe *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577.

⁶⁹ Richtlinie v. 05.07.2006, Abl. EG Nr. L 204, S. 23.

⁷⁰ Vgl. *Leuchten*, NZA 2002, 1254 f.

Allen Richtlinien ist insbesondere ein Rechtsschutz des Arbeitnehmers im Hinblick auf Rechtsverletzungen durch den Arbeitgeber ein besonderes Anliegen. Es geht ihnen um eine effektive Gewährleistung von „Teilhaberechten im gesellschaftlichen Bereich ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft und des Geschlechts, speziell im arbeitsrechtlichen Bereich darüber hinaus ohne Unterscheidung nach Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“⁷¹. Zur Beweislastverteilung in diesem Zusammenhang bestimmen die Antidiskriminierungsrichtlinien wenig. Zur Unterstützung des Arbeitnehmers finden sich jedoch in allen Richtlinien Bezüge zur Beweislastrichtlinie 97/80/EG⁷². Die Richtlinie 2006/54/EG enthält nun in Art. 19 einen eigenen Abschnitt über die Beweislast⁷³. Dementsprechend muss der Arbeitnehmer nur glaubhaft machen, dass eine Diskriminierung zu vermuten ist. Es obliegt jedoch dem Arbeitgeber, zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorliegt⁷⁴.

Alle Richtlinien enthalten unter anderem Vorgaben für die Rechtsfolgen diskriminierender Verhaltensweisen. Aus diesem Grunde wird an vielen Stellen die Einführung von „*wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen*“ im Falle von Diskriminierungen verlangt⁷⁵. Sie stellen den nationalen Gesetzgeber vor die Aufgabe, Diskriminierungsverbote zu normieren, aber konsequenterweise auch Sanktionen bei Verstößen zu schaffen und damit für Rechtsschutz zu sorgen⁷⁶. Alle Richtlinien enthalten im Übrigen Rechtsweggarantien, damit die Rechtsfolgen auch durchgesetzt werden können⁷⁷.

Wie die damit notwendigen Regelungen im einzelnen in den Mitgliedstaaten aussehen sollen, wird durch die Richtlinien nicht vorgegeben. Die nationalen Gesetzgeber haben daher gewisse Freiheiten, die Gestaltung der Rechtsfolgen selbst vorzunehmen. Insbesondere die Frage, in welchem Bereich des Rechts auch Rechtsfolgen angeordnet werden, obliegt damit zunächst den Staaten, ohne dass besondere Maßgaben auf europäischer Ebene gemacht werden. Das Verhalten des Handelnden soll an den jeweiligen nationalen Vorschriften gemessen werden, die auf den Richtlinien beruhen. Einzig an die Wirkungsweise der Rechtsfolgen werden durch

⁷¹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 12 der RL 2000/43/EG vom 29.06.2000 und Erwägungsgründe Nr. 10 bis 12 der RL 2000/78/EG vom 27.11.2000.

⁷² Richtlinie vom 15.12.1997, ABl EG Nr. L 14 v. 20.01.1998, S. 6 ff.; vgl. auch *Kandler*, Sanktionsmöglichkeiten, S. 34 f.

⁷³ Zur Begründung vgl. Erwägungsgrund Nr. 30 der RL 2006/54/EG vom 05.07.2006, ABl. EG L 204 S. 23 (25).

⁷⁴ Vgl. das Grundsatzurteil des *EuGH* v. 13.05.1986, Rs. 170/84 – Slg. 1986, 1607, 1627 (Rz. 31) (*Bilka/Weber von Hartz*). Vgl. auch *Leuchten*, NZA 2002, 1254 (1255): Unklar ist, ob diese Regelung eine klassische Beweislastumkehr darstellt oder nur eine Verlagerung der Beweislast.

⁷⁵ So Art. 8d der RL 2002/73/EG, Art. 15 der RL 2000/437EG, Art. 17 der RL 2000/78/EG und Art. 8 II der RL 2004/113/EG. Vgl. auch BT-Drucksache 16/1780, S. 1.

⁷⁶ So *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360; *Leuchten*, NZA 2002, 1254. Davon erfasst ist auch ein umfassender Einbezug von Verbänden, dazu *Leuchten*, NZA 2002, 1254 (1255) mit Verweis auf Art. 9 II RL 2000/78/EG und Art. 7 II der RL 2000/43/EG.

⁷⁷ Art. 8 der RL 2004/113/EG, Art. Art. 7 I der RL 2000/43/EG; Art. 6 RL 76/207/EWG; Art. 6 f. der RL 2002/73/EG; Art. 9 RL 2000/78/EG; Art. 17 RL 2006/54/EG.

die Richtlinien konkrete Ansprüche gestellt, die sich aber erst im Laufe der Zeit ergeben haben: Während die *Richtlinie 76/207/EWG* z. B. noch sehr vage und ungenau formuliert war und viele Interpretationsspielräume ließ, sind die zuletzt verabschiedeten Richtlinien schon sehr genau und konkret hinsichtlich der erforderlichen Rechtsfolgen formuliert.

III. Die Richtlinien im Einzelnen

1. Die Richtlinien 76/207/EWG und 2002/73/EG

Die Richtlinie 76/207/EWG vom 09.02.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie im Bezug auf die Arbeitsbedingungen⁷⁸ ist, gestützt auf ex-Art. 235 EWG, der erste Versuch einer Rechtsangleichung in den Mitgliedstaaten bezüglich des Antidiskriminierungsrechts⁷⁹. Zwar existierte zu diesem Zeitpunkt bezüglich Lohnfragen schon die Richtlinie 75/117/EWG⁸⁰. Jedoch kam es den vollführenden Organen im Rahmen eines sozialpolitischen Aktionsprogramms⁸¹ und angesichts der Ziele der Gemeinschaft zusehends auf die Schaffung von insgesamt gleichen Arbeitsbedingungen für Männer und Frauen an. Die Grundlagen für diesen umfassenden Komplex waren im Vertrag zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nicht explizit niedergelegt⁸². Die Richtlinie sollte deshalb Lücken schließen, die Art. 119 EGV a. F. und die darauf gestützte Entgelttrichtlinie offen gelassen hatten⁸³. Die Richtlinie enthielt einen sehr weit gefassten Inhalt, der recht allgemein das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Beruf und Beschäftigung regelte.⁸⁴

Konkret im Bereich der Rechtsfolgen gab die Richtlinie mit Art. 6 und 7 die Vorgabe, dass Beschwerden von Arbeitnehmern gerichtlich geltend gemacht werden können müssen und die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung bestehen muss. Aus dem Richtlinienentext folgte daher nur, dass die effektive richterliche Kontrolle des Gemeinschaftsrechts und des innerstaatlichen Umsetzungsrechts sichergestellt werden sollte. Die Frage nach der genauen Ausgestal-

⁷⁸ RL 2002/73/EG, Abl. EG Nr. L 269, S. 15.

⁷⁹ Vgl. allgemein zur RL 76/207/EWG z. B. *Kandler*, Sanktionsmöglichkeiten, S. 29 ff.; *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Arbeits- und Sozialrecht, § 3 Rn. 3.

⁸⁰ Richtlinie v. 10.02.1975, ABI EG Nr. L 045 vom 19.02.1975 S. 19 - 20.

⁸¹ Beschlossen am 21.01.1974. Siehe dazu *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Arbeits- und Sozialrecht, § 11 Rn. 15 ff.

⁸² Siehe Erwägungsgründe für die RL 76/207/EWG.

⁸³ Vgl. *Kandler*, Sanktionsmöglichkeiten, S. 29.

⁸⁴ Art. 1 zunächst klar, dass der „Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen“ in Arbeits- und Berufsleben durch die Richtlinie verwirklicht werden sollte. Erfasst war gemäß Art. 2 im Wesentlichen das Verbot der Diskriminierung unmittelbarer und mittelbarer Art wegen des Geschlechts in Schule, Beruf und Ausbildung.

tung von Sanktionierungen wurde durch die Richtlinie nicht beantwortet⁸⁵.

Für die Umsetzung der Richtlinie sollten den Mitgliedstaaten gemäß Art. 9 I der Richtlinie dreißig Monate zugestanden werden⁸⁶. Die Richtlinie blieb überdies so vage formuliert, dass genauere Anweisungen oder Möglichkeiten der Umsetzung aus ihr nicht ersichtlich waren⁸⁷. Die Richtlinie wurde, weil ihre Bestimmungen so ungenau waren, am 23.09.2002 durch die *Richtlinie 2002/73/EG* abgeändert. Rechtsgrundlage für diese Richtlinie war nun der neu gefasste Art. 141 III EG (ex-Art. 119 EGV)⁸⁸.

Der EG-Vertrag in der Fassung des Vertrages von Amsterdam hatte nunmehr die Gleichbehandlung von Männern und Frauen als explizites Ziel verinnerlicht. Auch der EuGH hatte in der Zwischenzeit Urteile erlassen, die eine Modifikation der Rechtsgrundlage unerlässlich machten. Die neue Richtlinienfassung sollte daher den durch die Richtlinie 76/207/EWG gewährten Schutz vervollständigen⁸⁹: Jede Passage der alten Richtlinie wurde durch diesen Akt erweitert und genauer gefasst, um die Bestimmungen den zeitlichen Gegebenheiten anzupassen⁹⁰. In den Erwägungsgründen bezeichnete die Richtlinie die Gleichbehandlung und den Schutz vor Diskriminierungen als Aspekt der international anerkannten und garantierten Menschenwürde. Ziel der Richtlinie 2002/73/EG war die Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu Beschäftigung, Berufsbildung und beruflichem Aufstieg sowie bezüglich der Arbeitsbedingungen⁹¹. Sie definierte anhand der EuGH-Rechtsprechung jetzt Begriffe wie „mittelbare“ und „unmittelbare“ Diskriminierung in genauerer Weise und führte den Begriff der „Belästigung“ ein⁹².

Der Gerichtshof hatte in der Zwischenzeit auch über Sanktionserfordernisse entschieden und in diesem Zusammenhang unter anderem festgestellt, dass angemessene Entschädigungen bei Diskriminierungen notwendig und festgelegte Höchstgrenzen unzulässig seien⁹³. Auch diese Neuerungen wurden in der Richtlinie umgesetzt⁹⁴. Die Modifikation der Richtlinie sollte deshalb dazu dienen, die Rechtsschutzmöglichkeiten zu effektivieren, Begriffsbestimmungen vorzunehmen und genauere Sanktionserfordernisse schon auf europäischer Ebene auszuarbei-

⁸⁵ Vgl. *Kandler*, Sanktionsmöglichkeiten, S. 32.

⁸⁶ Die Richtlinie enthielt zahlreiche Informationspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission betreffend den Stand der Umsetzung der Vorgaben.

⁸⁷ Vgl. *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 14/83 (v. *Colson und Kamann*), Slg. 1984, 1891 (1908) Nr. 27 =NJW 1984, 2021=NZA 1984, 157= AP § 611a BGB Nr. 2.= EAS RL 76/207/EWG Art. 6 Nr. 1 S. 16; *EuGH* Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 79/83 (*Harz/Tradax*), DB 1984, 1042-1043. Dazu auch *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 54 f.

⁸⁸ Siehe RL 2002/73/EG v. 23.09.2002, ABl. EG L 269 S. 15.

⁸⁹ Vgl. *Bauer*, NJW 2001, 2672.

⁹⁰ Vgl. *Bauer*, NJW 2001, 2672 (2675); v. *Koppenfels*, WM 2002, 1489 f.

⁹¹ Bezüglich anderer Diskriminierungsmerkmale war in der Zwischenzeit eine weitere Richtlinie erlassen worden.

⁹² Z. B. *Bauer*, NJW 2001, 2672 (2676) gibt einen Überblick über diese Neuerungen.

⁹³ Siehe Erwägungsgründe für die Richtlinie Rn. 18 gestützt auf *EuGH* v. 22.04.1997, *EuGH* Rs. C-180/95 (*Draehmpaehl*), NZA 1997, 645 ff. = DB 1997, 983 ff. und *EuGH* v. 02.08.1993 – Rs. C-271/91 Slg. 1993 I, 4367 (*H. M. Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*), *EuZW* 1993, 706 ff.

⁹⁴ Vgl. *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 36.

ten. Die Richtlinie legte nun erstmals konkret in Art. 8d fest, dass die Mitgliedstaaten Sanktionen einzuführen haben, die auch die Form von Schadensersatzverpflichtungen haben können. Es tauchte erstmals die Formulierung auf, dass die Sanktionen verhältnismäßig, wirksam und abschreckend sein müssen und die Staaten die Anwendung der schützenden Maßnahmen gewährleisten müssen. Damit wollte die Richtlinie einen umfassenden, für den Arbeitgeber „abschreckenden“ gerichtlichen Rechtsschutz schaffen⁹⁵. Ihre Umsetzungsfrist endete am 05.10.2005.

2. Die Richtlinie 2000/43/EG

Die allgemeinste der oben genannten Richtlinien ist die am 29.06.2000 verabschiedete Richtlinie 2000/43/EG zur Behandlung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft⁹⁶. Diese Richtlinie stellte auch keine konkreten Sanktionsanforderungen auf, sondern verlangt nur „tatsächlichen und effektiven Rechtsschutz“⁹⁷. Die Richtlinie 2000/43/EG war daher der erste Schritt zur Ausfüllung des neu eingeführten Art. 13 EG⁹⁸. In ihren Erwägungsgründen verweist sie allerdings auch auf die Menschenrechtserklärung von 1948 und die nachfolgenden Menschenrechtspakte. Sie zielt auf die Verwirklichung des Menschenrechts der Nichtdiskriminierung durch Förderung der tatsächlichen Gleichheit ab⁹⁹. Die Richtlinie soll erweiternd alle mittelbaren und unmittelbaren Benachteiligungen wegen Rasse oder ethnischer Herkunft verbieten, wobei eine genaue Definition dieser Begriffe den Gerichten überlassen blieb¹⁰⁰. Zweck der Richtlinie war der Schutz vor Diskriminierungen am Arbeitsplatz und vor damit einhergehender Viktimisierung¹⁰¹. Ihr sachlicher Anwendungsbereich erfasste daher Beschäftigung, Beruf, Bildung, Sozialschutz und soziale Vergünstigung¹⁰². Sie orientierte sich aber an der bis dahin ergangenen Rechtsprechung zur Geschlechtsdiskriminierung und erfasste in Art. 2 III auch die Belästigung sowie die Anweisung zur Diskriminierung und die Viktimisierung¹⁰³. Die Richtlinie erfasste aber auch den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

⁹⁵ Vgl. Prognosen bei *Bauer*, NJW 2001, 2672 (2677).

⁹⁶ Abl. EG Nr. L 180, S. 22.

⁹⁷ Die Richtlinie 2002/73/EG war zu diesem Zeitpunkt noch nicht verabschiedet worden. Siehe oben, dazu auch *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (328 f.); *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 29, 32.

⁹⁸ So *Nickel*, NJW 2001, 2668; vgl. auch *Schiek*, AuR 2003, 44 ff.

⁹⁹ Siehe Erwägungsgrund Nr. 3 der RL 2000/43/EG; dazu auch *Waas*, ZIP 2000, 2152 (2152).

¹⁰⁰ Vgl. *Schiek*, AuR 2003, 44 (45).

¹⁰¹ Vgl. Erwägungsgrund 20 der RL 2000/43/EG, Abl. EG Nr. L 180, S. 23; Art. 9 der RL.

¹⁰² So *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577; *Waas*, ZIP 2000, 2152 (2152).

¹⁰³ Zum Inhalt der Richtlinie siehe *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 26 ff.; *Nickel*, NJW 2001, 2668 ff.; *Schiek*, AuR 2003, 44 (47).

Auch enthielt sie Öffnungsklauseln, die Ausnahmen erlaubten – zum einen gemäß Art. 4 im Bereich der Beschäftigung, sofern es sich um wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen handelte, zum anderen bei der mittelbaren Diskriminierung, wenn die Maßnahmen gemäß Art. 2 I b) der Richtlinie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, angemessen und erforderlich waren¹⁰⁴.

In Bezug auf erforderliche Sanktionsmöglichkeiten in den einzelnen Mitgliedstaaten regelte die Richtlinie in Art. 15 folgendes: „Die Mitgliedstaaten sollen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für den Fall vorsehen, dass gegen die aus dieser Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen verstoßen wird.“ „Opfer von Diskriminierungen [...] sollten über einen angemessenen Rechtsschutz verfügen“¹⁰⁵. „Die Mitgliedstaaten legen Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen einzelstaatliche Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind [...] Die Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“¹⁰⁶. Die Richtlinie sah aber weder einen Kontrahierungszwang noch pauschalierte Mindestbeträge vor¹⁰⁷. Die Rechtsdurchsetzung musste durch die geschädigte Person selbst in die Wege geleitet werden können. Es sollten ihr aber Verbände und Organisationen zur Unterstützung zur Seite gestellt werden¹⁰⁸. Bezüglich der Sanktionserfordernisse und des Rechtsschutzes legte die Richtlinie den Staaten umfassende Berichtspflichten und Bekanntmachungspflichten auf¹⁰⁹. Ihre Umsetzung sollte bis zum 19.07.2003 erfolgt sein¹¹⁰.

3. Die Richtlinie 2000/78/EG

Am 27.11.2000 wurde die Richtlinie 2000/78/EG verabschiedet¹¹¹. Sie diente der Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Verboten wurden durch die Richtlinie jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen wegen der Religion, der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, Art. 2 I und II. Auch diese Richtlinie erfasste den Tatbestand der Belästigung¹¹². Die Richtlinie richtete sich gemäß Art. 3 I an alle privaten und öffentlichen Arbeitgeber. Verboten wurden Benachteiligungen bei Einstellung und Zugang zum Beruf, beim beruflichen Aufstieg und bei der Aus- und Weiterbildung. Die Richtlinie war auch auf betriebliche Altersversor-

¹⁰⁴ Zu den Ausnahmen siehe *Nickel*, NJW 2001, 2668 (2670).

¹⁰⁵ Erwägungsgründe Nr. 26, Nr. 19 der RL 2000/43/EG, Abl. EG Nr. L 180, S. 23.

¹⁰⁶ Art. 15 der RL 2000/78/EG.

¹⁰⁷ So *Nickel*, NJW 2001, 2668 (2671).

¹⁰⁸ Zusammenfassend z. B. *Schiek*, AuR 2003, 44 (48).

¹⁰⁹ Vgl. *Nickel*, NJW 2001, 2668 (2671).

¹¹⁰ Dazu *Bauer*, NJW 2001, 2672 (2677); *Hermes/Meinel*, DB 2004, 2370.

¹¹¹ RL 2000/78/EG, Abl. EG Nr. L 303, S. 16.

¹¹² Insbesondere die Belästigung, die durch ein feindliches Umfeld geschaffen wurde, Art. 2 III.

gung anzuwenden, weil die Betriebsrenten ebenfalls zum „Entgelt“ gehören¹¹³. Die Richtlinie regelte in Art. 6 unter bestimmten Voraussetzungen aber auch Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung wegen des Alters. Vom Geltungsbereich ausgenommen sind gemäß Art. 3 II und III Ungleichbehandlungen wegen der Staatsangehörigkeit oder in Einreisefällen aus Drittstaaten, und Ungleichbehandlungen bei Sozialversicherungssystemen¹¹⁴. Art. 8 regelte neben dem Absenkungsverbot die Möglichkeit, in den nationalen Rechtsordnungen auch günstigere Vorschriften, als die Richtlinie sie verlangte, einzuführen.

Die Richtlinie enthielt in Art. 10 konkrete Aufträge zu Beweislastregelungen: Der Arbeitnehmer musste nur glaubhaft die Verletzung von Rechten behaupten, der Arbeitgeber musste sodann beweisen, dass keine Diskriminierung vorlag.

Hinsichtlich der Sanktionserfordernisse wurde in den Erwägungsgründen der Richtlinie folgende Aussage getroffen: „Die Mitgliedstaaten sollen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für den Fall vorsehen, dass gegen die aus dieser Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen verstoßen wird“¹¹⁵. Art. 17 der Richtlinie regelte konkret, dass die wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen auch Schadensersatzleistungen an das Opfer umfassen können.

Die Richtlinie sollte bis zum 02.12.2003 umgesetzt sein. Für die Umsetzung hinsichtlich der Merkmale des Alters und einer Behinderung konnte eine Zusatzfrist bis zum 02.12.2006 in Anspruch genommen werden¹¹⁶.

4. Die Richtlinie 2004/113/EG

Die Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen regelt die Richtlinie 2004/113/EG vom 13.12.2004¹¹⁷. Die Richtlinie hat eine andere Schutzrichtung als die Übrigen und ist daher für das Arbeitsrecht an sich nicht relevant. Sie ist aber trotzdem von Interesse hinsichtlich der Sanktionserfordernisse, die sie stellt. Diese Sanktionserfordernisse resultieren nämlich vor allem aus den Erfahrungen, die mit den ersten Richtlinien gemacht wurden und bauen auf der Rechtsprechung zu arbeitsrechtlichen Normen auf. Die Richtlinie stützt sich neben Art. 13 auch auf Art. 21 und 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Sie wurde im Anschluss an die Entscheidung 2001/51/EG der Kommission erlassen und sollte der Verwirklichung einer Gleichstel-

¹¹³ Zur Anwendung auf Betriebsrenten siehe *Rengier*, NZA 2006, 1251 ff.

¹¹⁴ Hinsichtlich der Streitkräfte können die Mitgliedstaaten nach Abs. 4 zudem die Merkmale der Alters und der Behinderung vom Anwendungsbereich der Regelungen ausnehmen. Zum Anwendungsbereich z. B. *Bauer*, NJW 2001, 2672 (2673).

¹¹⁵ RL 2000/78/EG, Abl. EG Nr. L 303, S. 18 Nr. 35.

¹¹⁶ Dazu z. B. *Bauer*, NJW 2001, 2672 (2677).

¹¹⁷ RL 2004/113/EG, Abl. EG Nr. L 373, S. 37.

lung von Männer und Frauen dienen, die über den Bereich des Arbeitsmarktes hinausgeht¹¹⁸. Wesentliche Definitionen und Begriffsbestimmungen der Vorläufer-Richtlinien werden im ersten Teil übernommen. Auch diese Richtlinie fordert klare Sanktionsregelungen, die im wesentlichen denen der anderen Richtlinien nachgeformt sind und so einheitlich in die Vorgaben zum Antidiskriminierungsrecht integriert wurden¹¹⁹. Allerdings sind diese erstmals sehr differenziert und genau formuliert: Im Rahmen effizienter Rechtsschutzmaßnahmen sollen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 8 II dafür Sorge tragen, dass Schäden der Diskriminierten „gemäß den von den Mitgliedstaaten festzulegenden Modalitäten tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt“ werden, „wobei dies auf abschreckende und dem Schaden angemessene Art und Weise“ geschehen muss. Festgelegt wird darüber hinaus, dass die vorherige Festlegung einer Höchstgrenze die Ersatzpflicht nicht einschränkt. Sanktionen werden in Art. 14 gesondert aufgenommen. Sie sollen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und können auch in der Zahlung von Schadensersatzleistungen bestehen. Insofern trennt die Richtlinie zwischen Strafzwecken und effektiver Rechtsdurchsetzung, die dem Opfer zu Gute kommt. Die Umsetzungsfrist endete am 21.12.2007.

5. Neuere Entwicklung: Die Richtlinie 2006/54/EG

Die Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen vom 07.06.2006 stellt eine Neufassung bisheriger Vorgaben dar. Sie fasst die Richtlinien 76/207/EWG¹²⁰, 86/378/EWG¹²¹, 75/117/EWG¹²² und 97/80/EG¹²³ zusammen. Diese Richtlinien wurden im selben Zuge mit Wirkung zum 15.08.2009 aufgehoben und durch die neue Richtlinie ersetzt¹²⁴.

Grund für eine Neufassung sind die zahlreichen Änderungen und Angleichung im Bereich des Antidiskriminierungsrechts, die dazu geführt haben, dass die Materie unübersichtlich und schwer fassbar wurde¹²⁵. Die Richtlinie beruft sich auf die Rechtsgrundlage der Art. 141 Abs. 3 EG und verweist auf Art. 21 und 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹²⁶. Sie legt in Art. 1 als Ziel die Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und

¹¹⁸ Ziel war deshalb vor allem die vollständige Eingliederung von Männern und Frauen in das wirtschaftliche und soziale Leben, siehe Erwägungsgrund Nr. 6 der RL 2004/113/EG.

¹¹⁹ Zur Einheitlichkeit der Sanktionserfordernisse z. B. *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (328).

¹²⁰ ABl. L 39 vom 14.02.1976, S. 40 ff.

¹²¹ RL vom 24.07.1986 zu betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, ABl. L 225 vom 12. 08.1986, S. 40 ff.

¹²² RL vom 10.02.1975 zu Rechtsangleichung bezüglich gleichem Entgelt, ABl. L 45 vom 19.02.1975, S. 19 ff.

¹²³ RL zu Beweislastfragen bei Diskriminierungen, ABl. L 14 vom 20.01.1998, S. 6 ff.

¹²⁴ Art. 34 der RL 2006/54/EG; dazu z. B. *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 36.

¹²⁵ Siehe Erwägungsgrund Nr. 1 der RL 2006/54/EG

¹²⁶ Siehe Erwägungsgründe Nr. 4, 5 der RL 2006/54/EG.

Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen fest. Art. 3 spricht in diesem Zusammenhang ausdrücklich von der Gewährleistung der vollen Gleichstellung mit Hilfe von Maßnahmen auf Grundlage des Art 141 IV EG.

Die Richtlinie betont in ihren Erwägungsgründen, dass die Durchsetzung der Gleichbehandlung im Einklang mit nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten erfolgen soll. Hinsichtlich des Zieles der Verhinderung von Diskriminierungen sollen insbesondere präventive Maßnahmen ergriffen werden, aber auch wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorgesehen werden¹²⁷. Insbesondere stellt die Richtlinie fest, dass nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH der Gleichbehandlungsgrundsatz nur dann als verwirklicht angesehen werden kann, wenn bei allen Verstößen eine dem erlittenen Schaden angemessene Entschädigung zuerkannt wird. Zu diesem Zwecke wird den Mitgliedstaaten durch Art. 18 aufgetragen, im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnungen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um Diskriminierungsschäden wirksam und tatsächlich auszugleichen oder zu ersetzen. Auf die Notwendigkeit einer abschreckenden Wirkung und die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geht Art. 18 ebenfalls konkret ein. Dabei können gemäß Art. 25 die geforderten Sanktionen auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen¹²⁸. Höchstgrenzen sind nur denkbar, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Schaden eines Bewerbers einzig darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner Bewerbung verweigert wurde¹²⁹. Die Richtlinie ordnet eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei sowie die Beteiligung von Verbänden, Organisationen und anderen juristischen Personen am Verfahren an¹³⁰. Die Richtlinie 2006/54/EG orientiert sich also ausweislich der Erwägungsgründe an der Rechtsprechung des EuGH, die das Antidiskriminierungsrecht hinsichtlich der novellierten Richtlinien maßgeblich beeinflusste. Insofern kommt der Rechtsprechung in ihrer das Recht konkretisierenden Funktion nicht nur bei der Umsetzung auf der nationalen Ebene, sondern auch bei der Schaffung neuen Rechts eine große Bedeutung zu.

IV. Kritik und Probleme bei der Umsetzung in das deutsche Recht

Die Regelungen der Richtlinien lassen sich aus deutscher Sicht in die bisher anerkannte Dogmatik des Antidiskriminierungsrechts kaum einordnen. Dies liegt vor allem daran, dass nicht nur erprobte Regelungen, sondern teilweise auch Regelungen fremder Rechtsordnungen ohne Änderung übernommen wurden. Insbesondere bei den Vorgaben zu sanktionierenden

¹²⁷ Siehe Erwägungsgründe Nr. 6, 7, 35 der RL 2006/54/EG.

¹²⁸ Dieser Hinweis findet sich im Kapitel 3 über die horizontalen Bestimmungen betreffend die Pflichten der Mitgliedstaaten gegenüber den Gemeinschaften.

¹²⁹ Siehe Erwägungsgrund Nr. 33 der RL 2006/54/EG.

¹³⁰ Siehe Erwägungsgründe Nr. 30, 31 und Art. 19 der RL 2006/54/EG.

Rechtsfolgen war unklar, wie sie in das deutsche Recht übertragen werden könnten. Dies wirkte sich negativ auf die Einhaltung der Umsetzungsfristen aus. Schwierigkeiten bereitete vor allem, dass die Ausgestaltung der Sanktionserfordernisse auf der Ebene des europäischen Rechts anfangs nicht klar umrissenen war. Bereits die Anforderungen der Richtlinien wurden daher nicht einheitlich beurteilt, und es blieb umstritten, welche Vorgaben nun genau erfüllt werden müssten¹³¹.

Nicht nur die Sanktionserfordernisse sorgten für Verwirrung, sondern auch die fehlende Abgrenzung zum Kündigungsschutz: Das deutsche Recht sichert die Rechte von Arbeitnehmern maßgeblich über das Kündigungsschutzrecht¹³². Ein einheitlicher europäischer Kündigungsschutz wird allerdings nicht angestrebt, sondern für den Schutz des Arbeitnehmers speziell vor Ungleichbehandlungen „universell“ das Antidiskriminierungsrecht herangezogen¹³³. Die Abgrenzung war aus deutscher Sicht daher ein Problem.

Die Richtlinien erstreckten sich zudem nicht nur auf die Bereiche, in denen die Regelungskompetenz auch tatsächlich an die EU abgegeben wurde. Aus Praktikabilitätsgründen gehen sie an vielen Stellen darüber hinaus, weil eine Differenzierung der einzelnen Formen der Diskriminierung oft nicht möglich ist und deshalb sehr umfassende Regelungsbereiche geschaffen werden. Dies betrifft vornehmlich die sehr weiten Anwendungsbereiche der untersagten Diskriminierungen. Die Richtlinien sind deshalb nahezu darauf ausgelegt, übererfüllt zu werden: Die nationalen Staaten tendieren zudem dazu, umfassende Antidiskriminierungsgesetze zu machen, bei denen dann jegliche Diskriminierung umfassend verboten wird, aber nicht mehr genau differenziert wird, um welche Form der Ungleichbehandlung es nun konkret geht. Hinsichtlich all dieser eventuellen Umsetzungsprobleme hätten die Richtlinien sicher frühzeitig auf Initiative Deutschlands hin kontrolliert werden können. Vorgaben, die auf Grund nationaler rechtlicher Gegebenheiten nicht umsetzbar sind, hätten so vermieden werden können. Die Frist, die hätte eingehalten werden müssen, um gegen die Richtlinien vor dem EuGH mittels Klage vorzugehen, hat die Bundesrepublik jedoch verstreichen lassen¹³⁴. Stattdessen wurde mit § 611 a BGB (a. F.) eine Umsetzung in Deutschland versucht, die allerdings sehr kontrovers diskutiert wurde und nicht ohne Schwierigkeiten durchgesetzt werden konnte. § 611 a BGB diente der Umsetzung der Richtlinie 76/207/EWG¹³⁵. Andere Richtlinienbestimmungen dagegen wurden zunächst gar nicht durch den Gesetzgeber umgesetzt. Aus diesen Gründen drohte Deutschland mit dem Verstreichen lassen der Fristen ein Vertragsverletzungsverfahren

¹³¹ Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Birk*, § 18, Rn. 111.

¹³² Dazu ausführlich *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (398 ff.).

¹³³ Vgl. *Thüsing*, NZA 2001, 1061.

¹³⁴ Hierzu z. B. *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2578).

¹³⁵ Vgl. *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 10.

gemäß Art. 226 EG¹³⁶.

Insbesondere die Entwicklung des § 611a BGB zeigt, dass neben dem Einfluss der Richtlinien auch die europäische Rechtsprechung die Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts geprägt hat: Zu Fragen der Auslegung des deutschen Rechts und der neu geschaffenen Normen wurde zunehmend der EuGH konsultiert. Ziel seiner Auslegungsbemühungen ist generell eine möglichst weit reichende „praktische Wirksamkeit“ des Gemeinschaftsrechts¹³⁷. Auf der Grundlage der Ansichten des EuGH entscheiden dann nationale Arbeitsgerichte¹³⁸. Nicht allein die Richtlinien sind daher ausschlaggebend für die Anforderungen, mit denen die Union die Mitgliedstaaten konfrontiert. Ebenso spielt die Rechtsprechung des EuGH eine gewichtige Rolle bei der Frage nach wettbewerbsfähigen Schadensersatzregelungen¹³⁹. Die im Folgenden anhand der Entscheidungen zu § 611a BGB dargestellte Rechtsentwicklung ist daher für das Verständnis des jetzigen Antidiskriminierungsrechts und vor allem für die Sanktionserfordernisse der Richtlinien von entscheidender Bedeutung.

C. § 611a BGB unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EuGH

I. Allgemeines

Durch die Rechtsprechung des EuGH wurden die Richtlinien erheblich konkretisiert. Dabei übernahm der EuGH nicht selten eine (Richter-) Recht setzende Funktion¹⁴⁰. Der EuGH verfolgt, ohne dass er zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet, ein dynamisches System, indem er die Norm immer weiter konkretisiert. Er ist aber z. B. dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip unterworfen und darf die Verfassungen der Mitgliedstaaten nicht verletzen¹⁴¹.

Der EuGH wurde diesbezüglich oft im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren in Anspruch genommen. Hierbei werden dem EuGH Auslegungsprobleme in Form abstrakter Fragen vorgelegt. Der EuGH konzentriert sich auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, um

¹³⁶ So diene § 611a BGB zunächst nur der Umsetzung der Richtlinie 76/207/EWG. Zu den Sanktionen bei nicht fristgemäßer Umsetzung einer Richtlinie siehe Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Birk*, § 18, Rn. 112 ff.; *Schlachter*, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 34.

¹³⁷ So *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 179.

¹³⁸ Grundlegend *Dieterich*, NZA 1996, 673 (677); Beispiele z. B. bei *Tödtmann*, DB 1998, 2322.

¹³⁹ Zur Bedeutung des EuGH für die Rechtsfortbildung in Europa siehe *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 35 ff.; zur neueren Entwicklung (auch im Antidiskriminierungsrecht) *Junker/Aldea*, RIW 2007, 1 ff.

¹⁴⁰ Hierzu etwa *Ehricke*, *RebelsZ* 59 [1995], 598 (599); *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (23); *Käppler*, Rechtsangleichung, S. 141 ff.; *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 106 ff. Zu den Problemen in Verhältnis der deutschen Arbeitsgerichte mit dem EuGH im Überblick *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht, S. 1 ff.

¹⁴¹ Vgl. *Bobke-v. Carmen/Veit*, Arbeitssachen vor dem EuGH, S. 436 ff.; *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 135 ff.

allgemeine Kriterien festzulegen¹⁴². Für die Anwendung dieser Kriterien auf das nationale Recht sind im weiteren die nationalen Gerichte zuständig¹⁴³. Das Vorlageverfahren gewährleistet, dass das Gemeinschaftsrecht in allen Mitgliedstaaten die gleiche Wirkung erzielt¹⁴⁴.

Das europäische Recht hat die Kompetenzen der Bundesgerichte auf diese Weise zusehends beschnitten: Die nationalen Gerichte mussten ihre Rechtsprechung auf Grund der Vorgaben umstellen¹⁴⁵. Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts riefen sowohl deutsche als auch die Gerichte anderer EU-Mitgliedstaaten im Rahmen eines Kooperationsverhältnisses¹⁴⁶ zu Auslegungsfragen regelmäßig den EuGH an, um Rechtsfragen zu klären¹⁴⁷. In den meisten Fällen hatte der EuGH anlässlich der Beschwerden von Privaten zu entscheiden, die bemängelten, dass das Antidiskriminierungsrecht in den betreffenden Staaten nicht korrekt oder nicht ausreichend umgesetzt sei. Das Gericht hat die dazu ergangenen Urteile stets arbeitnehmerfreundlich ausgearbeitet und sich bei Diskriminierungen als großzügig gegenüber den Opfern gezeigt¹⁴⁸. Manchmal ging die Rechtsprechung des EuGH dabei so weit, dass seine Präsenz und Entscheidungsfreude nahezu als Bedrohung für die Rechtsordnung und den Rechtsfrieden einzelner Staaten aufgefasst wurde, weil das Gericht auf viele Fragen mit allzu allgemeinen Wendungen reagierte¹⁴⁹.

Am Anfang der Rechtsfortbildung stand immer die Einführung einer umsetzenden Regel in einem Mitgliedstaat. In der Bundesrepublik waren dies Normen, die in das Dienstvertragsrecht eingebaut waren: Auf Grund des Umsetzungsauftrages des europäischen Rechts wurden 1980 die §§ 611a, 611b und 612 III BGB in das deutsche Recht integriert. Diese Normen stellten die erste bewusste Umsetzung des Gesetzgebers der europäischen Vorgaben zum Antidiskriminierungsrecht dar. Bereits die erste Fassung von Antidiskriminierungsnormen bezüglich der Einstellung von Bewerbern warf allerdings Fragen auf, die letztendlich nur durch die Auslegungsarbeit und Rechtsfortbildung des EuGH geklärt werden konnten¹⁵⁰. Im Mittelpunkt der Diskussion um die Richtlinienumsetzung stand meistens die Entschädigungsrege-

¹⁴² Zum Vorabentscheidungsverfahren siehe *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Arbeits- und Sozialrecht, § 8 Rn. 223 ff.; *Bobke-v. Carmen/Veit*, Arbeitssachen vor dem EuGH, S. 438 f.; *Schlachter*, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 31 ff.; *Dieterich*, NZA 1996, 673 (677).

¹⁴³ Sogenannter „Judizieller Dialog“, dazu *Blomeyer*, NZA 1994, 633 (635); auch *Léger*, Schlussanträge des Generalanwalts zu *Draehmpaehl*, Nr. 19, ZIP 1997, 154 (155).

¹⁴⁴ Siehe *Blomeyer*, NZA 1994, 633 (635).

¹⁴⁵ Siehe *Dieterich*, NZA 1996, 673.

¹⁴⁶ Siehe *Dieterich*, NZA 1996, 673.

¹⁴⁷ Zur Auslegung im Vorabentscheidungsverfahren *Blomeyer*, NZA 1994, 633 (635).

¹⁴⁸ Kritisch *Bobke-v. Carmen/Veit*, Arbeitssachen vor dem EuGH, S. 438 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *Dieterich*, NZA 1996, 673 (678) mit Verweis auf die *Christel Schmidt*-Entscheidung; *EuGH* v. 14.04.1994, NZA 1994, 545=AP Nr. 106 zu § 613 a BGB=EZA § 613 a BGB Nr. 114= ZIP 194, 1036=DB 1994, 1370 = NJW 1994, 2343 (*Christel Schmidt*); ebenso kritisch *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 143 f., der in der Rechtsfortbildung des EuGH einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und das Rechtsstaatsprinzip sieht.

¹⁵⁰ Vgl. Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 84.

lung für Diskriminierungen von Arbeitnehmern¹⁵¹. In seinen Urteilen gibt der EuGH eine differenzierte und genaue Anleitung dafür, was die Richtlinien, im Lichte des europäischen Rechts interpretiert und auch über ihren Wortlaut hinaus, verlangen. Dabei orientiert sich das Gericht vor allem an den Zielvorstellungen der Richtlinien selbst¹⁵². Die Leitlinien des EuGH sind geprägt vom Ziel der Harmonisierung, die durch einen möglichst effektiven Rechtsschutz vorangetrieben werden soll¹⁵³.

Eine Übersicht über die wichtigsten Entscheidungen zu § 611a BGB soll die Anforderungen des EuGH genauer klären und insbesondere zeigen, was sich der Gerichtshof im einzelnen unter einer wirksamen und abschreckenden Sanktion vorstellt. In diesem Zusammenhang kann auch dargelegt werden, wie das deutsche Recht durch die EU-Rechtsprechung immer wieder Modifikationen erfahren hat. Denn die Rechtsprechung des EuGH hat oft aktuelle Entwicklungen im deutschen Recht betreffend die Gestaltung der Antidiskriminierungsvorschrift des § 611a BGB zum Gegenstand gehabt. Gerade diese Norm ist, stark an der EuGH-Rechtsprechung orientiert, mehrfach neu gefasst worden. Sie stellt daher auf Grund ihrer konkreten Entwicklung die Anforderungen des europäischen Gesetzgebers besonders gut dar und ist deshalb wichtig für das Verständnis des heutigen Antidiskriminierungsrechts.

II. Erste Fassung - § 611a BGB als „Portoparagraph“

§ 611a BGB wurde in seiner ersten Fassung, wie auch die §§ 611b und 612a BGB, im Zuge der Verwirklichung des arbeitsrechtlichen Anpassungsgesetzes¹⁵⁴ am 21.08.1980 in das Bürgerliche Gesetzbuch im Bereich der Dienstvertragsrechts integriert¹⁵⁵. Die Norm sah ein Diskriminierungsverbot bei Begründung und Durchführung des Arbeitsverhältnisses vor. Erfasst waren nur Diskriminierungen, bzw. Benachteiligungen, auf Grund des Geschlechts. § 611a BGB stellte auch die Rechtsfolgenregelung zum alten § 612b BGB dar, der es untersagte, Stellen nur für die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts auszuschreiben¹⁵⁶.

Das Gesetz sollte die Chancengleichheit von Mann und Frau im Arbeitsleben sicherstellen. Es sollte jedoch nicht ein absolutes Differenzierungsverbot festlegen. So gab es beispielsweise auch eine Ausnahmeregel, die Differenzierungen erlaubte, wenn das Geschlecht unverzichtba-

¹⁵¹ Vgl. Raab, DStR 1999, 854.

¹⁵² Vgl. Kandler, Sanktionsmöglichkeiten, S. 28.

¹⁵³ Zu den Leitlinien im Einzelnen z. B. Bobke-v. Carmen/Veit, Arbeitssachen vor dem EuGH, S. 443 ff.

¹⁵⁴ Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über den Erhalt von Ansprüchen nach dem Betriebsübergang, BGBl. 1980 I, 1308. Das arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz diente der Umsetzung der Richtlinien 76/207/EWG und 77/187/EWG (RL zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen vom 14. Februar 1977, ABl. EG Nr. L 61, S. 26).

¹⁵⁵ Hinzu kam eine Änderung der §§ 612 und 613a BGB und die Änderung von §§ 14 KSchG und §§ 37, 38 BetrVG; Übersicht bei Eich, NJW 1980, 2329; zur Einführung des Gesetzes Zuleeg, RdA 1984, 325 (326 f.).

¹⁵⁶ Grundlegend dazu Knigge, BB 1980, 1272 ff.

re Voraussetzung für den Arbeitsplatz war¹⁵⁷.

Schon in der ersten Fassung fand sich eine Beweislastregelung, nach der der Arbeitnehmer nur Tatsachen glaubhaft machen muss, die eine Benachteiligung vermuten lassen, der Arbeitgeber hingegen das Nichtvorliegen des Diskriminierung beweisen muss¹⁵⁸. Nach der ursprünglichen Norm hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, der bei Einstellung oder Beförderung aufgrund seines Geschlechts benachteiligt wurde, gemäß § 611 a II 1 BGB a. F. Schadensersatz in Geld zu leisten¹⁵⁹. Ersetzt werden musste der Schaden, den der Arbeitnehmer dadurch erlitten hatte, dass er auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses, bzw. die Beförderung ohne eine unerlaubte Benachteiligung vertraute. Der Anspruch war damit auf das negative Interesse beschränkt. Der Bewerber wurde also nur so gestellt, wie er stehen würde, wenn er von der Möglichkeit eines Vertragsabschlusses nie erfahren hätte. Dies stellte einen verschuldensabhängigen Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens dar, der dadurch entsteht, dass die Begründung eines Arbeitsverhältnisses wegen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot trotz eines begründeten Vertrauensverhältnisses unterbleibt¹⁶⁰. Ein Vertrauensschaden konnte deswegen nur dann entstehen, wenn der Arbeitgeber auf Grund einer öffentlichen Ausschreibung erst zu erkennen gab, dass er nicht sachfremd differenzieren werde, und dann doch eine solche Diskriminierung erfolgte, nachdem der Kandidat sich im Vertrauen auf ein ordnungsgemäßes Einstellungsverfahren bewarb¹⁶¹. Erforderlich war darüber hinaus eine Kausalität zwischen der Verletzung des Vertrauenstatbestandes auf der einen und der Benachteiligung des Arbeitnehmers auf der anderen Seite¹⁶².

Diese erste Regelung ließ der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers einen weiten Spielraum und knüpfte an das enttäuschte Vertrauen des Arbeitnehmer an. Eine konkrete Sanktion des Arbeitgebers war dagegen nicht vorhanden¹⁶³. Im Regelfall führte dies ausschließlich zur Erstattung der Portokosten, die bei der Bewerbung angefallen waren. Bei den immerhin denkbaren Fällen, in denen der Arbeitnehmer im Vertrauen auf rechtstreues Verhalten des Arbeitgebers eine andere Stelle ausgeschlagen hatte, war ein weitergehender Anspruch zwar diskutabel. Es existierten aber gewichtige Einwände des Mitverschuldens sowie gravierende Kausalitätsprobleme, weshalb ein voller Ersatz nie in Frage kam¹⁶⁴.

¹⁵⁷ So *Eich*, NJW 1980, 2329 (2331).

¹⁵⁸ Dazu *Eich*, NJW 1980, 2329 (2332).

¹⁵⁹ Dazu *Pfarr/Bertelsmann*, Gleichbehandlungsgesetz, S. 73. Auch *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (361); *Eich*, NJW 1980, 2329 (2333).

¹⁶⁰ So *Annuß*, NZA 1999, 738 (739); *Eisemann*, AuR 1988, 225 f.

¹⁶¹ Nur dann existiert überhaupt ein verletzbares Vertrauen, vgl. *Eich*, NJW 1980, 2329 (2333).

¹⁶² Dies vertritt z. B. *Eich*, NJW 1980, 2329 (2333).

¹⁶³ So *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 109 f.; vgl. Begriff „Portoparagraph“ bei *Zuleeg*, RdA 1984, 325 (327 f.).

¹⁶⁴ Vgl. dazu *Eisemann*, AuR 1988, 225; *Gamillscheg* in FS Stoll, S. 21 (25); *Tödtmann*, DB 1998, 2322 (2324).

Die Frage, ob § 611a BGB im Sinne eines „Portoparagraphen“¹⁶⁵ überhaupt eine Norm war, welche die Richtlinien sinnvoll umsetzen konnte, wurde schließlich mehrfach dem EuGH vorgelegt und durch die Urteile *von Colson und Kamann* und *Harz* entschieden. Deren Inhalte und Wirkungen sollen nun näher dargestellt werden.

1. Das v. *Colson und Kamann*-Urteil und das *Harz*-Urteil

a) Inhalte der Entscheidungen

(aa) Das v. *Colson und Kamann* – Urteil

Ausgangspunkt für die Rechtsentwicklung ist die Entscheidung *von Colson und Kamann/Land NRW*¹⁶⁶, die grundlegend die Position des EuGH bezüglich geschlechtsbedingter Diskriminierung beim Zugang zum Beruf bestimmte. Die Bewerberinnen Frau v. Colson und Frau Kamann hatten geschlechtsbedingt die Positionen in einer Justizvollzugsanstalt, für die sie sich beworben hatten, nicht erhalten: Obwohl sie an der Spitze der Bewerberliste standen, wurden zwei weniger gut qualifizierte männliche Bewerber vorgezogen. Die Klägerinnen wollten nun Schadensersatz in Gestalt von Verdienstausfall geltend machen, der über den Vertrauensschaden, der nach dem so genannten „Portoparagraphen“ (§ 611 BGB a. F.) denkbar war, hinausging.

Das deutsche Arbeitsgericht legte die Rechtsache dem EuGH in Form eines Vorlageverfahrens vor. Tatsächlich stuft der EuGH die Norm des § 611a BGB als nicht richtlinienkonform ein. Er verlangte zudem, dass eine Regelung eingeführt werde, die diskriminierende Verhaltensweisen von vornherein als nicht lohnenswert erscheinen lasse. Denn eine rein symbolische Entschädigung, wie sie durch Ersatz des negativen Interesses möglich war, werde den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht¹⁶⁷. Der EuGH wurde diesbezüglich wesentlich konkreter als die Richtlinie es gewesen war: Zwar sei es den Mitgliedstaaten unbenommen, eine Regelung zu finden, bei der der Arbeitgeber nicht zu einem Vertragsschluss gezwungen werden kann, eine wirksame Chancengleichheit könne jedoch keinesfalls ohne eine geeignete Sanktion hergestellt werden. Dabei verwies der Gerichtshof auch auf Art. 6 der Richtlinie 76/207/EWG, der den Bewerbern ein Klagerecht einräumte.

Diese Bestimmung war allerdings zu ungenau, als dass der EuGH aus ihr unmittelbar wirksame Rechtsfolgen hätte herleiten können¹⁶⁸. Deshalb kam es in seiner Rechtsprechung auch

¹⁶⁵ Begriff von *Zuleeg*, RdA 1984, 325 (327).

¹⁶⁶ *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg 1984, 1891 (1908) Nr. 23 (*v. Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen*) = NJW 1984, 2021 = NZA 1984, 157; AP § 611a BGB Nr. 2.

¹⁶⁷ Hierzu auch *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 72 f.; vgl. auch *Zuleeg*, RdA 1984, 325 (328).

¹⁶⁸ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 56 f.; *Zuleeg*, RdA 1984, 325 (329).

zu eher allgemeinen Aussagen über diesbezügliche Anforderungen. Sofern sich ein Mitgliedstaat allerdings dafür entscheidet, den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot mit einer Entschädigung zu belegen, sollte folgendes gelten: Sämtliche Schadensersatzansprüche, die aus dem diskriminierenden Verhalten des Arbeitgebers hervorgehen, sollten tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz gewährleisten. Dies beinhaltet auch eine „wirklich abschreckende Wirkung“ gegenüber dem Diskriminierenden. Schließlich sollten die Ansprüche in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen¹⁶⁹. Allerdings seien solche Maßnahmen ausreichend, die es den Geschädigten ermöglichen, sich vor den nationalen Gerichten tatsächlich auf diese Maßnahmen zu berufen: Das Urteil stellt im selben Satz fest, dass durch Art. 6 der Richtlinie 76/207/EWG den Mitgliedstaaten keine bestimmte Sanktion vorge-schrieben werde. Als hinreichend wirksame Maßnahmen würden solche angesehen, die „den Arbeitgeber zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers verpflichten oder eine angemessene finanzielle Entschädigung gewähren und die gegebenenfalls durch eine Bußgeldregelung verstärkt werden“¹⁷⁰. Dem Gerichtshof ging es damit vor allem darum, dass die nationalen Gesetze einen diskriminierungsfreien Abschluss von Arbeitsverträgen steuern können. Nach seiner Ansicht kann dies nur durch einen hinreichenden Druck zum Vertragsschluss erreicht werden¹⁷¹. Entschieden wurde damit zum ersten Mal, dass eine nachweisbare Diskriminierung beim Zugang zum Beruf auch tatsächlich einen wirklichen Schadensersatz nach sich ziehen muss, der in seiner Wirkung einer faktischen Einstellung gleichkommen muss, damit ein wirtschaftlicher Druck entsteht¹⁷².

(bb) Das Harz-Urteil

Das *Harz-Urteil*¹⁷³ behandelte einen sehr ähnlichen Fall: Eine Diplom-Kauffrau klagte gegen eine GmbH, die nur unter Androhung eines arbeitsgerichtlichen Prozesses bereit gewesen war, überhaupt Bewerbungsgespräche zu führen. Frau Harz war mit der Begründung abgewiesen worden, dass typischerweise nur Männer auf dem gewünschten Arbeitsplatz beschäftigt würden und die Besetzung mit einer Frau bei Verhandlungen mit ausländischen Geschäftspartnern zu Problemen führen würde, und zwar insbesondere, da ausländische Gepflogenheiten die Frau in ihrer Würde verletzen könnten. Eine Sanktion des Arbeitgebers, die über die Möglichkeiten des „Portoparagrafen“ hinausgehen könnte, war dem vorliegenden

¹⁶⁹ *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 14/83, (v. *Colson und Kamann*), Slg. 1984, 1891 (1908) Nr. 23 = NJW 1984, 2021 = NZA 1984, 157 = AP § 611a BGB Nr. 2.

¹⁷⁰ *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 14/83 (v. *Colson und Kamann*), Slg. 1984, 1891 (1908) Rn. 18 = NJW 1984, 2021 = NZA 1984, 157; AP § 611a BGB Nr. 2.

¹⁷¹ Vgl. *Busche*, Privatautonomie, § 8, S. 284 f.

¹⁷² Vgl. *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 110; *Tödtmann*, DB 1998, 2322 (2323).

¹⁷³ *EuGH* Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 79/83 DB 1984, 1042-1043 (*Harz/Tradax*).

Gericht auch in diesem Falle nicht möglich. Im Rahmen des Vorlageverfahrens wurde daher auch hier vom EuGH festgestellt, dass die Mitgliedstaaten zwar frei in der Wahl ihrer Mittel seien, sich aber an bestimmte Rahmenregeln halten müssten. Insbesondere die Vorgabe einer verhältnismäßigen, wirksamen und abschreckenden Sanktion müsse erfüllt werden, was neben einer angemessenen Entschädigung auch einen Einstellungsanspruch oder Bußgeldvorschriften umfassen könne¹⁷⁴.

(cc) Folgerungen aus beiden Urteilen

Die Vorlagefragen der ArbG Hamm und Hamburg wurden demnach in beiden Verfahren identisch beantwortet¹⁷⁵. Beide Urteile verpflichteten die Staaten außerdem, das nationale Recht unter Ausschöpfung der Auslegungsmöglichkeiten so anzuwenden, dass dem Europarecht zu seiner Geltung verholfen werde¹⁷⁶. Dies betraf vor allem die Wirkung zwischen Privaten, da hier die Richtlinien ohne Umsetzungsakt keinerlei Potential entfalten konnten. Es sei Sache der nationalen Gerichte, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraumes, den das nationale Recht einräume, in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden¹⁷⁷. Denn nur dann, wenn der (potentielle) Arbeitgeber eine staatliche Stelle war, konnte der Arbeitnehmer sich auf die nicht umgesetzte Richtlinie direkt berufen¹⁷⁸.

Insbesondere wurde festgehalten, dass man in die Richtlinienvorgaben keinesfalls hineininterpretieren dürfe, dass ausschließlich eine Lösung, die den Ersatz des immateriellen Schadens oder besser eine „privatrechtliche Strafsanktion“ vorsehe, den Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers entspreche¹⁷⁹.

b) Konsequenzen für das deutsche Recht

Vor den deutschen Arbeitsgerichten wurde nach den Vorlageverfahren in den Verfahren *v. Colson und Kamann* sowie *Harz* entschieden, dass § 611a II 1 EG-rechtswidrig war¹⁸⁰. In

¹⁷⁴ *EuGH* Urt. v. 10.04.1984, Rs. 14/83 (*v. Colson und Kamann*), Slg 1984, 1891 (1908) Nr. 18 = NJW 1984, 2021 = NZA 1984, 157 = AP § 611a BGB Nr. 2 = EAS RL 76/207/EWG Art. 6 Nr. 1 S. 16; *EuGH* Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 79/83 (*Harz/Tradax*), DB 1984, 1042-1043.

¹⁷⁵ Vg. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 128.

¹⁷⁶ Zur neuesten Entwicklung der richtlinienkonformen Auslegung siehe *EuGH* v. 04.07.2006, - C-212/04, NJW 2006, 2465. Siehe zur Bedeutung der Urteile *von Colson und Kamann* sowie *Harz* z. B. *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht, S. 178 ff.; dazu auch *Schlachter*, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 39 ff.; *Auer*, NJW 2007, 1106 ff.; allgemein zur Rechtsfortbildung durch die Gerichte siehe *Dieterich*, RdA 1993, 67.

¹⁷⁷ *EuGH* Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 79/83 (*Harz/Tradax*), DB 1984, 1042-1043. *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 14/83 (*v. Colson und Kamann*), Slg 1984, 1891 (1908) = NJW 1984, 2021 = NZA 1984, 157 = AP § 611a BGB Nr. 2 = EAS RL 76/207/EWG Art. 6 Nr. 1 S. 16. Dazu auch *Ehricke*, *RabelsZ* 1995, 598 (617).

¹⁷⁸ So *Abele*, NZA 1997, 641 (643) mit Verweis auf Urteil des *EuGH* v. 14.04.1994, Rs. C-392/92 (*Francovich*), *EuZW* 1994, 182=NJW 1994, 921.

¹⁷⁹ Vgl. z. B. *Zuleeg*, RdA 1984, 325 (328).

beiden Fällen wurde, gestützt auf § 847 BGB, eine billige Entschädigung in Geld in Höhe von sechs Monatsgehältern zugesprochen. § 611a BGB wurde zunächst nicht europarechtskonform abgeändert. Trotzdem sollten die Vorgaben des EuGH aber berücksichtigt werden. Die Anwendung der allgemeinen Schadensersatzvorschriften war z. B. durch die Urteile des EuGH keinesfalls ausgeschlossen worden, und wurden nun angewendet. Jedoch gingen die nationalen Gerichte damit unterschiedlich um¹⁸¹. Es kam daraufhin in einer Leitentscheidung des BAG aus dem Jahr 1989 zum effektiven Rechtsschutz gegen Diskriminierungen, der sich weitgehend an dem orientierte, was das deutsche Zivilrecht im Bereich Schmerzensgeld und Schadensersatz leisten konnte¹⁸²: Das BAG wusste sich aber hinsichtlich der Gesetzeslage in Deutschland nur dadurch zu helfen, dass es anlässlich der Klagen zweier Bewerberinnen, die wegen ihrer Eigenschaft als Frau abgewiesen worden waren, ein Schmerzensgeld auf der Grundlage von §§ 823 I, 847 i. V. m. § 31 BGB konstruierte¹⁸³. Der Ersatz von Vermögensschäden sollte nach der Ansicht des BAG aber durch § 611a II 1 BGB a. F. gesperrt sein¹⁸⁴. Über den Anspruch aus §§ 823 I BGB i. V. m. § 847 BGB gelang es in der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1989, einen Schadensersatz- bzw. Schmerzensgeldanspruch durchzusetzen, der in der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts begründet war. Selbiges galt als Schutzgut i. S. d. § 823 I BGB. Die Entscheidung sollen im Folgenden kurz angesprochen werden.

(aa) Die Tierannahme-Entscheidung

Zum Zeitpunkt der *Tierannahme*-Entscheidung des BAG im Jahr 1989 war § 611a BGB noch als einfache Regelung mit dem Ziel des Ersatzes des Vertrauensschadens ausgestaltet. Der EuGH hatte aber bereits entschieden, dass § 611a II BGB nicht ausreiche, um das Regelungsziel der EG-Richtlinie 76/207/WG zu erfüllen¹⁸⁵. Trotzdem bot § 611 a BGB keinen Auslegungsspielraum, um weitere Entschädigungszahlungen darauf zu stützen¹⁸⁶. Diese An-

¹⁸⁰ ArbG Hamm v. 06.09.1984, DB 1984, 2700 (v. *Colson und Kamann*); ArbG Hamburg v. 07.03.1985, DB 1985, 1402 (*Harz*).

¹⁸¹ Einige Gerichte gingen über den Ersatz des Vertrauensschadens hinaus, andere beließen es bei den bisherigen Rechtsfolgen. Dazu z. B. *Eisemann*, AuR 1988, S. 225 (226); *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 129.

¹⁸² Dazu z. B. im Überblick *Dieterich*, NZA 1997, 641.

¹⁸³ BAG, Urteil vom 14.03.1989 (*Tierannahme*), BAGE 61, 209=NJW 1990, 65=NZA 1990, 21 und BAG v. 14.03.1989, NZA 1990, 24 f. = NJW 1990, 670 (*Sozialarbeiterin*).

¹⁸⁴ Dazu *Brüggemeier*, ZEuP 1998, 752 (755).

¹⁸⁵ *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg 1984, 1891 (1908) Nr. 23 (v. *Colson und Kamann*) = NJW 1984, 2021 = NZA 1984, 157 = AP § 611a BGB Nr. 2.

¹⁸⁶ Das BAG interpretierte zu Recht die Richtlinie 76/207/EWG dahingehend, dass sie vor geschlechtsspezifischen Benachteiligungen schützen soll. Zu den Grenzen des Gesetzesauslegung siehe *Eisemann*, AuR 1988, 225 (230).

spruchsbegrenzung war durchaus Absicht des Gesetzgebers gewesen¹⁸⁷: Die Norm sollte bewusst nur den Vertrauensschaden, also die Bewerbungskosten, decken.

Trotzdem verhalf die Entscheidung des Gerichts der Klägerin zur Durchsetzung ihres Anspruches wegen immateriellen Schadens: Das BAG entschied – im Einklang mit der Vorinstanz –, dass die Benachteiligung wegen des Geschlechts im Sinne des § 611a BGB eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen könne und in diesem Fall Ansprüche auf eine Entschädigungszahlung angemessen seien¹⁸⁸. Da § 611a BGB nur den Ersatz des negativen Interesses und damit materielle Schadensersatzansprüche regle, schließe diese Norm auch keine weitergehenden Ansprüche wegen immateriellen Schadens aus. Sie entfalte daher keine abschließende Wirkung hinsichtlich immaterieller Schäden¹⁸⁹. Einen Anspruch aus §§ 823 I, 847 BGB a. F. sah es damit als möglich an.

Zur Begründung gab das Gericht folgendes an: Ein Arbeitgeber, der bei der Auswahl unter seinen Bewerbern auf das Geschlecht abstelle, beeinträchtige die Entfaltungsmöglichkeiten der Angehörigen des diskriminierten Geschlechtes, indem er ihre beruflichen Fähigkeiten herabwürdige. In einer solchen Diskriminierung liege zugleich ein Verstoß gegen Art. 3 II, Art. 2 I und Art. 1 I GG. Konkretisiert würde diese Verletzung zugleich durch § 611a BGB. Für eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei jedoch eine andere Entschädigung als die des Ersatzes des immateriellen Schadens nicht vorgesehen und insbesondere nicht durch § 611a II BGB ausgeschlossen, da immaterielle Schäden von der Norm gar nicht berührt seien: Auch § 611a II BGB bot zu diesem Zeitpunkt keine Grundlage für eine Entschädigung wegen immaterieller Schäden, also könne sich auch keine Haftungsbeschränkung ergeben.

Bezüglich des Anspruches wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts musste es sich jedoch um eine *schwerwiegende* Verletzung handeln, denn ansonsten war es nicht möglich, zur Notwendigkeit einer Geldentschädigung zu kommen¹⁹⁰. Indizien sollten der Grad des Verschuldens, die Art und die Schwere der Benachteiligung, die Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessenschädigung, der Anlass und Beweggrund des Handelns und die Sphäre, in die eingegriffen wurde, sein¹⁹¹. Auch die Wertung des § 611 a BGB wurde bei dieser Entscheidung herangezogen: Das Gericht sah es durch § 611a BGB als indiziert an, dass die Benachteiligung wegen des Geschlechts regelmäßig einen solchen schwerwiegenden Eingriff darstellten, weil durch diese Norm der Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für den Zu-

¹⁸⁷ BT-Drucksache 8/3317; BR-Drucksache 353/79.

¹⁸⁸ BAG, Urteil v. 14.03.1989 – 8 AZR 447/87, NJW 1990, 65 ff. (*Tierannahme*).

¹⁸⁹ Vgl. auch BAG v. 14.03.1989, BAG-E 61, 219 ff. = NJW 1990, 67 ff. = NZA 1990, 24 ff., sowie *Zuleeg*, RdA 1984, 325 (330); zustimmend *Eisemann*, AuR 1988, 225 (233).

¹⁹⁰ Im Ergebnis negativ z. B. BAG v. 14.03.1989 (*Sozialarbeiterin*), NZA 1990, 24 f.

¹⁹¹ Schon *BGH* v. 19.09.1961 (*Ginseng*), BGHZ 35, 363 (368) = NJW 1961, 2059 (2060).

gang zum Arbeitsverhältnis konkretisiert werde. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasse das Recht des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und Entfaltung der individuellen Persönlichkeit¹⁹². Der Arbeitnehmer habe auch bei der Einstellung das Recht, nach sachangemessenen Kriterien beurteilt zu werden. Bei Diskriminierungen werden seine beruflichen Fähigkeiten herabgewürdigt und auch die Würde als Person wird verletzt. Zudem war die Höhe der Entschädigung vom Grad des Verschuldens abhängig¹⁹³.

Im Übrigen führte das Gericht in seiner Entscheidung aus, dass das Recht der Europäischen Gemeinschaften bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot eine Sanktion verlange, die in einem angemessenen Verhältnis zu Schaden stehe und über symbolischen Schadensersatz hinausgehe. Allein schon deshalb sei davon auszugehen, dass ein schwerwiegender Eingriff bei einer geschlechtsbedingten Diskriminierung als gegeben anzusehen sei¹⁹⁴.

Die Klägerin erhielt eine Entschädigung in Höhe eines Monatsverdienstes, den sie bei Abschluss eines Arbeitsvertrages erhalten hätte. Bezüglich der Höhe der zu gewährenden Summe knüpfte das Gericht an Monatsverdienste an und verwies auf die Ähnlichkeit zu §§ 9, 10 KSchG, § 113 BetrVG, § 65 SeemG. Die von der Vorinstanz genannte Summe von sechs Monatsverdiensten wurde durch das BAG auf einen Monatsverdienst gekürzt. Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass alle vergleichbar hohen Ansprüche eine langjährige Betriebszugehörigkeit voraussetzen und in Bezug auf das Sanktionserfordernis nur eine Summe erforderlich sei, die über symbolischen Schadensersatz hinausgehe. Ein Monatsverdienst sei unter Berücksichtigung der geltenden Rechtslage und dem, was das europäische Recht unumgänglich verlange, ausreichend, um eine hinreichende Sanktionswirkung zu entfalten. Im Einzelfall, so das BAG, könne die Summe aber auch im Betrag abweichen oder sogar ganz entfallen. Damit zog das BAG das KSchG als Vergleichsgröße heran, passte aber die Höhe der Entschädigung an den speziellen Fall der Einstellungsdiskriminierung an.

(bb) Vergleichbare Entscheidungen

Im Falle der Benachteiligung einer Frau, die sich auf die Stelle einer Sozialarbeiterin beworben hatte, entschied das BAG dagegen, dass im Einzelfall keine schwerwiegende Benachteiligung eingetreten sei. Außerdem stellte das Gericht darauf ab, dass das Verschulden des Arbeitgebers in diesem Falle nur gering gewesen sei. Aus diesem Grunde wurde ihr kein Schmerzensgeldanspruch aus §§ 823 I, 847 BGB gewährt¹⁹⁵.

Noch im Jahr 1999 entschied das BAG auf Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,

¹⁹² Dies stützte das BAG auf *BGH* v. 25.05.1954, BGHZ 13, 334 = NJW 1954, 1404.

¹⁹³ Dazu *Worzalla*, NJW 1997, 1809.

¹⁹⁴ *BAG*, Urt. v. 14.03.1989 – 8 AZR 447/87 (*Tierannahme*), NZA 1990, 21 = AP Nr. 5 zu § 611a BGB.

¹⁹⁵ *BAG* v. 14.03.1989, NZA 1990, 24 f.

dass einer Arbeitnehmerin wegen herabwürdigender öffentlicher Bemerkungen über ihre Person und Details aus ihrem Privatleben ein Schmerzensgeldanspruch nach §§ 823 I, 847 BGB i. V. m. Art. 1, 2 I GG zustehe¹⁹⁶.

In einem anderen Fall wurde eine physische Tötlichkeit einer mit 3000 DM Schmerzensgeld belegt. Die Gründe dafür waren zwar vornehmlich nicht antidiskriminierungsrechtlicher Art. Das Gericht hat in diesem Fall allerdings auch die Missachtung der Angestellten durch die Handelnde im Rahmen des § 847 BGB angesprochen. Psychische Schäden waren jedoch nicht ausreichend dargelegt wurden, weshalb der Anspruch letztendlich allein auf der Grundlage der §§ 823 BGB i. V. m. § 223a StGB beruhte¹⁹⁷.

Bei dieser „Notlösung“, die das BAG gefunden hatte, konnte es jedoch ganz abgesehen von den Rechtsfolgen schon wegen der Voraussetzungen für die Haftung nicht bleiben: Kennzeichnend für den Anspruch aus § 823 I, § 847 BGB war nämlich, dass er in jedem Fall *Verschulden* voraussetzte. Dies hatten die Richtlinien jedoch so nicht vorgesehen, was auch der EuGH durch seine Rechtsprechung bestätigte. Die erste wichtige Entscheidung zum Verschuldenserfordernis behandelte eine niederländische Rechtssache. Auch das *Dekker*-Urteil enthält aber wichtige Informationen über die Anforderungen des europäischen Rechts in Bezug auf Rechtsfolgen und soll daher hier erläutert werden.

2. Das *Dekker*-Urteil

a) Inhalt

Nicht nur Deutschland hatte Probleme bei der korrekten Umsetzung der Richtlinien. Auch die Regelungen in anderen Mitgliedstaaten wurden überprüft. Anhand dieser Urteile war es möglich, weitere Rückschlüsse im Hinblick auf die notwendigen Mindestvoraussetzungen zu ziehen, die Antidiskriminierungsvorschriften mit sich bringen mussten.

So hat die Rechtssache *Dekker/Stichting*¹⁹⁸ die Gestaltung des § 611 a BGB beeinflusst. Diese Entscheidung behandelte die Nicht-Einstellung einer schwangeren Frau in den Niederlanden, weil wegen der schwangerschaftsbedingte Fehlzeiten finanzielle Nachteile seitens des Arbeitgebers befürchtet wurden. Grund dafür war das niederländische Krankenversicherungssystem, dass auf die finanziellen Lasten der Schwangerschaft auf den Arbeitgeber „abwälzte“.

Im Einstellungsverfahren hatte Frau Dekker sich zwar als bestgeeignete Bewerberin heraus-

¹⁹⁶ Die Arbeitnehmerin wurde u. a. als „faulste Mitarbeiterin Deutschlands“ bezeichnet, siehe *BAG* v. 18.02.1999, *NZA* 1999, 645 = *NJW* 1999, 1988.

¹⁹⁷ Entscheidung des LArbG Düsseldorf vom 27.05.1998, *BB* 1998, 1694; dazu *Kern*, *NZA* 2000, 124 (125), der insbesondere die Zurückhaltung bei der Schmerzensgeldbemessung in beiden genannten Fällen kritisiert.

¹⁹⁸ *EuGH* v. 08.11.1990 – Rs. C-177/88 (*Dekker/Stichting*) *Slg.* 1990, S. I-3941, *EAS* RL 76/207/EWG, Art. 2 Nr. 6 Tz. 22 ff. = *NZA* 1991, 171.

gestellt¹⁹⁹. Als der Arbeitgeber jedoch von ihrer Schwangerschaft erfuhr, verweigerte er die Einstellung schließlich. Das niederländische Gericht wandte sich mittels Vorlageverfahren an den EuGH. Dieser urteilte, dass eine solche Einschätzung nur gegenüber Frauen denkbar sei und ging von einer unmittelbaren Diskriminierung i. S. d. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 der Richtlinie 76/207/EWG aus. Eine Rechtfertigung mit dem Argument, dass auf Grund des absehbaren Ausfalls der Schwangeren die betriebliche Tätigkeit vorübergehend reduziert werden müsse, ließ der EuGH nicht gelten, da dies die Durchsetzung des *effet utile* gefährde. Das Gericht stellte dabei nur auf die Benachteiligung an sich ab – die übrigen Bewerber blieben unberücksichtigt, selbst wenn es sich bei ihnen ebenfalls ausschließlich um Frauen handelte²⁰⁰. Das Gericht entschied, dass die Geschädigte eingestellt werden musste, um den Arbeitgeber angemessen für sein Verhalten zu sanktionieren. Das Urteil sorgte so dafür, dass der Arbeitgeber letztendlich zu einem Kontrahieren verpflichtet wurde.

Vorgelegt wurde auch die Frage, ob der nationale Gesetzgeber das Vorliegen eines Schadensersatzanspruches vom Verschulden des Arbeitgebers abhängig machen dürfe. Der EuGH verneinte dies und ließ das bloße Vorliegen einer Diskriminierung als Anknüpfungspunkt für einen Anspruch ausreichen.

b) Konsequenzen für das deutsche Recht

Mit der Entscheidung im Fall *Dekker* betätigte das Gericht seine bisherige Linie und legte ausdrücklich Wert auf die Feststellung, dass ein Anspruch nicht von einem Verschulden oder Rechtfertigungsgründen abhängig gemacht werden dürfe²⁰¹. Auch die Ansicht, dass dem Erfordernis der verschuldensabhängigen Haftung allein dadurch Genüge getan wird, dass ein objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab maßgeblich sei²⁰², war nicht mehr haltbar: Durch die Entscheidung wurde klar gestellt, dass der EuGH diesen Einwand nicht mehr gelten lassen werde. Die Entscheidung hatte in erster Linie für das Fragerecht des Arbeitgebers Bedeutung, da die Frage nach der Schwangerschaft nunmehr vollkommen ausgeschlossen war²⁰³.

Außerdem wurde deutlich, dass die Gewährleistung der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts oberste Priorität hat und außerdem der Schwerevorbehalt, der bei geringfügigen Verletzungen des Persönlichkeitsrechts bzw. geringen Verschulden nicht erfüllt sein konnte, nicht die Sanktionserfordernisse erfüllte.

Die Rechtsprechungspraxis des BAG, in Fällen von Einstellungsdiskriminierungen einen An-

¹⁹⁹ Dazu *Wißmann*, DB 1991, 650.

²⁰⁰ Dazu z. B. *Däubler*, NZA 1992, 577 (581).

²⁰¹ Vgl. *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 113.

²⁰² Vgl. *Annuß*, NZA 1999, 738 (740).

²⁰³ So *Däubler*, NZA 1992, 577 (581); zu den Konsequenzen der Entscheidung für die deutsche Rechtsprechung auch *Sowka*, NZA 1994, 967 ff.

spruch gemäß §§ 823 I i. V. m. § 847 BGB zu gewähren²⁰⁴, wurde damit nutzlos. Hierbei war schließlich immer noch Verschulden eine Voraussetzung. Eben diese Regelung untersagte die neue Rechtsprechung des EuGH aber²⁰⁵.

3. Bedeutung der EuGH-Urteile für § 611a BGB

Nach den oben genannten Entscheidungen des EuGH entsprach die ursprüngliche Fassung des § 611a BGB nicht den Erfordernissen, die die Richtlinien an den Schutz vor Diskriminierungen stellen. Durch die Rechtsprechung wurden vor allem die Gerichte der Mitgliedstaaten angehalten, nationales Recht richtlinienkonform auszulegen und auf diese Weise zu weitergehenden Ersatzmöglichkeiten zu gelangen. § 611a BGB konnte auf Grund seines eindeutigen Wortlauts und der zugehörigen Gesetzesbegründungen nicht als Grundlage für einen Ersatz genommen werden, der über das negative Interesse hinaus geht. Viel zu deutlich war der Anspruch darauf begrenzt²⁰⁶. Andere Anspruchsgrundlagen setzen grundsätzlich ein Verschulden voraus: Nach wie vor wurde nur die Möglichkeit genutzt, über einen Anspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Schadensersatz und Schmerzensgeld zuzusprechen. Durch die Entscheidungen *Dekker/Stichting* war aber eindeutig geklärt worden, dass das Verschulden keine Haftungsvoraussetzung sein durfte²⁰⁷. Trotzdem wurde die Norm zunächst nicht durch den Gesetzgeber geändert²⁰⁸.

Dies führte zu einer unklaren Rechtslage und sehr unübersichtlichen Rechtsprechung in Deutschland. Denn einerseits sollten die Anforderungen des europäischen Rechts erfüllt werden, andererseits allerdings wollte man dabei im Rahmen der Möglichkeiten des deutschen Rechts verbleiben.

Das BAG sah jedoch keine Möglichkeit, auf einem anderen Weg die europäischen Vorgaben zu erfüllen. § 611a BGB europarechtskonform auszulegen, war ebenfalls nicht möglich, weil die Gesetzesbegründung und der Wortlaut dagegen sprachen²⁰⁹.

Die Literatur sah dies zum Teil anders. Insbesondere wurde vertreten, dass die Norm auf der Rechtsfolgenseite außer Acht gelassen werden müsse und demnach jede bei der Einstellung

²⁰⁴ BAG, Urteil vom 14.03.1989 – 8 AZR 447/87 (*Tierannahme*), BAGE 61, 209 = NJW 1990, 65 = NZA 1990, 21 = AP Nr. 5 zu § 611a BGB sowie BAG v. 14.03.1989 – 8 AZR 351/86 (*Sozialarbeiterin*), BAGE 61, 219 = NJW 1990, 67 = NZA 1990, 24 = EzA § 611a BGB Nr. 5.

²⁰⁵ Zur grundsätzlichen Bedeutung der Entscheidung für das deutsche Recht siehe *Wißmann*, DB 1991, 650 (651, 652).

²⁰⁶ Z. B. BAG v. 14.03.1989 – 8 AZR 447/87 (*Tierannahme*), NJW 1990, 65 = NZA 1990, 21 = AP Nr. 5 zu § 611a BGB; dazu auch *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 109.

²⁰⁷ Dazu z. B. *Däubler*, NZA 1992, 577 (582); *Wißmann*, NZA 2004, 651 (652).

²⁰⁸ Kritisch zu diesem Verhalten des Gesetzgebers z. B. *Annuß*, NZA 1999, 738 (740).

²⁰⁹ Das BAG verweist zutreffend auf BT-Drucks 8/3317, BR-Drucks 353/79, zur Gesetzesbindung der Gerichte siehe auch *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (267); vgl. auch *Wißmann*, DB 1991, S. 650 (653).

diskriminierte Frau einen Anspruch auf Einstellung aus § 249 BGB haben müsse²¹⁰. Nur, wenn die Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs unzumutbar sei, müsse Zahlung in Geld denkbar bleiben. Gegen diesen Lösungsansatz sprach, dass die Gerichte sich nicht über den Willen des Gesetzgebers hinweg setzen dürfen und auch der EuGH Gesetze nur auslegen und überprüfen, nicht aber außer Kraft setzen kann²¹¹.

Zusammenfassend war die erste Fassung des § 611a BGB also weder europarechtskonform, weil sie beispielsweise ein Verschulden verlangte, noch war sie als völlig systemgerecht bezüglich des deutschen Rechts zu beurteilen, weil sie im Dienstvertragsrecht eine Sonderstellung einnahm und ihre Inhalte missverständlich waren²¹². Aus diesen Gründen wurde eine Neuregelung unumgänglich²¹³.

III. Zweite Fassung des § 611a BGB

1. Ausgangslage

Der nationale Gesetzgeber hat im Jahr 1994, insbesondere um den Anforderungen der Kommission gerecht zu werden, das Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen verabschiedet²¹⁴. Durch Art. 7 des 2. Gleichberechtigungsgesetzes vom 24.06.1994 wurden § 611 a II und III BGB durch die Absätze 2 bis 5 ersetzt. Absatz 1 mit der Beweislastregelung blieb dagegen unverändert.

Das 2. Gleichberechtigungsgesetz bot mit dem Beschäftigtenschutzgesetz etwas konkreter Schutz vor Belästigungen am Arbeitsplatz, was bisher nur rudimentär durch die §§ 611, 618 I, 611a BGB und 120 a, b GewO und § 75 II BetrVG miterfasst worden war. Obwohl § 611a BGB in der ersten Fassung bereits 1984 durch den EuGH gerügt wurde, trat der neue § 611a BGB erst am 01.09.1994 in Kraft. Den alten § 611 a BGB ersetzte nun eine Norm, die neben einem Anspruch auf Schadensersatz eine angemessene Entschädigung in Geld für Diskriminierungsopfer festsetzte. Ein Einstellungsanspruch wurde explizit ausgeschlossen²¹⁵.

§ 611a BGB erweiterte zwar die Ansprüche der Arbeitnehmer und verlangte keine Kausalität mehr zwischen der Diskriminierung und der Nichteinstellung, war jedoch weiterhin verschul-

²¹⁰ Siehe *Pfarr/Bertelsmann*, DB 1984, 1297 ff.

²¹¹ So *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, S. 153.

²¹² Z. B. sah ein großer Teil der Literaturmeinungen sie im Gegensatz zum BAG auch als abschließende Norm zum Schadensersatz an. Dazu statt vieler *Wißmann*, NZA 2004, 651 ff.

²¹³ Vgl. *Wißmann*, NZA 2004, 651 (653).

²¹⁴ Zweites Gleichberechtigungsgesetz 1994, BGBl. I 1994, 1406; zu Entstehungsgeschichte und Inhalt siehe *Pfarr*, RdA 1995, 204 ff.

²¹⁵ Kritisch im Hinblick auf den spezielleren Art. 33 II GG siehe *Pfarr*, RdA 1995, 205 (207).

densabhängig ausgestaltet²¹⁶. Dies wurde jedoch teilweise damit erklärt, dass mit dem Wortlaut „zu vertreten hat“ nicht ein Verschulden im herkömmlichen Sinne gemeint sei, sondern nur die objektive Pflichtwidrigkeit, die sehr leicht nachweisbar sei²¹⁷. Nach anderer Ansicht diene die Neufassung des § 611a BGB nur dazu, bei Vorliegen eines Verschuldens immer eine Haftung eintreten zu lassen, da vorher nach Ermessen des Gerichts auch die Möglichkeit bestand, dass bei leichtem Verschulden z. B. gar nicht gehaftet wurde. Dies sei nach der Neufassung nun nicht mehr denkbar²¹⁸. Jedenfalls stand dem abgelehnten Bewerber eine Entschädigung zu, ganz gleich, ob die Diskriminierung für die Nichteinstellung nun kausal war oder nicht²¹⁹. Der Kläger konnte unabhängig vom tatsächlich entstandenen Schaden eine Entschädigung geltend machen. Auch das negative Interesse konnte weiterhin geltend gemacht werden²²⁰. Die Aufnahme dieser Konstellation ließ darauf schließen, dass auch die nicht bestqualifizierten Bewerber Ersatzansprüche geltend machen konnten²²¹. Die angemessene Entschädigung sollte allerdings gemäß Satz 1 nicht höher als drei Monatsverdienste ausfallen. Diese Begrenzung wurde von Anfang an als unzureichende Lösung kritisiert²²².

Darüber hinaus ergänzte § 61b ArbGG als verfahrensrechtliche Vorschrift § 611a BGB dahingehend, dass auch die Gesamtentschädigungssumme auf sechs bzw. 12 Monatsgehälter beschränkt wurde, sofern der Arbeitgeber sich mehreren Anspruchstellern gegenüber sah²²³. Die Ansprüche der Kläger wurden dann anteilig bemessen²²⁴. Diese Beschränkung war dem Vorbild der §§ 12 I Nr. 2, II StVG und 10 II HPfIG gefolgt²²⁵.

Der Gesetzgeber ist mit dieser Beschränkung weiter gegangen, als es das BAG ursprünglich tun wollte, als es für den „Normalfall“ Ersatz in Höhe eines Monatsverdienstes fest schrieb²²⁶. Dennoch versuchte er, sich an die Systematik des bisherigen Rechts zu halten: Durch den Charakter des Arbeitsvertrags als Dauerschuldverhältnis erschien die Begrenzung des Ersatzanspruchs notwendig, damit eine gewisse Kalkulation möglich blieb²²⁷. Ersetzt wurde, was der Bewerber an Geld- und Sachbezügen erhalten hätte, wenn er die Stelle erhalten hätte. Es

²¹⁶ Vgl. Erfurter Kommentar 2006/*Schlachter*, § 611a BGB Rn. 31 ff.; *Annuß*, NZA 1999, 738 (740); *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 161; *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 113.

²¹⁷ Vgl. *Pfarr*, RdA 1995, 205 (208); *Schiek*, Zweites Gleichberechtigungsgesetz, § 611a BGB Rn. 92 ff.

²¹⁸ Vgl. *Worzalla*, DB 1994, 2446.

²¹⁹ Zum Verzicht auf das Erfordernis der Kausalität siehe *Pfarr*, RdA 1995, 205 (208).

²²⁰ Dazu z. B. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 164.

²²¹ Vgl. *Zwanziger*, BB 1995, 1404 (1405).

²²² Z. B. Erfurter Kommentar 2006/*Schlachter*, § 611a BGB Rn. 35 ff.; *Pfarr*, RdA 1995, 204.

²²³ „Summenbegrenzungsverfahren“, dazu *Germelmann/Matthes/Prüting*, ArbGG, § 61 b Rn. 17 ff.; *Annuß* NZA 1999, 738 (740).

²²⁴ Berechnungsbeispiel bei *Worzalla*, DB 1994, 2446 (2448).

²²⁵ Begründung des Gesetzesentwurfs zum 2. GleichBG, BT-Drucks. 12/5468, S. 45; kritisch zur Vergleichbarkeit dieser haftungsrechtlichen Summenbegrenzungen mit den Ansprüchen gegen den Arbeitgeber z. B. *Kocher*, ArbuR 1998, 221 (223) m. w. Nw.

²²⁶ So *Kern*, NZA 2000, 124 (127).

²²⁷ Vgl. *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (260); *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 460.

handelte sich allerdings um ein nach oben hin begrenztes positives Interesse. Die Begrenzung auf drei Monatsgehälter orientierte sich an den Regelungen zum Kündigungsrecht, §§ 9 und 10 KSchG²²⁸. Die Höchstgrenze dieser Normen wurde jedoch unterschritten: Berücksichtigt wurde, dass im Rahmen einer Vertragsanbahnung keine so starke Bindung entsteht, wie bei einem bereits bestehenden Arbeitsverhältnis, das durch eine Kündigung beendet werden kann. Beim Arbeitsverhältnis handele es sich schließlich um ein Dauerschuldverhältnis²²⁹.

Allerdings ist beispielsweise der Gesetzesbegründung zu entnehmen, dass auch das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis einer Sanktion mit abschreckender Wirkung bei der Neufassung in Betracht gezogen werden sollte, sofern es um die Bemessung einer Entschädigungssumme gehe²³⁰. Denn auch derjenige Bewerber, der die Stelle auch ohne die Benachteiligung nicht bekommen hätte, war in der Lage, eine Entschädigung über das negative Interesse hinaus zu verlangen. Insofern kam nur der Ersatz des immateriellen Schadens in Betracht. Dies lief dem Bereicherungsverbot des deutschen Schadensersatzrechts zuwider, wenn man nicht, wie das BAG, die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts heranzog²³¹. Mit Verweis auf die *Dekker*-Entscheidung des EuGH²³² hat sich die Literatur auch zur zweiten Fassung der Norm kritisch geäußert, weil bereits durch diese Entscheidung klar gestellt worden war, dass das Verschuldenserfordernis einer erfolgreichen Umsetzung im Wege stehen und auch die Auslegung im Sinne einer bloßen objektiven Pflichtwidrigkeit eindeutig dem Wortlaut zuwider laufen würde²³³. Außerdem unterschied die Norm nicht zwischen materiellem und immateriellem Ersatzanspruch, und setzte im Übrigen auch gar keinen konkreten Schaden voraus²³⁴.

Das 2. Gleichberechtigungsgesetz wurde auf Grund der Möglichkeiten des Arbeitgebers zu kalkulieren und weiterhin gezielt zu diskriminieren als „Alibigesetz“ bezeichnet, das zu keinem Fortschritt für die im wesentlichen betroffene Gruppe der Frauen führe²³⁵. Auch Urteile wie *Marshall II*²³⁶ sprachen dafür, dass Haftungshöchstgrenzen genauso problematisch sein würden und gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würden, da bei einer

²²⁸ Vgl. *Oetker*, ZIP 1997, 802 (803); a.A. *Treber*, NZA 1998, 856 (858).

²²⁹ So *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 164.

²³⁰ Vgl. *Annuß*, NZA 1999, 738 (740).

²³¹ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 165.

²³² *EuGH* v. 08.11.1990 – Rs. C-177/88 (*Dekker/Stichting*) Slg. 1990, S. I-3941. EAS RL 76/207/EWG, Art. 2 Nr. 6; BB 1991, 261.

²³³ Siehe *Schiek*, Zweites Gleichberechtigungsgesetz für die Privatwirtschaft, § 611a BGB Rn. 92 ff. Auch *Blomeyer*, NZA 1994, 633 (634); *Franzen*, ZEuP 1995, 796 (809).

²³⁴ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 169.

²³⁵ So *Pfarr*, RdA 1995, 205 (211).

²³⁶ *EuGH* 02.08.1993 – Rs. C-271/91 Slg. 1993 I, 4367 (*H. M. Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*) = EuZW 1993, 706 ff.; vgl. dazu auch *EuGH* Urt. vom 09.11.1993, Rs. C-132/92 (*Birds Eye Walls Limited*), EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 25.

Vielzahl von Diskriminierungsopfern damit zu rechnen sei, dass die Entschädigungssumme auch gegen Null gehen könne²³⁷.

2. Die *Marshall*-Urteile

Die *Marshall*-Fälle betrafen einen Diskriminierungstatbestand in Großbritannien. Die hier relevante Entscheidung *Marshall II*²³⁸ befasste sich mit der Höhe der Entschädigung, die der betroffenen Klägerin wegen einer Entlassung zustand. Die Klägerin hatte eine Entschädigung einschließlich Zinsen und einem Betrag für den Ausgleich des immateriellen Schadens geltend gemacht²³⁹. Problematisch war bei diesem britischen Rechtsfall, dass in England eine Höchstgrenze für diskriminierungsbedingte Entschädigungszahlungen festgeschrieben war, die jedoch um ein Mehrfaches den Betrag unterschritt, den die Klägerin als konkreten Verlustschaden geltend gemacht hatte. Außerdem erlaubte die Regelung keine Zinszahlungen.

Das letztinstanzlich mit der Entscheidung befasste *House of Lords* hatte daher den EuGH angerufen, um in einem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 177 EWGV (a. F.) zu erfahren, ob eine solche Höhenbegrenzung ohne Zinsen, die den Schaden unterschreitet, gemeinschaftsrechtswidrig sei. Der EuGH stellte in diesem Zusammenhang fest, dass eine Regelung, die dem Kläger nur Schadensersatz bis zu einer bestimmten Obergrenze und keinerlei Ersatz der anfallenden Zinsen gewährt, nicht mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehe, weil die ordnungsgemäße Durchführung der Gleichbehandlungsrichtlinie davon abhinge, dass eine gewährte Entschädigung nicht geringer sei als der tatsächlich erlittene Schaden²⁴⁰.

Der EuGH erklärt dies anhand der Zielsetzung des Art. 6 der Richtlinie 76/207/EWG: Ziel der Richtlinie sei die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zwischen Männern und Frauen insbesondere hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, vgl. Art. 2 der Richtlinie 76/207/EWG. Der EuGH wiederholt im *Marshall II*-Urteil das, was er bereits für den Fall *v. Colson und Kamann* festgestellt hatte: Vorgesehen sei keine bestimmte Maßnahme, nur müsse diese zur Rechtsdurchsetzung geeignet sein, den Schaden effektiv ausgleichen und eine abschreckende Wirkung haben. Angemessen sei die Entschädigung dann, wenn sie hoch genug sei, um „eine Sanktion zweckdienlicher, verhältnismäßiger und abschreckender Natur“ darzustellen. Laut den Schlussanträgen des Generalanwaltes *Van Gerven* ist daher der Begriff der angemessenen Entschädigung von dem der vollständigen Entschädigung zu unterschei-

²³⁷ So *Hergenröder*, JZ 1997, 1174; vgl. auch *Kocher*, ArbuR 1998, 221 (222ff.) und *Pfarr*, RdA 1995, 205 (208).

²³⁸ *EuGH v. 02.08.1993 – Rs. C-271/91 (H. M. Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority)* = EuZW 1993, 706 ff.

²³⁹ *EuGH v. 02.08.1993 – Rs. C-271/91 Slg. 1993 I, 4367 (H. M. Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority)*, Rn. 4 = EuZW 1993, 706 (707).

²⁴⁰ *EuGH v. 02.08.1993 – Rs. C-271/91 (H. M. Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority)* Slg. 1993 I, 4367, Leitsatz 1 = EuZW 1993, 706 (708), vgl. auch *Pfarr*, RdA 1995, 205 (208).

den²⁴¹. Der EuGH hat jedoch entschieden, dass nur die vollständige Entschädigung den Richtlinien entsprechen kann. Dabei geht der Gerichtshof explizit davon aus, dass auch eine Wiedereinstellung den Zweck der Wiederherstellung der Gleichheit erfüllen kann²⁴², anderenfalls eine finanzielle Wiedergutmachung den gesamten Schaden ausgleichen muss. Dies bedeutet aber, dass die durch die Diskriminierung erlittenen Schäden durch die Entschädigung in vollem Umfang ausgeglichen werden müssen²⁴³.

Bei der Wahl dieser Maßnahme müssen deshalb auch Zinsen berücksichtigt werden. Eine Obergrenze spricht ebenso gegen die vollständige Wiedergutmachung in jedem Einzelfall, womit sie ebenfalls unzulässig ist. Der EuGH spricht insofern von der Wiederherstellung der Chancengleichheit²⁴⁴.

Die *Marshall II*-Entscheidung führt schließlich noch aus, dass ein Arbeitnehmer sich gegenüber einer staatlichen Behörde als Arbeitgeber auf die Richtlinie direkt berufen kann. Als Grundlage für einen Anspruch wurden Art. 6 i. V. m. Art. 5 der Richtlinie 76/207/EWG herangezogen²⁴⁵. Die *Marshall II* - Entscheidung betraf zwar das britische Recht und eine Entlassung, jedoch stellte sie die generellen Anforderungen an das nationale Antidiskriminierungsrecht und die damit zusammenhängenden Rechtsfolgen klar. Aus diesem Grunde erlaubte die Ansicht des EuGH eine sichere Prognose betreffend das deutsche Recht und damit § 611a BGB sowie § 61b II ArbGG²⁴⁶. Es war bereits jetzt erkennbar, dass die Dreimonatsgrenze und das Gesamtsummenbegrenzungsverfahren gegen die Grundsätze der Effektivität und den Grundsatz der Gleichwertigkeit verstoßen würden²⁴⁷.

IV. Letzte Fassung des § 611a BGB

1. Ausgangslage

Vor dem Hintergrund der dargelegten Rechtsprechung des EuGH kamen nun Zweifel auf, ob die deutsche Umsetzung im Hinblick auf die europäischen Vorgaben haltbar war. Insbesondere die *Marshall*-Rechtsprechung sprach dagegen. Eine erneute gerichtliche Überprüfung sollte deshalb erfolgen. Diese ergab wiederum Missstände, die durch die Entscheidung des EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens offen gelegt wurden: In dieser neuen Entscheidung sah

²⁴¹ Generalanwalt *Van Gerven*, EuGH Slg. 1993, I-4367, Tz. 17 (*Marshall II*).

²⁴² *EuGH v. 02.08.1993 – Rs. C-271/91 (H. M. Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority)* Slg. 1993 I, 4367, Rn. 25 = EuZW 1993, 706 (708).

²⁴³ Vgl. *Blomeyer*, NZA 1994, 633, der an die Entscheidung *v. Colson und Kamann* anknüpft.

²⁴⁴ *EuGH v. 02.08.1993 – Rs. C 271/91 Slg. 1993 I, 4367 (Marshall II)*, Rn. 24 = EuZW 1993, 706.

²⁴⁵ Dazu *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 57.

²⁴⁶ Anderer Ansicht z. B. *Worzalla*, DB 1994, (2446) 2448, der aus der Entscheidung keine Konsequenzen für das deutsche Recht ableiten wollte.

²⁴⁷ So *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 180; auch *Colneric*, ZEuP 1995, 646 (653).

der EuGH tatsächlich die Haftungsobergrenze des § 611 a BGB, die Begrenzung des § 61 b ArbGG und dazu das Verschuldenserfordernis als nicht europarechtskonform an, wie im Folgenden zu zeigen sein wird²⁴⁸.

2. Das *Draehmpaehl*-Urteil

In der Rechtssache *Draehmpaehl*²⁴⁹ hatte ein abgewiesener Bewerber vor dem Arbeitsgericht Hamburg²⁵⁰ Schadensersatz in Höhe von dreieinhalb Monatsverdiensten geltend gemacht, nachdem er keinen positiven Bescheid über seine Bewerbung bekommen hatte. Die Stelle war explizit nur für Frauen ausgeschrieben worden. Dies verstieß gegen § 611b BGB, der eine geschlechtsneutrale Ausschreibung verlangte. Die Forderung des Bewerbers hatte knapp über der durch § 611 a BGB festgeschriebenen Höchstgrenze gelegen, der die Rechtsfolgenregelung für Verstöße gegen § 611b BGB darstellte. Daher wurde § 611a BGB im Rahmen dieses Verfahrens einer Prüfung unterzogen. Das Arbeitsgericht trat im Rahmen eines Vorlageverfahrens an den EuGH heran²⁵¹. Geklärt werden sollte vor allem die Frage, ob Höchstgrenzen bei Schadensersatzansprüchen und Entschädigung, wie sie in § 611a BGB normiert waren, mit dem Europarecht vereinbar sind. Daneben erging eine Vorlagefrage zur Vereinbarkeit eines Verschuldenserfordernisses mit dem europäischen Recht. Das darauf folgende *Draehmpaehl*-Urteil ging in seinen Wirkungen noch weiter als die bisherigen Entscheidungen²⁵²: Zunächst betonte der EuGH bei seiner Entscheidung, dass die Richtlinie 76/207/EWG eine Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden oder Rechtswidrigkeit verlange. Damit forderte er nochmals das ein, was er schon in der Rechtssache *Dekker* verlangt hatte²⁵³: Sofern ein Mitgliedstaat sich für eine Umsetzung der Richtlinien im Rahmen einer zivilrechtlichen Haftungsregelung entscheide, sollte die Haftung des Arbeitgebers unter keinen Umständen vom Nachweis seines Verschuldens abhängig gemacht werden. Ansonsten könne der Abschreckungs- und Sanktionswirkung, die für die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unverzichtbar sei, keine praktische Wirksamkeit zukommen²⁵⁴.

²⁴⁸ Vgl. *Annuß*, NZA 1999, 738 (740).

²⁴⁹ *EuGH* v. 22.04.1997, Rs. C-180/95 = NZA 1997, 645 ff. = DB 1997, 983 ff. (*Draehmpaehl./Urania Immobilienservice OHG*).

²⁵⁰ *ArbG Hamburg* v. 22.05.1995, *ArbuR* 1995, 286 ff.

²⁵¹ Kritisch z. B. *Adomeit*, *NJW* 1997, 2295; auch *Oetker*, Anmerkung zu *Draehmpaehl*, *ZIP* 1997, 02 (804), die die Rechtssache insgesamt in Frage stellen, weil sie fiktiv geschaffen worden sein könnte, um die §§ 61b ArbGG und 611a II BGB abzuschaffen.

²⁵² *EuGH* v. 22.04.1997, RS C-180/95 (*Draehmpaehl./ Urania Immobilienservice oHG*) *Slg.* 1997, I-2195 = *NJW* 1997, 1839 = *NZA* 1997, 645 ff.

²⁵³ *EuGH* v. 08.11.1990 – Rs. C-177/88 (*Dekker/Stichting*) *Slg.* 1990, S. I-3941=EAS RL 76/207/EWG, Art. 2 Nr. 6 = *BB* 1991, 261, Rn. 22 und 2, dazu auch *Oetker*, Anmerkung zur Rechtssache *Draehmpaehl*, *ZIP* 1997, 802.

²⁵⁴ *EuGH* v. 22.04.1997 RS C-180/95 (*Draehmpaehl./ Urania Immobilienservice oHG*) *Slg.* 1997, I-2195 = *NJW* 1997, 1839 = *NZA* 1997, 645 ff.; dazu auch *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 117.

Der EuGH wies das Vorbringen Deutschlands, dass das Verschuldenserfordernis wegen der Erfassung der Fahrlässigkeit in § 276 BGB in der Regel leicht zu erbringen sei, ab²⁵⁵. Insbesondere das Argument, dass die Vorbildentscheidung *Dekker* das niederländische Recht berühre und daher keine Rückschlüsse auf das deutsche Recht zulasse, lehnte der EuGH ab, weil es in beiden Fällen um einen ähnlichen Fall der Einstellungsdiskriminierung ging und in beiden Fällen das Verschulden des Arbeitgebers für die Anspruchsbegründung ausschlaggebend sein sollte²⁵⁶.

Die Höchstgrenze, die § 611a BGB für die Entschädigungszahlungen aufstellte, erklärte der EuGH im Übrigen für unzulässig²⁵⁷: Bereits im Urteil *v. Colson und Kamann* habe er festgestellt, dass es sich um eine verhältnismäßige Sanktion handeln müsse²⁵⁸. Bei einer Begrenzung auf Monatsgehälter werde man zumindest dem Fall des bestgeeignetsten Bewerbers nicht gerecht werden können, sondern allenfalls demjenigen, der auch ohne die Diskriminierung den Arbeitsplatz nicht erhalten hätte. Diese Entscheidung war auch durch das Urteil *Marshall II*²⁵⁹ bereits zu vermuten und daher nicht überraschend, wenngleich es in diesem Urteil auch um eine Entschädigung wegen einer Entlassung ging²⁶⁰. Das Gericht führte aus, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht genauso geahndet werden müssten wie vergleichbare Verstöße im nationalen Zivil- und Arbeitsrecht²⁶¹. Ein begrenzter Schadensersatz könne zu keiner spürbaren, erheblichen und abschreckenden finanziellen Belastung des Arbeitgebers führen, weshalb keine hinreichend wirksame Maßnahme zur Verwirklichung der Richtlinien vorläge²⁶².

Die Zahlung von drei Monatsgehältern befand der EuGH damit für zu niedrig, um dadurch eine sanktionierende Wirkung im Sinne der Richtlinien zu erreichen. Insofern wurden die Argumente der Bundesregierung, dass eine solche Summe über rein symbolische Entschädigung hinaus ginge und dem Arbeitgeber eine spürbare, erhebliche und abschreckende finan-

²⁵⁵ Kritisch dazu *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (259); genauso *Pfarr*, RdA 1995, 205 (208).

²⁵⁶ Dazu *Léger*, Schlussanträge des Generalanwaltes zu *Draehmpaehl*, Nr. 25, ZIP 1997, 154 (156), der klarstellt, dass es in beiden Fällen um den Verlust einer Chance auf Grund des Geschlechts ging, nicht aber um eine Fehleinschätzung der beruflichen Fähigkeiten der Bewerber.

²⁵⁷ *EuGH v. 22.04.1997*, RS C-180/95 (*Draehmpaehl./Urania Immobilienservice oHG*) Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839 = NZA 1997, 645 ff. (Leitsatz 2).

²⁵⁸ *EuGH v. 10.04.1984*, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 (1908) (*v. Colson und Kamann*) = NJW 1984, 2021 = NZA 1984, 157, Rn. 23 und 24; AP § 611a BGB Nr. 2 = EAS RL 76/207/EWG Art. 6 Nr. 1 S. 16.

²⁵⁹ *EuGH v. 02.08.1993* – Rs. C-271/91 Slg. 1993 I, 4367 (*H. M. Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*) = EuZW 1993, 706 ff.

²⁶⁰ So *Oetker*, Anmerkung zu *Draehmpaehl*, ZIP 1997, 802; zur Vergleichbarkeit der beiden Entscheidungen siehe auch *Léger*, Schlussanträge des Generalanwaltes zu *Draehmpaehl*, ZIP 1997, 153.

²⁶¹ Der EuGH berief sich insoweit auf sein Urteil *v. 21.09.1989*, Rs. 68/88 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1989, 2965 Rn. 24.

²⁶² Vgl. *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (262); *Kocher*, ArbuR 1998, 221 (222); *Wendeling/Buschkröger*, FS Däubler, S. 133.

zielle Belastung auferlege²⁶³, für nicht stichhaltig erklärt²⁶⁴. Ebenso wurde die Höchstgrenze von kumulativ sechs Monatsgehältern, die aktiviert werden konnte, wenn mehrere Bewerber Ansprüche geltend machten, für unvereinbar mit der Richtlinie 76/207/EWG erklärt²⁶⁵. Insbesondere die Höhenbegrenzung, die für den Entschädigungsanspruch vorgesehen war, sei willkürlich festgelegt und führe zu einer Regelung, die keine wirksamen Sanktionen enthalte²⁶⁶. Allerdings durfte laut EuGH unterschieden werden zwischen dem Bewerber, der die Stelle nie bekommen hätte und demjenigen, der ohne die Diskriminierung bestqualifiziert gewesen wäre. Hier ließ der EuGH eine Differenzierung zu, weil die beiden Bewerbergruppen auch objektiv unterschiedlich seien²⁶⁷.

In diesem Urteil lässt der EuGH damit erstmals keinen Zweifel daran, dass die deutsche Form der Umsetzung im Zivilrecht zwar einen akzeptablen Platz hat, aber dennoch nicht sanktionsstark genug ausgestaltet ist, weil bei Haftungsbegrenzungen eine Sanktion ihre abschreckende Wirkung verliere. Auch die Verhältnismäßigkeit einer haftungsrechtlichen Lösung sei bei Obergrenzen nicht mehr gewährleistet²⁶⁸. Das Gericht vertrat damit aber eine andere Sichtweise, als man es bisher bezüglich des deutschen Schadensersatzrechts gewohnt war: Der EuGH legte einerseits Wert auf eine dem Schaden angemessene Rechtsfolge. Er bemaß diese aber nicht aus der Sicht des Arbeitnehmers, sondern anhand der Verletzungshandlung des Arbeitgebers bzw. an dessen wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit, damit er für die Zukunft abgeschreckt wird. Die diskriminierenden Verhaltensweisen sollten nicht nur durch eine abschreckende Rechtsfolgenregelung eingedämmt werden, sondern überdies der Schädiger selbst verhältnismäßig und wirksam sanktioniert werden. Indem das Gericht verkündete, dass eine rein symbolische Entschädigung nicht ausreichen kann, um die Zwecke von Abschreckung und Verhältnismäßigkeit zu erfüllen, lag die Betonung dieser Entscheidung daher auf der Notwendigkeit von Sanktionen im Sinne von Präventionszwecken.

3. Konsequenzen für § 611a BGB

Der Sache *Draehmpaehl* vorausgegangen war bereits eine heftige Diskussion um mögliche neue Umsetzungsbestrebungen, denn es wurde richtig vermutet, dass die Rechtsprechung des

²⁶³ Kritisch in diesem Sinne auch *Adomeit*, NJW 1997, 2295 f.

²⁶⁴ *EuGH* v. 22.04.1997, RS C-180/95 (*Draehmpaehl./Urania Immobilienservice oHG*) Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839 = NZA 1997, 645 ff. DB 1997, 983 ff.

²⁶⁵ *EuGH* v. 22.04.1997, RS C-180/95 (*Draehmpaehl./Urania Immobilienservice oHG*) Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839 = NZA 1997, 645 ff. Leitsatz 3, Rn. 23 ff.

²⁶⁶ Kritisch z. B. *Busche*, Privatautonomie, § 8, S. 285; a. A. aber i. E. § 61 B ArbGG ebenfalls ablehnend *Kocher*, ArbuR 1998, 221 (224 ff.).

²⁶⁷ Vgl. z. B. *Brüggemeier*, ZEuP 1998, 752 (759), der die unterschiedlichen Fälle mit formeller und materieller Diskriminierung bezeichnet; dazu auch *Worzalla*, NJW 1997, 1809 (1812).

²⁶⁸ Zustimmend *Oetker*, Anmerkung zu *Draehmpaehl*, ZIP 1997, 802 (803).

EuGH zu einem Änderungsauftrag führen würde. Die nochmalige Neufassung des § 611a BGB stellte sich zunächst als kompliziertes Unterfangen heraus: Das deutsche Verschuldensprinzip, nach dem auch § 611a BGB ausgestaltet war, konnte mit den neuen Anforderungen des EuGH nicht in Einklang gebracht werden, liefen sie doch auf eine Art Gefährdungshaftung bei der Einstellung hinaus²⁶⁹.

Es standen verschiedenste Gesetzesentwürfe zur Diskussion, die sogar so weit gingen, dass dem Arbeitnehmer die Wahl zwischen einem Wiederherstellungsanspruch und einem Entschädigungsanspruch gegeben werden sollte, wobei generell keinerlei Begrenzung der Ansprüche festgesetzt werden sollte²⁷⁰.

Versucht wurde aber teilweise auch, eine Lösung ganz ohne Änderung des Gesetzes zu finden: § 611a BGB sollte beispielsweise als der Höhe nach unbegrenzter Schmerzensgeldanspruch angesehen werden, da § 611a BGB nur die Option der Entschädigung regle und daher ausschließlich immaterielle Schäden erfasse. Sämtliche Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers wegen materieller Schäden könnten dagegen aus *culpa in contrahendo* (*c.i.c.*) resultieren, da nach geltendem Recht keine andere Lösungsmöglichkeit existierte²⁷¹. § 611a BGB wurde dabei selbst als ein Unterfall der *c. i. c.* eingestuft, da die Bewerbung zu einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis führe²⁷². Die Lösung fußte auf der Überlegung, das geltende Recht ohne Neuerungen in Sinne einer europarechtskonformen Anwendung heranzuziehen. Der Anspruch hätte allerdings verschuldensunabhängig ausgestaltet werden müssen, um die Vorgaben der Richtlinien zu erfüllen²⁷³. Der Ansatz überzeugte daher nicht, weil das Haftungssystem damit völlig konterkariert würde: Denn dieses setzte Verschulden bezüglich der *c.i.c.* zwingend voraus²⁷⁴. Im Übrigen war der Wortlaut des § 611a BGB auch hinsichtlich des Verschuldensprinzips eindeutig und wäre keiner anderen Auslegung zugänglich gewesen²⁷⁵. Eine bloße Anwendung der geltenden Gesetze ohne konkrete Novellierung hätte daher einen Bruch mit dem tradierten Haftungsrecht bedeutet²⁷⁶.

²⁶⁹ Siehe *Hergenröder*, JZ 1997, 1174; *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 117; *Otto*, Anmerkungen zu *Draehmpaehl*, EWiR 1998, 79 (80).

²⁷⁰ So noch der Entwurf der SPD-Fraktion, BT-Drucks. 13/7896 vom 19.12.1997 – dieser Entwurf hatte insbesondere im Bereich des Schadensersatzes viele Ähnlichkeiten mit dem der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drucksache 13/9526, ebenfalls vom 19.12.1997).

²⁷¹ Vorschlag wird konkret angedacht z. B. bei *Oetker*, ZIP 1997, 802 (803 f.).

²⁷² § 611 a BGB sollte in diesem Falle aber nicht mehr als deliktischer Anspruch herangezogen werden können. Dazu *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (30); *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (255).

²⁷³ Dagegen im Ergebnis *Oetker*, ZIP 1997, 802 (804) selbst, der davon ausgeht, dass die *c.i.c.* in jedem Fall von einem Verschulden abhängen muss.

²⁷⁴ Deswegen wird diese Idee von *Oetker*, ZIP 1997, 802 (804) auch als Lösungsweg mit „unverkennbaren dogmatischen Friktionen“ bezeichnet.

²⁷⁵ Vgl. *Worzalla*, NJW 1997, 1809 (1812).

²⁷⁶ So *Oetker*, ZIP 1997, 802 (804); *Schlachter*, AP Nr. 13 zu § 611 a BGB, Bl. 986 R.

Ein weiterer Lösungsvorschlag bestand darin, § 611a BGB als Schutzgesetz i. S. d. § 823 BGB zu betrachten, sodass der vermögensrechtliche Anspruch des Bewerbers, der bestqualifiziert war, über diesen Weg ersetzt werden konnte. Aber auch ein Heranziehen des § 823 BGB durch das BAG – was freilich zunächst nur eine Zwischenlösung dargestellt hatte, s. o. - wurde kritisiert, weil die Sperrwirkung des § 611 a BGB unklar war²⁷⁷.

Letztendlich hatte jeder Vorschlag eine Reihe von Folgeproblemen aufzuweisen, die sich ohne die konkrete Änderung des Gesetzes nicht hatten lösen lassen. Die letzten Diskussionen liefen deshalb alle auch eine Neufassung des § 611a BGB hinaus, wie sie dann im Jahr 1998 auch verabschiedet wurde: Mit Gesetz vom 29.06.1998²⁷⁸ wurden die §§ 611a Abs. 2 bis 5 BGB und § 61b ArbGG gemäß den Anforderungen des EuGH angepasst. Gestrichen wurden das Summenbegrenzungsverfahren und die individuelle Höchstgrenze von drei Monatsverdiensten als Schadensersatz; letztere allerdings nicht für diejenigen Bewerber, die ohnehin den Arbeitsplatz auch ohne die diskriminierende Behandlung nicht hätten bekommen können. § 611a BGB unterschied demnach auch in seiner letzten Fassung zwischen verschiedenen Arten von Bewerbern: Denen, die ohne Benachteiligung eingestellt worden wären, und denen, die auch ohne das diskriminierende Verhalten des Arbeitgebers den Arbeitsplatz nicht bekommen hätten²⁷⁹. Diese letztgenannte Bewerbergruppe konnte aber zumindest einen immateriellen Schaden geltend machen²⁸⁰. Demgegenüber konnte derjenige Bewerber, für dessen Nichteinstellung ausschließlich die Diskriminierung ausschlaggebend war, eine unbegrenzte Entschädigung in Geld verlangen. Seinen Schaden musste er nicht konkret beziffern²⁸¹. Begründet wurde diese umfassende Entschädigungspflicht auch damit, dass eine schuldhafte Vorenthaltung des Arbeitsplatzes angesichts des angespannten Arbeitsmarktes nicht mit einer Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsgehältern abgegolten werden könne²⁸².

Ausweislich der Gesetzesbegründung wollte der Gesetzgeber mit dieser Regelung eine Norm schaffen, die den Erfordernissen des EuGH hinsichtlich einer wirklich abschreckenden Sanktion gerecht werden konnte²⁸³. Der Tatbestand einer geschlechtsspezifischen Benachteiligung oder Diskriminierung war gemäß § 611 a BGB dann erfüllt, wenn ein Arbeitnehmer oder Bewerber „wegen seines Geschlechts benachteiligt“ wurde. § 611a II BGB erfasste nur Fälle der Diskriminierung anlässlich einer Einstellung oder Beförderung. Es handelte sich nun um eine

²⁷⁷ Vgl. dazu *Abele*, NZA 1997, 641 (642); *Hergenröder*, JZ 1997, 1174 (1176).

²⁷⁸ Hierzu *Annuß*, NZA 1999, 738; *Kocher*, ArbUR 1998, 221 (222).

²⁷⁹ Dazu ausführlich *Raab*, DStR 1999, 854 (856 ff.).

²⁸⁰ Vgl. *BAG v. 5.02.2002*, NZA 2004, 540 ff.

²⁸¹ Dies diente auch der Umsetzung der Beweislastrichtlinie 97/80/EG vom 15.12.1997.

²⁸² So *Otto*, Anmerkungen zu *Draehmpaehl*, EWiR 1998, 79 (80).

²⁸³ BT-Drucks. 13/10242, S. 6, dazu auch *Annuß*, NZA 1999, 738 (740).

echte Gleichstellungsnorm, nicht mehr nur um eine Regelung zur Gleichbehandlung²⁸⁴. § 611a BGB sollte schließlich nicht nur den europarechtlichen Vorgaben genügen, sondern war genauso eine Grundrechte konkretisierende Norm, die sich auf Art. 3 II 2 GG bezog und somit einen Verfassungsauftrag zu erfüllen hatte²⁸⁵. § 611a BGB sollte nun abschließend die Schäden von Einstellungs- und Beförderungsdiskriminierungen regeln und als abschließende Sanktionsnorm andere Ersatzregelungen ausschließen²⁸⁶.

4. Schwachstellen des § 611a BGB in seiner letzten Fassung

Allgemein traf diese umfassende Neufassung die Kritik, dass sie so unsystematisch sei, dass letztlich viele Diskriminierungen unsanktioniert blieben weil die Gerichte einen zu weiten Auslegungsspielraum hätten. Bemängelt wurde z. B., dass zu undifferenziert geregelt war, für welche Diskriminierungen das Gesetz nun Schadensersatzansprüche festschrieb²⁸⁷: Die Norm galt nämlich hinsichtlich der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers nur bei Einstellungs- und Beförderungsdiskriminierungen. Bei Diskriminierungen z. B. im Rahmen einer Kündigung konnten dagegen nur die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen eingreifen oder besondere Gesetze wie das Kündigungsschutzgesetz. Solche einseitigen diskriminierenden Maßnahmen konnten zwar wegen § 611a I BGB keinerlei Wirkung entfalten, jedoch wurden speziell auf der Ebene des Diskriminierungsschutzes keine weitergehenden Ansprüche begründet²⁸⁸. Für sonstige Rechtsgeschäfte ergab sich die Nichtigkeit aus § 134 BGB²⁸⁹. Dem benachteiligten Arbeitnehmer stand ein Anspruch auf Beseitigung bzw. Unterlassung zu. Darüber hinaus waren Schadensersatzansprüche wegen positiver Forderungsverletzung, *culpa in contrahendo* oder aus unerlaubter Handlung denkbar, sofern § 611a BGB weiterhin als Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB angesehen wurde²⁹⁰.

Das Gesetz war aber andererseits sehr weit formuliert, weshalb alle denkbaren Benachteiligungen tatsächlicher oder rechtlicher Art im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis einschließlich seiner Begründung und Beendigung erfasst wurden²⁹¹. Auch blieb unklar, ob nach § 611 a BGB nur der Ersatz immaterieller Schäden oder auch der materielle Schadensersatz möglich war. Denn die Norm fasste nun dem Wortlaut nach nur noch den (immateriellen)

²⁸⁴ So Kandler, Sanktionsregelungen, S. 87.

²⁸⁵ Dazu Kandler, Sanktionsregelungen, S. 68.

²⁸⁶ BT-Drucks. 13/10242 S. 7; Wendeling-Schröder DB 1999, 1012 (1214).

²⁸⁷ Vgl. z. B. Schiek, NZA 2004, 873 (880); Zuleeg, RdA 1984, 325 (327).

²⁸⁸ Siehe Kandler, Sanktionsregelungen, S. 106.

²⁸⁹ Dazu Knigge, BB 1980, 1272 (1274); Pfarr/Bertelsmann, Gleichbehandlungsgesetz, S. 69.

²⁹⁰ Vgl. Kandler, Sanktionsregelungen, S. 106 f. m. w. Nw.; in Fortentwicklung zum ADG-E Thüsing, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3 (15).

²⁹¹ So Annuß, NZA 1999, 738 (739); kritisch auch Schiek, NZA 2004, 873 (879).

Entschädigungsanspruch auf²⁹². Angesichts der Geschichte der Norm, die ja ursprünglich nur auf Ersatz des materiellen Schadens in Form der Portokosten ausgerichtet war und unter Berücksichtigung der Vorschläge, die zu ihrer Neufassung gemacht wurden, ist allerdings davon auszugehen gewesen, dass beide Schäden erfasst wurden²⁹³.

Der Wortlaut war vor allem deshalb so gewählt worden, weil die europäische Terminologie nicht explizit zwischen „Schadensersatz“ und „Entschädigung“ differenzierte²⁹⁴. Auch die Regierungsbegründung bietet dafür Anhaltspunkte, da dort auf den allgemeinen Schadensbegriff des EuGH Bezug genommen wird und § 611a BGB als umfassende Sanktionsnorm²⁹⁵ bezeichnet wird. Zumindest der Regierungsentwurf unterschied noch zwischen dem entstandenen Schaden und der angemessenen Entschädigung²⁹⁶. *Schiek* spricht insoweit von einem „gemischten Posten“, da der immaterielle Schadensersatz zwar im Vordergrund stehe, allerdings auch der materielle Schaden ersetzt wird, da z. B. die Begrenzung des § 611a III BGB sich ausdrücklich nur auf den immateriellen Schaden bezieht²⁹⁷. Im Übrigen wäre die Unterscheidung zwischen den beiden Arten von Bewerbern bei anderer Auslegung sinnlos gewesen, da sie unterstellte, dass der Bestqualifizierte einen höheren Schaden hatte als der Minderqualifizierte, der keine Chance auf den Erhalt des Arbeitsplatzes hatte²⁹⁸. Die Norm ersetzte daher im wesentlichen materielle Schäden des Bestqualifizierten und immaterielle Schäden der übrigen Bewerber²⁹⁹.

Laut seiner Gesetzesbegründung hatte der Gesetzgeber mit der Neufassung vor, im wesentlichen das *Draehmpaehl*-Urteil umzusetzen. Nicht endgültig geklärt worden war die Frage, inwieweit eine solche Umsetzung mit der deutschen Zivilrechtsdogmatik konform ging³⁰⁰. Explizit ausgeschlossen wurde ein Einstellungsanspruch. In Abs. 2 wurde ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch des Benachteiligten vorgesehen³⁰¹.

Die letzte Fassung des § 611a BGB war jedoch vor allem im Hinblick auf diesen letztgenannten Entschädigungsanspruch problematisch. Denn aus der Norm war nicht ersichtlich, in welcher genauen Höhe dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zustand. Fest stand zunächst nur, dass bei jeder Bemessung eine Einzelfallbetrachtung zu erfolgen hatte. Individuell bewertet

²⁹² Im Überblick siehe *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 132 ff.; auch *Raab*, DStR 1999, 854 (856).

²⁹³ Im Überblick *Annuß*, NZA 1999, 738 (741); i. E. auch *Treber*, DZWir 1998, 177 (183); *Zwanziger*, BD 1998, 1330 (1331); *Wendeling-Schröder* DB 1999, 1012 (1014 f.).

²⁹⁴ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 131 f.

²⁹⁵ BT Drucks. 13/10242 S. 6, 7.

²⁹⁶ So genannter „Zweiggliedriger Entschädigungsbegriff“, z. B. *Staudinger/Richardi/Annuß*, § 611a BGB Rn. 84; *Annuß*, NZA 1999, 738 (741).

²⁹⁷ Vgl. *Schiek*, NZA 2004, 873 (879).

²⁹⁸ So *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 189; *Treber*, DZWir 1998, 177 (180).

²⁹⁹ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 189. Die Kosten für die unnütze Bewerbung waren aber in jedem Fall nach wie vor ersetzbar.

³⁰⁰ Kritisch *Annuß*, NZA 1999, 738 (740).

³⁰¹ Vgl. *Annuß*, NZA 1999, 738 (740 f.); *Bauer*, NJW 2001, 2672 (2677).

werden sollte deshalb auch die erforderliche Sanktion. Es war daher zunächst zu ermitteln, welcher Schaden kompensiert werden musste, um eine angemessene Entschädigungshöhe zu finden³⁰².

Fest stand nur, dass auf der Ebene der Sanktion die Vorgaben des EuGH zur abschreckenden Wirkung beachtet werden mussten. *Annuß* machte deshalb den Vorschlag, dass die Höhe der Sanktion - analog den Grundsätzen zur Bußgeldbemessung - in Abhängigkeit von der Art und Schwere des Verstoßes sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers zu bestimmen sei³⁰³. Sein Hauptargument war, dass Kompensations- und Sanktionsanteile zusammengeführt werden müssten, um eine einheitliche Entschädigungssumme zu erhalten³⁰⁴. Von anderen Stimmen in der Literatur wurde allerdings bezweifelt, ob § 611a BGB überhaupt eine Norm war, die im deutschen Recht auch nur Bestand haben durfte - denn der Verdacht eines Systembruchs drängte sich bei der letzten Fassung nahezu auf³⁰⁵.

In Bezug auf diesen Verdacht spielten viele einzelne Elemente und Voraussetzungen der neuen Norm eine Rolle, die sich allesamt darum drehten, ob mit § 611 a BGB eine unzulässige Strafnorm eingeführt wurde, was insbesondere die von *Annuß* vorgeschlagene Anleitung zur Bestimmung der Höhe auch vermuten ließ. Dabei ist im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts nunmehr kennzeichnend, dass auch die Summe, die der Sanktion dient, allein dem Kläger zugesprochen wird. Dieser bleibt also in jedem Fall der einzig Begünstigte. Wie dies im Einzelnen aussehen könnte, hat § 611a BGB zu keinem Zeitpunkt gezeigt.

§ 611a BGB wurde mit der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ersatzlos gestrichen. Dieses Gesetz sollte mit Hilfe einer umfangreichen Neuregelung für mehr Klarheit sorgen. Sowohl durch die Richtlinien als auch durch die EuGH-Rechtsprechung die sollten die eingangs dargestellten übergeordneten Ziele verwirklicht werden. Dem versuchte der Gesetzgeber mit dem AGG Rechnung zu tragen. Insbesondere das Ziel der Gleichstellung ist auch entscheidend für die Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts und insbesondere die Rechtsfolgenregelungen bei Verstößen gegen das Verbot der Diskriminierung im Rahmen des AGG gewesen. Im Folgenden wird daher seine Geschichte dargestellt.

³⁰² Zu beachten war dabei z. B. welche Chance der Geschädigte auf Erhalt des Arbeitsplatzes objektiv hatte, wie lange er beschäftigt gewesen sein könnte; Einzelheiten bei *Annuß*, NZA 1999, 738 (743).

³⁰³ So *Annuß*, NZA 1999, 738 (743); mit Verweis auf Münchener Kommentar/*Müller-Glöge*, 3. Auflage 2005, § 611a Rn. 39 ff.; a. A. *Zwanziger*, DB 1998, 1330 (1331).

³⁰⁴ Vgl. *Annuß*, NZA 1999, 738 (743), spricht insoweit von einer „Addition“.

³⁰⁵ Vgl. *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (259); *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327.

D. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz 2006

I. Umsetzungsprobleme und Stand vor Verabschiedung des AGG

1. Ausgangslage: Die Notwendigkeit einer Neuregelung

Wie die Geschichte des § 611a BGB gezeigt hat, war die Gesetzeslage in Deutschland vor der Einführung des AGG hinsichtlich des Antidiskriminierungsrechts nicht europarechtskonform ausgestaltet. Obwohl durch Art. 23 GG die wachsende internationale Verflechtung der Bundesrepublik gefördert werden soll³⁰⁶, waren die Antidiskriminierungsrichtlinien³⁰⁷ nur unvollständig umgesetzt worden und die Rechtslage nun durch viele kleinere Änderungen unübersichtlich geworden. Die Richtlinien als Ausgangspunkt für die Einführung neuer Antidiskriminierungsregelungen wurden zwar mit der Zeit konkreter, ließen aber dennoch große Interpretationsspielräume zu. Der EuGH hat sich daher angesichts der Lückenhaftigkeit von Verträgen und auch Richtlinien immer wieder dazu gezwungen gesehen, Rechtsfortbildung zu betreiben und hat unmittelbar geltende Normen der EG auch auf das Verhältnis der Bürger untereinander angewandt³⁰⁸. Dabei konnten auch Entscheidungen, die die Gesetze anderer Mitgliedstaaten als Deutschland betrafen, Prognosen hinsichtlich der deutschen Rechtsentwicklung ermöglichen und Anforderungen klarstellen³⁰⁹. Der EuGH hat wiederholt die Europarechtswidrigkeit nationaler Regelungen zum Antidiskriminierungsrecht festgestellt: Er gibt im Vorlageverfahren letztlich aber nur Auslegungsvorgaben für das Gemeinschaftsrecht³¹⁰. Damit umgehen müssen schließlich die nationalen Gerichte und der nationale Gesetzgeber³¹¹. Die Anforderungen, die die europäische Rechtsprechung stellt, färben somit auf die Richtlinienumsetzung in den Mitgliedstaaten ab. Dabei schränkt die Rechtsprechung den weiten Spielraum der Richtlinien durch seine Rechtsprechung ein, ohne allerdings völlig überraschende Ergebnisse zu produzieren³¹².

Die Ansichten bezüglich der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien waren vielfältig. Beispielsweise wurde - kurz nach deren Inkrafttreten - vertreten, dass die Vorgaben zu gar keiner Veränderung der deutschen Rechtslage führen würden: Denn auch vorher gab es im deutschen Recht bereits Normen, die die Gleichbehandlung garantieren soll-

³⁰⁶ Art. 23 GG wurde durch das Gesetz zur Änderung des GG v. 21.12.1992 eingefügt, siehe BGBl. I, S. 2086. Vgl. auch *Däubler*, Völkerrecht und Europarecht in der Rechtsprechung, S. 621.

³⁰⁷ Siehe Erster Teil A. II.: RL 76/207/EWG bzw. RL 2002/73/EG, RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG.

³⁰⁸ Vgl. *Blomeyer*, NZA 1994, 633 (636); *Eisemann*, AuR 1988, 225 (228); *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 104 ff.

³⁰⁹ Siehe *Schiek*, NZA 2004, 873 (879) betreffend die Entscheidungen *Dekker* und *Marshall I/II* (siehe oben).

³¹⁰ So *Buchner*, ZfA 1995, 279 (292 ff., 340.)

³¹¹ Siehe *Däubler*, NZA 1992, 377 ff.; *Blomeyer*, NZA 1994, 633 ff.; *Dieterich*, NZA 1996, 673 ff.; *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (267).

³¹² Vgl. *Hergenröder*, JZ 1997, 1174 (1175); *Schlachter*, AP Nr. 13 zu § 611a BGB, Bl. 984 R.

ten³¹³. Die damalige Rechtslage wurde von den Vertretern dieser Ansicht als völlig ausreichend betrachtet, da die bestehenden Normen europarechtskonform ausgelegt und angewendet werden sollten³¹⁴. Zeitweise wurde daher der Vorschlag gemacht, dass es bereits ausreichen könne, wenn man die bestehenden Vorschriften zum Schutze vor Diskriminierungen wie die Generalklauseln des BGB, namentlich §§ 138, 242, 315, 826 oder 1004 BGB, richtlinienkonform auslegt³¹⁵. Insbesondere wurde damit argumentiert, dass § 823 I BGB bereits einen ausreichenden Schutz vor Diskriminierungen zu bieten habe³¹⁶. In diesem Falle wäre eine wesentliche Umarbeitung des deutschen Rechts gar nicht notwendig gewesen, weil die Gerichte über eine europarechtskonforme Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht diese Aufgabe übernehmen würden³¹⁷.

Etwas umsetzungsfreundlicher war die Ansicht, dass die bestehenden arbeitsrechtlichen Normen ergänzt werden könnten. Auf diese Weise wäre zumindest keine Schaffung eines speziellen Antidiskriminierungsgesetzes erforderlich gewesen³¹⁸. Diese Ansicht begründete sich aber auch damit, dass sowohl die Nichtigkeit diskriminierender Maßnahmen als auch die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zum Schadensersatz, gekoppelt an die Sanktionsmöglichkeiten des § 4 BeschSchG, ausreichend seien, um einen weiteren Umsetzungsbedarf auszuschließen. Nur der Katalog der Diskriminierungsmerkmale und neue Definitionen der Diskriminierung hätten danach weiter ausgestaltet werden müssen. Das hätte bedeutet, dass auch hinsichtlich der Sanktionen nur ein geringer Umsetzungsbedarf vorhanden war³¹⁹.

Es stellte sich allerdings die Frage, ob eine solche Umsetzung durch „Nicht-Umsetzung“ nach europäischem Verständnis möglich ist: Eine solche Umsetzung durch richtlinienkonforme Auslegung des vorhandenen Rechts oder bloße Ergänzung der bestehenden Rechtslage³²⁰ kann tatsächlich auch nach den Vorstellungen des europäischen Normgebers ausreichend sein. Voraussetzung ist, dass dadurch kein Defizit bei der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit entsteht³²¹. Eine solche Handhabung der Umsetzung europäischer Rechtsvorgaben kann deshalb nur in sehr engen Grenzen stattfinden³²². Es ist z. B. nicht möglich, eine klare Umsetzung bewusst zu umgehen, indem bestehende Normen im Sinne des Europarechts an-

³¹³ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 58.

³¹⁴ Siehe *Klumpp*, NZA 2005, 848 (849); v. *Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1495); *Picker*, JZ 2003, 540 (545); *ders.*, ZfA 2005, 167.

³¹⁵ Zur richtlinienkonformen Auslegung generell siehe *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 291 ff.

³¹⁶ So *Säcker*, ZRP 2002, 286 (287).

³¹⁷ Dazu *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 9; *Hadeler*, NZA 2003, 77 (81); *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 37; v. *Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1496); *Leuchten*, NZA 2002, 1254 (1260); *Zuleeg*, RdA 1984, 325 (331).

³¹⁸ So z. B. *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Arbeits- und Sozialrecht, § 15 Rn. 212.

³¹⁹ So *Hadeler*, NZA 2003, 77 (80 f.).

³²⁰ Vgl. hierzu im einzelnen ausführlich *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht, S. 175 ff.

³²¹ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 35.

³²² Siehe wiederum *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 35 f.

gewendet und ausgelegt werden. Dies widerspricht dem Gebot einer transparenten Umsetzung. Es kann nämlich nur dann gewährleistet sein, dass der Einfluss des supranationalen Rechtes wahrgenommen und vor allem bewusst genutzt wird, wenn die Vorgaben der Union klar und deutlich in das Recht integriert werden³²³. Dies folgt allein aus dem Umsetzungsauftrag des Art. 10 EG³²⁴. Insbesondere der Bürger, der sich auf die betreffenden Normen berufen kann, soll Kenntnis erlangen von der Rechtsänderung, damit er seine Rechte wahrnehmen und sie gegebenenfalls vor den Gerichten geltend machen kann. Ein pauschaler Verweis auf Generalklauseln reicht definitiv nicht aus, um dieses Ziel zu erreichen³²⁵. Hinzu kommt noch, dass eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien nur im Verhältnis Bürger - Staat in Frage kommt, im Regelfall aber eben nicht als horizontale Drittwirkung unter Privaten, was die Rechtsdurchsetzung von Gemeinschaftsrecht als schwierig gestaltet³²⁶. Die Antidiskriminierungsrichtlinien weisen auch nicht die nötige Bestimmtheit auf, die für eine Direktwirkung verlangt wird³²⁷. Allenfalls denkbar war daher noch ein Schadensersatzanspruch gegen den Mitgliedsstaat selbst, dessen Gesetzgeber eine Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt hatte, was aber die Umsetzung nicht entbehrlich machen kann³²⁸.

Obwohl in Deutschland prinzipiell die Notwendigkeit des Schutzes vor Diskriminierungen anerkannt wurde, wurde von europäischer Seite durch die Richtlinien demnach der Handlungsauftrag für eine noch aktivere Bekämpfung der Diskriminierung gegeben³²⁹. Die bereits bestehenden Normen wurden damit den Vorgaben aus der Sicht des die Richtlinien setzenden Rates nicht gerecht³³⁰. Außerdem war es auch durch die Rechtsprechung des EuGH vorgegeben, dass es nicht ausreichen kann, die Opfer von Diskriminierungen auf Generalklauseln mit mangelnder Erfolgsaussicht zu verweisen, bei denen erst ein beträchtlicher Teil rechtsprechender Konkretisierungsarbeit zum tatsächlichen Rechtsschutz führen kann³³¹.

Auch der EuGH machte deshalb alle Hoffnungen, mit Minimalaufwand das gesetzte Ziel zu erreichen, zunichte³³²: Hinsichtlich der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG und der Rahmenrichtlinie Beschäftigung 2000/78/EG wurden bereits Vertragsverletzungsverfahren mit dem

³²³ *EuGH* v. 10.05.2001, Rs. C-144/99, Slg. 2001, I-354 = *NJW* 2001, 2244. Dazu *Reichhold/Hahn/Heinrich*, *NZA* 2005, 1270 (1271); zu den Konsequenzen verspäteter Umsetzung auch *Schiek*, *NZA* 2004, 873 (882 ff.).

³²⁴ Siehe *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 36.

³²⁵ Vgl. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 23.

³²⁶ Dazu *Däubler*, *NZA* 1992, 577 (583), m. w. Nw.; siehe dazu auch oben, Erster Teil, B. I. (zum *Mangold*-Urteil).

³²⁷ Bezogen auf die RL 76/207/EWG z. B. *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, S. 152.

³²⁸ „Unrechtshaftung“ des Staates, vgl. *EuGH* Slg. 1991, I-5357 – (*Francovich und Bonifaci*) = *JA* 1992, 142=EuZW 1991, 758; *Däubler*, *NZA* 1992, 577 (584).

³²⁹ So *Reichhold*, *JZ* 2004, 384 (388) und Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 2000/43/EG, Amtsblatt EG L 180 v. 19.07.2000, S. 23.

³³⁰ Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 21; *Treber*, *NZA* 1998, 856 ff.; *Reichhold/Hahn/Heinrich*, *NZA* 2005, 1270 (1271).

³³¹ Zu den Folgen der Nicht-Umsetzung siehe z. B. *EuGH* v. 10.05.2001 –Rs C-144/99, *EuGHE* I 2001, 3541-3567=*NJW* 2001, 2244-2245 (*Niederlande/Kommission*).

³³² Dazu z. B. *Reichhold/Hahn/Heinrich*, *NZA* 2005, 1270 (1271).

Ergebnis abgeschlossen, dass der EuGH einen Verstoß Deutschlands gegen die mitgliedstaatlichen Verpflichtungen festgestellt hat, weil keine Umsetzung der Richtlinien in den entsprechenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften geschehen sei. Deutschland war durch die Kommission zu einer Stellungnahme aufgefordert worden und hatte auf das laufende Gesetzgebungsverfahren im Mai 2004 hingewiesen.

Als daraufhin kein Gesetz verabschiedet wurde, klagte die Kommission. Der EuGH forderte die Bundesrepublik auf, eindeutige Rechtssetzungsakte durchzuführen³³³. Es drohten Zwangsgelder in Höhe von bis zu 900 000 Euro für jeden Tag, an dem die Richtlinien weiterhin nicht umgesetzt waren³³⁴. Insofern hat die EG ihr Sanktionspotential, das die Mitgliedstaaten zu pflichtgemäßem Verhalten anhalten kann, ausgeschöpft³³⁵. Im Folgenden soll nun gezeigt werden, dass das Recht im Zuge der Umsetzung der Richtlinien auch tatsächlich grundlegende Veränderungen erfahren hat.

2. Das Rechtssetzungsdefizit

a) Allgemeines zur Rechtslage

Einen umfassenden Schutz vor Diskriminierungen, der auch wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen einschließt, gab es bisher im deutschen Arbeitsrecht noch nicht, weshalb ein „Handlungsbedarf“³³⁶ hinsichtlich der Umsetzung der Vorgaben bestand.

Vor den Diskussionen zu einem umfassenden Gleichbehandlungsgesetz regelten § 611 a BGB (s. o.) und § 81 SGB IX Verbote von diskriminierenden Handlungen und legten außerdem dem Arbeitgeber im Falle eines Fehlverhaltens Entschädigungspflichten auf (§ 81 II 1 Nr. 2; § 611 a II, III BGB). Höchstgrenzen für Entschädigungen galten nur für den Fall, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre³³⁷. Einzig Diskriminierungen wegen des Geschlechts und wegen Behinderungen waren bislang vom deutschen Recht erfasst. Der Anwendungsbereich der Norm war aber zu eng, um einen umfassenden Schutz zu garantieren. Im Übrigen hat auch die Rechtsprechung des EuGH gezeigt, dass § 611a BGB möglicherweise nicht ausreichen würde, um einen wirksamen Schutz vor allen Arten von Diskriminierungen zu gewährleisten.

³³³ *EuGH* v. 28.04.2005, Rs. C-329/04 (*Kommission/Deutschland*), AuR 2005, 236 = EuZW 2005, 444 und *EuGH* v. 23.02.2006, Rs. C-43/05 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2006, 553 = EuZW 2006, 216.

³³⁴ Vgl. *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, Rn. 42; zu einem Pauschalbetrag in Höhe von 12,7 Mio Euro und einem Tagessatz von 15.240 Euro kommen die Berechnungsergebnisse von *Baddenhausen/Dietrich*, WEuropa – Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Nr. 32/06 v. 12. Juni 2006.

³³⁵ Anderer Ansicht aber *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 175, der unterstellt, dass die Rechtsdurchsetzung auf die Freiwilligkeit der Mitgliedstaaten angewiesen sei.

³³⁶ Vgl. *Thüsing*, NZA 2001, 1061.

³³⁷ Zu § 81 II 2 Nr. 2 SGB IX z. B. *Korthaus*, Das neue Antidiskriminierungsrecht, S. 217.

Die Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik haben gezeigt, dass auch vor der Einführung des jetzigen AGG immer noch kein Schutz vor allen Arten von Diskriminierungen bestand, der aus europäischer Sicht befriedigend erschien. Die alte Rechtslage war zwar im Kern an einem Gebot der Gleichbehandlung orientiert, war auf der anderen Seite aber sehr punktuell und daher nicht in allen Bereichen, in denen aus europäischer Sicht Diskriminierungen möglich schienen, effektiv einsetzbar. Ein kurzer Überblick über die zu diesem Zeitpunkt bestehende Rechtslage neben § 611a BGB soll aufzeigen, warum es notwendig erschien, über die Neufassung des § 611a BGB hinaus ein umfassenderes Antidiskriminierungsrecht zu schaffen:

b) Einzelne Regelungen zum Antidiskriminierungsrecht

(aa) Grundgesetzliche Normen

(1) Zugang zu öffentlichem Dienst und Bundesbehörden

Die wichtigsten grundgesetzlichen Normen im Rahmen der Gleichbehandlung sind Art. 3, 33 II und 12a IV GG. Für den einzelnen Bürger verleihen aber nur die Art. 33 II GG und Art. 12a IV 2 GG konkrete Rechte, und diese Normen gelten nur in Bezug auf den öffentlichen Dienst und die Bundesbehörden. Das Grundgesetz regelt in Art. 33 II GG, dass jeder Deutsche nach seinen Fähigkeiten freien Zugang zum Amt hat³³⁸. Inhaltlich korrekt gelesen handelt es sich hier aber um das Prinzip der „Bestenauslese“: Jeder Bewerber hat ein Recht auf chancengleiche *Teilnahme am Bewerbungsverfahren* für ein öffentliches Amt. Aus einer Verletzung des Gebotes der Gleichbehandlung kann daher zwar ein Einstellungsanspruch resultieren, Art. 33 II GG. Dies ist jedoch nur durchsetzbar, sofern die Einstellung die einzig rechtmäßige und fehlerfreie Entscheidung gewesen wäre³³⁹. Dieser Anspruch auf Einstellung ist daher auf Fälle beschränkt, bei denen hinsichtlich der Eignung, Befähigung und fachlicher Leitung eines Bewerbers eine Ermessensreduktion auf Null vorliegt³⁴⁰. Art. 12a IV 2 GG regelt speziell für den Bereich der Bundeswehr seit 2000, dass Frauen Zugang zu allen Bereichen der Streitkräfte haben³⁴¹.

Ausschließlich in diesen wenigen Fällen existierten Gesetze, die dem Bewerber konkrete Rechte verleihen. Dies ist auch nur deshalb möglich, weil hier der Staat als Arbeitgeber be-

³³⁸ Dazu Erfurter Kommentar/Dieterich, Art. 3 GG, Rn. 7.

³³⁹ Siehe Ehmman/Emmert, SAE 1997, 253 (264); Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 154 f. mit weiteren Nachweisen.

³⁴⁰ Vgl. zu Art. 33 Erfurter Kommentar/Dieterich, Art. 3 GG, Rn. 7.

³⁴¹ Diese Norm wurde ebenfalls Erfordernissen des europäischen Rechts angepasst, vgl. *EuGH* v. 11.01.2000, Rs. C C-285/98 (*Tanja Kreill*); Slg. 2000/I-00069. Dazu z. B. *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 1. Teil § 1, Rn. 5.

troffen ist und die genannten Grundgesetznormen ausschließlich den Staat binden³⁴². Zwischen Privaten entfalten die Normen dagegen keinerlei Wirkungen und können auch nicht etwa eine analoge Anwendung finden³⁴³.

(2) Art. 3 GG

Die grundlegende Entscheidung für die Anerkennung des Gleichbehandlungsgebotes ist in Art. 3 GG niedergelegt. Art. 3 GG regelt das Gebot der Gleichbehandlung als einen der wichtigsten Verfassungsgrundsätze. Diese Verfassungsnorm stimmt weitgehend mit dem allgemeinen „gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatz“³⁴⁴ überein³⁴⁵. Durch Art. 3 GG sind Ungleichbehandlungen wegen Geschlecht, Abstammung, Staatszugehörigkeit, Sprache, Glauben, Religion und politischer Anschauung verboten. Seit 1994 ist auch das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung in Absatz 1 Satz 1 enthalten³⁴⁶.

Art. 3 GG soll in seiner Schutzfunktion im Zusammenhang mit dem Sozialstaatsprinzip soziale Ungleichheit abbauen³⁴⁷. Art. 3 GG vermittelt deshalb ein Abwehrrecht gegen die Ungleichbehandlung gegenüber anderen Grundrechtsträgern durch hoheitliche Gewalt. Verfassungsunmittelbare Ansprüche des Einzelnen können aber daraus nicht hergeleitet werden³⁴⁸. Art. 3 GG verleiht nur „Gleichheit vor dem Gesetz“, bindet jedoch nicht den privaten Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer. Art. 3 GG regelt daher den „horizontalen Diskriminierungsschutz“: Denn das Grundgesetz ist darauf ausgerichtet, dass Völkerrecht zu beachten und nimmt mit Art. 1 II GG die Menschenwürde als unverrückbaren Verfassungsgrundsatz auf. Damit wird der Einzelne primär vor Übergriffen des Staates geschützt³⁴⁹.

(3) Drittwirkung des Art. 3 GG

Entgegen der früheren Ansicht, die Grundrechte und damit auch der Gleichheitssatz würden eine unmittelbare Wirkung auch zwischen Privaten entfalten³⁵⁰, wird heute die Ansicht vertre-

³⁴² Art. 3 GG wird z. B. durch § 7 BRRG und § 8 BBG umgesetzt; siehe *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 6.

³⁴³ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 62.

³⁴⁴ Dieser wird abgeleitet aus Art. 6 I, 40 III 2 und 119 EG, so grundlegend *EuGH* v. 19.10.1977, EuGHE 1977, 1753.

³⁴⁵ Z. B. Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG, Rn. 3; *Lindscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, S. 30 ff.

³⁴⁶ Siehe Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG, Rn. 69 ff.; 77 f.

³⁴⁷ Zur Abwehr- und Schutzfunktion des Art. 3 GG im einzelnen siehe Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG, Rn. 1, 9.

³⁴⁸ Dabei soll speziell der Gesetzgeber verpflichtet werden, keine sachwidrig differenzierenden oder diskriminierenden Regelungen zu verabschieden, die dann z. B. im zivilrechtlichen Bereich angewendet werden. Vgl. Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 11; Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 6; vgl. auch *Gai-er/Wendland*, AGG, Rn. 2 ff.

³⁴⁹ Grundlegend zum Verständnis des Art. 3 GG siehe *Neuner*, JZ 2003, 57 (60).

³⁵⁰ Vgl. *BAG* v. 03.12.1954, BAGE 1, 185 (193 ff.) = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG. Streitstand bei *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 173 ff.

ten, dass die Grundrechte nur eine mittelbare Drittwirkung entfalten können³⁵¹. Der Arbeitgeber hat schließlich nicht die Möglichkeiten, die dem Staat z. B. durch Zwangsmittel und Verwaltungsakte erlaubt sind, weshalb die Übertragung des Grundsatzes mangels Vergleichbarkeit ausscheidet³⁵². Der Arbeitgeber erfüllt keine staatlichen Funktionen, sondern fungiert als Privatrechtssubjekt³⁵³. Und selbst der „starke“ Private – also der Arbeitgeber in der überlegenen Position – ist gegenüber dem „schwachen“ Privaten keinen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen unterworfen. Der Grundsatz des Art. 3 GG wirkt damit nicht direkt auf den Arbeitgeber ein. Dazu sind vielmehr Spezialgesetze notwendig, die sich allenfalls an der durch Art. 3 GG vorgegebenen Wertordnung orientieren müssen³⁵⁴.

Die Norm wirkt aber über Generalklauseln und andere ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe sowie wegen des Gebotes einer verfassungskonformen Interpretation von Gesetzen zu einer so genannten mittelbaren Drittwirkung im Privatrechtsverkehr und stellt eine objektiv zu schützende Wertentscheidung dar³⁵⁵. Dabei werden jedoch für auslegungsbedürftige Rechtssituationen nur Interpretationsspielräume geschaffen. Art. 3 GG hat daher nur eine Ausstrahlungswirkung, die durch das BVerfG mit den Jahren konkretisiert wurde³⁵⁶. Art. 3 GG wird auch als Prüfungsmaßstab für arbeitsrechtliche Normen herangezogen³⁵⁷.

Wichtig ist für die gesetzgeberische Arbeit darüber hinaus, dass das Grundgesetz sich offen zur Unterstützung europarechtlicher Anforderungen bekannt hat. Denn der allgemeine Gleichheitssatz wird durch den Gleichberechtigungssatz in Art. 3 II GG und den besonderen Gleichheitssatz in Art. 3 III GG ergänzt und konkretisiert³⁵⁸. So heißt es seit 1994 in Art. 3 II 2 GG, dass der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen fördert. Nach nunmehr herrschender Ansicht stellt Absatz 2 eine spezielle Schutzpflicht zugunsten der Frauen dar, die eine spürbare Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes fordert³⁵⁹. Gezeigt wird damit die offenkundige Akzeptanz der Unterscheidung zwischen

³⁵¹ Grundrechte sind keine absoluten Rechte, die den Privaten im Rechtsverkehr schützen und ihm Rechte gegenüber anderen Privaten verleihen, denn es stehen sich jeweils Träger von Grundrechten gegenüber. Grundlegend dazu: *Lüth-Urteil* des BVerfG v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (205). Dazu im Überblick *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 38; *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 62 f.

³⁵² Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 63 ff.

³⁵³ Dies legt auch das BAG zu Grunde, vgl. *BAG* v. 25.05.1089, BAGE 62, 59 = AP Nr 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit = NJW 1990, 203 ff.

³⁵⁴ Vgl. *Reichold*, ZfA 2006, 257 (266); a. A. z. B. *Baer*, ZRP 2002, 290 (292).

³⁵⁵ Zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten siehe *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 181 ff. Siehe auch dazu *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 38, *Boemke/Gründel*, ZfA 2001 245 (279 f.).

³⁵⁶ So *Dieterich*, NZA 1996, 673 f.; zum Zweck des Minderheitenschutzes siehe *Neuner*, JZ 2003, 57 (60).

³⁵⁷ Z. B. bei der Überprüfung von Gesetzes- und Tarifrecht, siehe Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 20 f.

³⁵⁸ So Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 83 ff.

³⁵⁹ *BVerfG* v. 28.02.1992, BVerfGE 85, 191 (207). Vgl. Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 85 ff.; *Jarass/Pieroth/Jarass*, Art. 3 GG, Rn. 81; *Söllner*, NZA 1992, 721 (724 f.).

Gleichbehandlung und Gleichstellung, die zudem als Staatsziel festgelegt wurde³⁶⁰. Dieses Bekenntnis zum Gleichstellungsanspruch beruht nicht zuletzt auf den Vorgaben durch die Europäische Gemeinschaft, die das Bewusstsein für die Problematik schärfte und den Staaten klare Stellungnahmen abverlangte³⁶¹.

Art. 3 GG ist aber nur als eine Gebotsnorm zu verstehen, die sich in erster Linie an den Staat als Verpflichteten wendet. Das Grundgesetz sieht keinesfalls Sanktionen im Fall von Nichtbeachtung des Gebotes vor, sondern ist nur darauf ausgerichtet, dass Diskriminierungen unterlassen werden oder der rechtlich korrekte Zustand wieder hergestellt wird³⁶². Die Rechtsprinzipien des Grundgesetzes beinhalten aus diesem Grunde generell nur Orientierungsgebote für Rechtsbildung und -anwendung³⁶³.

(bb) Zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

Arbeitsvertragsparteien sind zwar nicht verfassungsunmittelbar an Art. 3 GG gebunden. Der Arbeitnehmer genießt jedoch einen Schutz vor Differenzierungen durch den „arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz“. Dieser ist gesetzlich nicht normiert, gilt aber als Ausprägung des Art. 3 I GG oder auf Grund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, des Gebotes von Treu und Glauben, der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer, des Gemeinschaftsverhältnisses, dass im Betrieb entsteht oder wegen des Gebotes der Verwirklichung austeilender Gerechtigkeit als gewohnheitsrechtlich anerkannt³⁶⁴. Insbesondere nach der Rechtsprechung des BAG wird der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG bestimmt³⁶⁵. Er folgt aus der Schutzfunktion des Art. 3 GG³⁶⁶. Er stellt allerdings nicht eine unmittelbare Drittwirkung der Grundgesetznorm dar, sondern greift nur auf denselben Rechtsgedanken zurück wie der Gleichheitssatz des Art. 3 GG³⁶⁷. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht stellt also lediglich ein privatrechtliches Institut dar³⁶⁸.

³⁶⁰ Vgl. Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 83; *Reichold*, ZfA 2006, 257 (264).

³⁶¹ Vgl. *Tödtmann*, DB 1998, 2322 (2324).

³⁶² Zu den Rechtsfolgen bei Verstößen siehe Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 51 ff., *Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 101 ff.; 219 ff.; *Sachs*, RdA 1989, 25 ff.

³⁶³ So *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 77.

³⁶⁴ Zu den unterschiedlichen Herleitungstheorien vgl. *Lingscheid*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, S. 35 mit weiteren Nachweisen.

³⁶⁵ BAG v. 17.11.1998, AP Nr. 149 zu 242 BGB Gleichbehandlung, kritisch *Fastrich* RdA 2000, 65 (70).

³⁶⁶ Vgl. Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG, Rn. 11.

³⁶⁷ Siehe Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 29; Münchener Kommentar für Arbeitsrecht/*Richardi*, § 14 Rn. 6. Es wird teilweise bestritten, dass Art. 3 GG eine Grundlage für den so genannten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz darstellt, wenngleich er diesen Grundsatz durchaus geprägt hat. Zum Streitstand z. B. *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 7 Rn. 102 f.

³⁶⁸ Vgl. Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 29; *Richardi* in: Münchener Handbuch Bd. I, § 14 Rn. 6; *Fastrich*, RdA 2000, 65 (70 f.); abweichende Ansichten zu finden bei *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 7 Rn. 103 f.; *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 66.

Der Arbeitgeber ist damit nicht Adressat von Art. 3 GG, wohl aber Adressat des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes³⁶⁹. Zwischen den beiden Grundsätzen bestehen also vor allem Unterschiede, was die Regelungsadressaten und die anspruchsbegründende Wirkung angeht: Nur über den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz ist der Arbeitgeber auch als Privatrechtssubjekt an bestimmte Vorgaben gebunden, die über bloße Ausgleichsgedanken hinausgehen³⁷⁰.

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz geht aber nicht so weit wie die Forderungen aus europäischer Sicht. Dabei soll es bezogen auf das Arbeitsrecht nicht unbedingt um eine insgesamt sozial gerechtere Ordnung gehen, sondern darum, dass der Arbeitgeber bei betriebsbezogenen kollektiven Maßnahmen und Entscheidungen nicht jemandem Vorteile vorenthält oder Belastungen auferlegt, die er den übrigen Arbeitnehmern in gleicher Lage gewährt oder nicht auferlegt. Individualabreden werden nicht erfasst³⁷¹. Es soll dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nur darum gehen, eine willkürliche Machtausübung zu Lasten einzelner Arbeitgeber zu verhindern³⁷². Der Grundsatz ist im Übrigen nicht zugeschnitten auf Fälle von Einstellungsdiskriminierungen, sondern erfasst ausschließlich betriebliche Strukturen³⁷³. Zum Schutz vor Diskriminierungen im Sinne der Richtlinien kann er daher nicht wesentlich beitragen, weil er nur ein allgemeines Willkürverbot darstellt³⁷⁴.

(cc) Spezielle arbeitsrechtliche Normen

Spezielle arbeitsrechtliche Normen zum Schutz vor Diskriminierungen existieren im deutschen Recht schon seit langem. Einige von ihnen sollen hier kurz dargestellt werden.

Beispielsweise die §§ 75 I BetrVG, 27 I SprAuG und 67 I BPersVG³⁷⁵ regeln ein Gleichbehandlungsgebot in Bezug auf die Arbeitnehmer eines Betriebes, leitende Angestellte und die Angehörigen einer Dienststelle³⁷⁶. Ziel der Regelungen ist es, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Verpflichtet sind Arbeitgeber und Betriebsrat, Sprecherausschuss und Dienststelle sowie die Personalvertretung. § 75 BetrVG regelt die Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz³⁷⁷.

Es existieren unterschiedliche Sanktionsmöglichkeiten im Rahmen dieser Normen. Gemäß

³⁶⁹ So Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 29.

³⁷⁰ Dazu z. B. *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 348.

³⁷¹ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 67 f.

³⁷² Zum Arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und seiner Unterscheidung vom Postulat der Gleichstellung siehe *Fastrich*, RdA 2000, 65 (68).

³⁷³ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 67.

³⁷⁴ Siehe *Lingscheid*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, S. 36.

³⁷⁵ Siehe *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 157 ff.

³⁷⁶ So *Schiek*, AuR 2003, 44 (49).

³⁷⁷ Vgl. Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 28; *Kasper*, NZA-RR 2003, 1 f.

§ 23 I, III BetrVG können bei Verstößen gegen Pflichten des BetrVG der Betriebsrat aufgelöst oder einzelne Mitglieder entlassen werden. Verstöße des Arbeitgebers können vor das Arbeitsgericht gebracht und dort mit einer Pflicht zum Handeln, Dulden oder Unterlassen geahndet werden. Im Übrigen ist umstritten, ob § 75 BetrVG eine Diskriminierung bereits bei der Einstellung untersagt, weil sie genau genommen nur eine sachwidrige Behandlung von Betriebsangehörigen untersagt³⁷⁸. Ebenso ist fraglich, ob § 75 BetrVG als individualrechtliche Anspruchsgrundlage geeignet ist³⁷⁹. Eine individualrechtliche Bindung des privaten Arbeitgebers gegenüber Bewerbern ist, genauso wie ein daraus abgeleiteter Kontrahierungszwang, generell auszuschließen.

Sanktionen, die Geldzahlungen an die diskriminierten Arbeitnehmer beinhalten, sind nicht vorgesehen: Das Gesetz gibt betroffenen Arbeitnehmern keine subjektiven Rechte³⁸⁰. § 75 BetrVG ordnet jedenfalls keine direkte Geltung für den Arbeitgeber und den Betriebsrat an und enthält kein allgemeines Diskriminierungsverbot. Es handelt sich lediglich um eine grundrechtskonkretisierende Norm, die auf dem Gedanken des Art. 3 GG basiert³⁸¹.

Auch führt der Anwendungsbereich der Normen zu Problemen, weil nicht in allen Betrieben ein Betriebsrat vorhanden ist und vielfach nur Informationsrechte bestehen³⁸². Die Änderung des § 75 BetrVG hinsichtlich der Erweiterung um die sexuelle Identität diene auch der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG³⁸³, allerdings enthält die Norm nach wie vor keine Gleichstellungspflichten, da er nur ein generelles Prinzip verkörpert, dass durchaus Differenzierungen zulässt, sofern sie notwendig und begründet sind³⁸⁴.

Andere Beispiele sind die §§ 4 I und II TzBfG und 3 I Nr. 1, 9 Nr. 2, § 10 IV AÜG. Geregelt werden durch diese Normen Diskriminierungsverbote in Bezug auf bestimmte Arbeitnehmergruppen. Teilzeitkräfte und befristet eingestellte Arbeitnehmer sollen nach § 4 TzBfG gegenüber anderen Kollegen nicht benachteiligt werden³⁸⁵. Ebenso müssen Leiharbeiter nach dem AÜG z. B. gleich entlohnt werden wie die fest angestellte Stammebelegschaft. Der Sache nach handelt es sich hier um einfache Konkretisierungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes³⁸⁶. Trotzdem werden dem Arbeitgeber bestimmte Verpflichtungen auferlegt,

³⁷⁸ Vgl. z. B. Überblick bei *Nickel*, NJW 2001, 2668 (2669).

³⁷⁹ Dazu z. B. *Schiek*, NZA 2004, 873 (878).

³⁸⁰ So *Hermes/Meinel*, DB 2004, 2370 (2371); *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 69.

³⁸¹ Siehe *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 75 Rn. 15.

³⁸² Vgl. *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 79.

³⁸³ Art. 1 Nr. 51 lit.a BetrVG Reformgesetz, Verweis auf die Teilumsetzung, BGBl. 2001 I, 1859; vgl. *Schiek*, NZA 2004, 873 (877 und 882).

³⁸⁴ So *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 70.

³⁸⁵ Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 162; 709 ff., 801 ff.

³⁸⁶ Auch der Vorgänger des § 4 I, II TzBfG - § 2 BeschFG - wurde zu Teil nur als Konkretisierung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes gesehen. Vgl. z. B. BAG AP Nr. 40 zu § 2 BeschFG 1985; anderer Ansicht *Fastrich*, RdA 2000, 65 (75).

die zu Gunsten teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer auch Gleichstellungsziele zum Inhalt haben³⁸⁷. Damit wird dem Grundsatz des Art. 3 GG Rechnung getragen.

Sanktionen sehen die Gesetze selbst jedoch nicht ausdrücklich vor, weshalb nur auf Unterlassen, Handeln oder Dulden geklagt werden kann. Im Übrigen ist auf die allgemeinen Schadensersatzregelungen bei Zuwenigzahlungen zu verweisen. Konkrete Entschädigungsregeln sind daher in diesen Normen nicht enthalten.

Schließlich ist der Arbeitgeber noch durch § 106 GewO in seinem Direktionsrecht eingeschränkt worden, indem er auf Regeln z. B. aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung bei seinen Weisungen Rücksicht nehmen muss. Auch eine Behinderung des angewiesenen Arbeitnehmers muss berücksichtigt werden. Der Arbeitnehmer wird aber durch die Norm auch vor religiösen Konflikten und Gewissenskonflikten geschützt. Denn auch diese Aspekte müssen vom Anweisenden in einem gewissen Rahmen beachtet werden: Erforderlich ist eine Interessenabwägung zwischen den Belangen des Arbeitgebers und denen des Arbeitnehmers, um zu bestimmen, ob der Arbeitgeber nach billigem Ermessen bestimmte Verhaltensweisen vom Arbeitnehmer verlangen kann³⁸⁸. Diese Regelung schützt also nur davor, an unrechtmäßige Weisungen des Arbeitgebers gebunden zu sein. Nicht jedoch wird damit ein Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch begründet, der bei geschehenem Unrecht einen Ausgleich bieten könnte.

Das Beschäftigtenschutzgesetz aus dem Jahre 1994 verbietet darüber hinaus sexuelle Belästigungen sowohl in der Privatwirtschaft als auch im öffentlichen Dienst. Der Begriff der Belästigung wurde in § 2 II BeschSchG definiert. Es handelt sich um eine Verletzung der vertraglichen Pflichten. Zuwiderhandlungen konnte mit dem Beschwerderecht des Arbeitnehmers entgegengetreten werden, § 3 BeschSchG. Daraufhin waren gemäß § 3 II BeschSchG Maßnahmen zu treffen, die die Belästigung unterbinden sollten. Erfasst waren vom Verbot Maßnahmen wie die Kündigung, Abmahnung, Umsetzung oder Versetzung. Eine explizite Pflicht zu Schadensersatz und Entschädigung war dagegen nicht normiert³⁸⁹.

Das Bundesgleichstellungsgesetz vom 05.12.2001 enthält Fördermaßnahmen gegen Diskriminierungen wegen des Geschlechts, aber keinerlei Rechtsfolgen, wie sie durch das europäische Recht gefordert werden³⁹⁰.

³⁸⁷ Vgl. schon zur Vorgängernorm *Fastrich*, RdA 2000, 65 (76).

³⁸⁸ Grundsätze zu finden bei *BAG* v. 20.12.1984, NZA 1986, 382. Dazu weiterhin *Mayer*, AuR 1985, 105; *Preuß*, AuR 1986, 382; zu Konflikten mit der Meinungsfreiheit siehe *Kissel*, NZA 1988, 145 (151).

³⁸⁹ Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz vom 24. Juni 1994, BGBl. I Nr. 39 vom 30.06.1994 S. 1406 (1412). Hierzu z. B. *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 1. Teil § 1, Rn. 5; *Göpfert/Siegrist*, ZIP 2006, S. 1710.

³⁹⁰ Bundesgleichstellungsgesetz vom 30. November 2001, BGBl. I S. 3234, zuletzt geändert durch Artikel 3 Abs. 11 des Gesetzes vom 14. August 2006, BGBl. I S. 1897.

Seit 2002 existiert das Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten, das speziell im Arbeitsrecht zu einer Besserstellung der geschützten Personen beitrug, die sich jedoch vornehmlich im Bereich der sozialen Sicherung dieser Personengruppe konkretisiert hat³⁹¹. Auch diese Gesetze konnten den Vorgaben nicht gerecht werden, weil sie nicht die verlangten Rechtsfolgen sicher stellten.

Eine Ausnahme in diesem System bildet einzig der Schutz vor Diskriminierungen wegen einer Behinderung: Am 1.7.2001 trat der neue 9. Teil des Sozialgesetzbuchs in Kraft, der in § 81 II SGB IX die Diskriminierungen wegen einer Behinderung untersagt³⁹². Diese Norm konkretisiert Art. 3 III 2 GG³⁹³. Im Falle einer Diskriminierung soll derjenige Schwerbehinderte, der auch bei benachteiligungsfreier Auswahl die Stelle nicht bekommen hätte, gemäß § 81 II Nr. 2, 3 eine Entschädigung in Höhe von drei Monatsgehältern erhalten. Derjenige Schwerbehinderte, der ohne Benachteiligung die Stelle bekommen hätte, hat einen nach oben nicht begrenzten Schadensersatzanspruch³⁹⁴. Das Vorliegen einer Diskriminierung wird vermutet, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nicht gemäß § 81 I 4 und 6 SGB IX einschaltet. Der Arbeitgeber trägt die Beweislast für das Nichtvorliegen einer Benachteiligung. Der Anspruch des abgelehnten Bewerbers muss allerdings innerhalb einer bestimmten Frist geltend gemacht werden, vgl. § 81 II Nr. 4 SGB IX. § 81 II SGB IX ist § 611a BGB nachgebildet, weshalb die dort geltenden Grundsätze übertragen werden können³⁹⁵. Nur die Regelung der Rechtfertigung lautet anders, weil hier die Nichtbehinderung als unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung eines bestimmten Tätigkeitsfeldes gelten darf³⁹⁶. Jede Diskriminierung wegen einer Behinderung stellt gemäß § 81 SGB IX eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar, die zu Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüchen führen kann. Dies ist bereits durch Art. 3 III 2 GG festgeschrieben³⁹⁷. § 81 II SGB IX ist jedoch in Bezug auf die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG insofern nicht geglückt, als dass der Schutz auf Schwerbehinderte beschränkt ist und nur in bestimmten Fällen Schutzvorkehrungen getroffen werden müssen³⁹⁸. Der Bereich Einstellung wird nur unzureichend berührt. Damit ist die Norm zu eng gefasst, um die Vorgaben tatsächlich zu erfüllen³⁹⁹.

Darüber hinaus bindet das Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen seit 01. Mai 2002

³⁹¹ Prostitutionsgesetz vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3983).

³⁹² *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 1.

³⁹³ Vgl. *Erfurter Kommentar/Dieterich*, Art. 3 GG Rn. 80.

³⁹⁴ Vgl. z. B. *Leuchten*, NZA 2002, 1254 (1256).

³⁹⁵ Hierzu grundlegend *BAG*, Urt. v. 15.02.2005, NZA 2005, 870 = BB 2005, 2816 = AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 10.

³⁹⁶ Dazu *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 126.

³⁹⁷ *BAG*, Urt. v. 15.02.2005, NZA 2005, 870 = BB 2005, 2816 = AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 10.

³⁹⁸ Vgl. z. B. *Münchener Kommentar AGG/Thüsing*, Einl. Rn. 37.

³⁹⁹ Dazu *Schiek*, NZA 2004, 873 (881 und 884).

die Träger öffentlicher Gewalt⁴⁰⁰. Es diene zur Erfüllung der Auflagen der Richtlinie 2000/78/EG und lässt ausdrücklich die Regelungen in SGB IX unberührt, die daneben anwendbar bleiben⁴⁰¹.

c) Zwischenergebnis

All diesen Normen ist gemeinsam, dass sie zwar deutlich machen, dass Ungleichbehandlungen und Diskriminierungen zu vermeiden sind. Wirkliche Sanktionen mit abschreckender Wirkung im Sinne der europäischen Anforderungen sehen sie jedoch nicht vor. Insbesondere das Gleichbehandlungsgebot des Grundgesetzes stellt in seiner jetzigen Form nur Grundlage für einen Appell an Gesetzgeber, Sozialpartner und auch Arbeitgeber dar. Eine Ausnahme bildeten der bereits im ersten Teil dargestellte § 611a BGB und z. B. § 81 II SGB IX, die in der Entwicklung des AGG eine Vorreiterrolle hatten, aber dafür nur einen kleinen Ausschnitt des arbeitsrechtlich relevanten Bereichs behandeln⁴⁰². Auch sie folgten nach dem Willen des Gesetzgebers aber lange Zeit ausschließlich dem Prinzip des Ausgleichs.

Geht man von der von *Fastrich*⁴⁰³ dargelegten Trennung von Gleichbehandlung und Gleichstellung aus, so stellt man fest, dass die deutschen Gesetze vor dem AGG zwar der Durchsetzung der Gleichbehandlungsgrundsätze den Weg ebnen, aber für eine umfassende Gleichstellung nicht ausreichend sind: Gleichbehandlungsgrundsätze können den Arbeitgeber nicht aus staatlichen, sozialen oder rechtspolitischen Überlegungen hinaus zur Verantwortung ziehen. Vielmehr bedarf es zur Umsetzung der Gleichstellung einer Vielzahl von einfachgesetzlichen Regelungen, die darüber hinaus festlegen, wie der Arbeitgeber sich zu verhalten hat. Diese Regeln sind schon von Anfang an nur mühsam in das deutsche Recht integriert worden, wie die Entstehungsgeschichte des § 611a BGB nur allzu deutlich zeigt. Wenn zur Umsetzung dieser Regeln aber notwendig ist, dass auch neue Sanktionsmöglichkeiten eingeführt werden müssen, so zeigt die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung der letzten Jahre, dass das deutsche Recht gerade im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen immer biegsamer wird. Nicht umsonst ließ sich die Rechtsprechung des BAG zur Persönlichkeitsrechtsverletzung nur schwerlich in das Zivilrechtssystem einordnen, indem sie das Deliktsrecht instrumentalisierte, um überhaupt eine adäquate Rechtsfolgenregelung zu entwickeln.

Der Rechtsschutz, der unter diesen Bedingungen in Anspruch genommen werden konnte, wurde auch nur selten genutzt⁴⁰⁴. Ein Grund wurde darin gesehen, dass in Deutschland kei-

⁴⁰⁰ Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) v. 27.04.2002, BGBl I, 1467 f.

⁴⁰¹ So *Leuchten*, NZA 2002, 1254 (1256); *Schiek*, NZA 2004, 873 (878).

⁴⁰² So *Reichhold/Hahn/Heinrich*, NZA 2005, 1270 ff.; *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 77.

⁴⁰³ Siehe *Fastrich*, RdA 2000, 65 ff.

⁴⁰⁴ BT-Drucksache 16/1780, S. 23.

nerlei „Antidiskriminierungskultur“ bestehe. Seit jeher habe sich der deutsche Gesetzgeber vor allem bei der Verhängung von Sanktionen zur Durchsetzung des Benachteiligungsverbot zurück gehalten⁴⁰⁵. Dass man sich bei einem Fehlverhalten von Arbeitgeberseite aus zur Wehr setzen kann, indem man Entschädigungen einklagt, sei zwar im anglo-amerikanischen Raum gang und gäbe, jedoch dem Arbeitnehmer im deutschen Rechtsraum teilweise nicht hinreichend bekannt. Auch scheuten die oft wirtschaftlich schlechter gestellten Betroffenen die Verfahrenskosten⁴⁰⁶. Da Rechtsprechung und Gesetze in diesem Bereich oft indifferent seien, ließen Diskriminierungsopfer sich daher schnell von der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche abbringen⁴⁰⁷. Weitere Gründe sind die Abhängigkeit vom Arbeitgeber, die Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes und die schwere Beweisbarkeit im Einzelfall. Hinzu kommt gerade bei Diskriminierung wegen des Geschlechts Scham vor öffentlicher Stigmatisierung oder mangelndes Vertrauen in das institutionelle Handeln.

Bisher waren insbesondere Belästigungen am Arbeitsplatz auch allenfalls strafrechtlich relevant⁴⁰⁸. Der Schutz vor Ungleichbehandlungen unter Privaten dagegen war mangelhaft ausgestaltet, weil er nur bruchstückhaft geregelt war⁴⁰⁹. Der Gefahr eines Verstoßes gegen das Absenkungsverbot der Richtlinien war die Bundesrepublik bei der Umsetzung der Vorgaben daher weniger ausgesetzt. Auch Einwände dergestalt, dass Diskriminierung für ein funktionierendes Wirtschaftsleben unverzichtbares Marktverhalten sei, sind seit den Grundsatzentscheidungen überholt⁴¹⁰. Gefragt war hier also überzeugende Arbeit des Gesetzgebers⁴¹¹. Dieser hatte jedoch mit einem bisher unbekanntem Problem zu kämpfen: Gleichstellung erfordert andere Maßnahmen als Gleichbehandlung. Eine umfassende Neuregelung musste auf den Weg gebracht werden. Gelöst werden musste aber zunächst die Frage, wie die Richtlinien am besten in das bestehende Recht würden eingegliedert werden können, ohne das System des deutschen Rechts aus den Fugen zu bringen⁴¹². Hierzu gab es, wie im folgenden zu zeigen sein wird, viele Vorschläge, von denen sich schließlich der eines geschlossenen Gesetzes durchsetzen konnte.

⁴⁰⁵ Vgl. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 7; *Wiese*, JuS 1990, 357.

⁴⁰⁶ Vgl. zum Prozessrisiko z. B. *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, S. 159.

⁴⁰⁷ Wiederum z. B. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 7; *Wiese*, JuS 1990, 357.

⁴⁰⁸ Hinweise dazu z. B. bei *Picker*, ZfA 2005, 167 (172).

⁴⁰⁹ Siehe *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 1. Teil § 1, Rn. 6; *Gaier/Wendtland*, AGG, Rn. 4; auch *Thüsing*, NZA 2001, 1061 (1064) anhand des Beispiels des Beschäftigtenschutzgesetzes.

⁴¹⁰ Anders aber *Picker*, ZfA 2005, 167 (176).

⁴¹¹ BAG, Urteil vom 14.03.1989 – (*Tierannahme*), BAGE 61, 209 = NJW 1990, 65 = NZA 1990, 21 = JZ 1991, 43 = AP Nr. 5 zu § 611a BGB. Dazu auch *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 156 f.

⁴¹² Vgl. z. B. Besprechung des ADG-Entwurfs von v. *Koppenfels*, WM 2002, 1489 ff.; i. E. auch *Richardi*, NZA 2006, 881 f.

3. Optionen für die Umsetzung

a) Konkrete Rechtsfolgen

Die Schaffung eines funktionierenden Antidiskriminierungssystems im Sinne der durch Europa gewollten Gleichstellung kann nur durch eine Reihe unterschiedlicher Pflichten und dahingehender Regelungen verwirklicht werden, nicht aber nur durch ein allgemeines Prinzip⁴¹³. Speziell auf der Rechtsfolgenseite waren schon zu Beginn der Diskussion um einen umfassenden Schutz vor Diskriminierungen sehr verschiedene Lösungen angedacht worden:

In Betracht kam zunächst die Naturalrestitution. Ein Anspruch auf das positive Interesse müsste in diesem Fall beinhalten, dass der Beklagte den Zustand herstellen muss, der ohne die Diskriminierung bestünde. Im Sinne von § 249 BGB - der Naturalrestitution – würde dies konkret einen Einstellungs- bzw. Beförderungsanspruch bedeuten⁴¹⁴. Frühzeitig wurde diese Möglichkeit aber als nicht praktikabel eingestuft. Grund für diese Ansicht waren nicht nur die Schwierigkeiten beim Nachweis der besten Qualifikation für einen Arbeitsplatz, sondern vor allem die Tatsache, dass der private Arbeitgeber nicht genauso stark wie der Staat an Grundrechte gebunden sein konnte. Der Arbeitgeber hat vielmehr das Recht auf Vertragsfreiheit, was ihm ermöglicht, einen Bewerber auch losgelöst von objektiven Referenzen und unabhängig von seiner Qualifikation einzustellen⁴¹⁵.

Die Alternative war, Schadensersatz und Entschädigung zu gewähren. Bei dieser Alternative wurde aber befürchtet, dass unabsehbare Haftungsrisiken auf die deutschen Arbeitgeber zukommen würden, weil bei jeder Bewerbung um eine zu besetzende Stelle das Risiko einer Diskriminierungsklage bestünde⁴¹⁶.

Mit diesem Problembewusstsein ist bis zur Verabschiedung eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen demnach lange Zeit darüber diskutiert worden, wie die Umsetzung der europäischen Vorgaben erfolgen könnte und welcher Weg für das deutsche Recht der am ehesten begehbare wäre. Obwohl man bereits seit 2001, als das Bundesministerium der Justiz ein Eckpunktepapier zur Umsetzung der europäischen Vorgaben veröffentlichte, bestrebt war, eine umfassende Neuregelung zu konzipieren, gelang keine überzeugende Lösung des Problems⁴¹⁷. Fest stand nach der umfangreichen Rechtsprechung zur Geschlechterdiskriminierung nur, dass umfassende wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen mindestens

⁴¹³ Hierzu z. B. *Fastrich*, RdA 2000, 65 (69); für ein Umsetzungserfordernis auch *Schiek*, NZA 2004, 873 (877).

⁴¹⁴ Z. B. *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, S. 156, die jedoch mangelnde Beweismöglichkeiten für die Bestqualifikation kritisiert.

⁴¹⁵ Dazu z. B. *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, S. 156.

⁴¹⁶ So z. B. *Herms/Meinel*, DB 2004, 2370.

⁴¹⁷ Vgl. *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 1. Teil § 1, Rn. 8; zum Eckpunktepapier *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 2.

einen so hohen Schutzstandard erforderten, wie § 611a BGB sie bisher enthielt. Die bisherigen Bemühungen um einen deckenden Schutz vor Diskriminierungen waren daher noch zu zaghaft gewesen⁴¹⁸. Überwiegend wurde aus diesem Grund vertreten, dass eine Reform des Antidiskriminierungsrechts im Sinne einer europarechtskonformen Lösung und einer Erweiterung hinsichtlich der verschiedenen Diskriminierungstatbestände unausweichlich war⁴¹⁹.

Die Rechtsentwicklung hat daher gerade im Arbeitsrecht sehr deutlich gezeigt, wie weit die Rechtsprechung des EuGH in das nationale Recht hineinwirken kann. Auch die Tatsache, dass das Europarecht dazu gedacht ist, „nur“ bestimmte Mindeststandards festzulegen, befreit damit nicht etwa Staaten mit bereits existenten Schutzstandards von ihrer Pflicht, auch diese bestehenden Regelungen auf ihre Europarechtskonformität hin zu kontrollieren⁴²⁰.

b) Form der Umsetzung

Lange unbeantwortet blieb die Frage, wie genau das Regelwerk rein formell aussehen sollte, denn es gab hierzu mehrere Auffassungen. Einige befürworteten den Vorschlag, eher restriktiv weitere Einzelregelungen einzuführen, wie es bisher die gängige Rechtspraxis war. So sollten die Richtlinien in die bestehenden Gesetze mit eingearbeitet werden, weil so eine bessere Integration der neuen Regeln möglich sei und die Konformität mit der bisherigen Gesetzeslage leichter zu verwirklichen sei⁴²¹. Ziel war insofern eine harmonische Ergänzung der bisherigen Regeln, damit das deutsche und das europäische Arbeitsrecht sich nicht zu weit voneinander entfernen müssten⁴²². Begriffsbestimmungen sollten in das erste Buch des BGB, allgemeine Regeln hinter § 138 BGB angeordnet werden. Für arbeitsrechtliche Regelungen sei im Dienstvertragsrecht bei §§ 611 ff. BGB Raum. Vertreten wurde beispielsweise, dass eine Ausweitung des § 611a BGB auf die übrigen Diskriminierungsmerkmale ausreichen könne, um den Anforderungen des europäischen Rechts gerecht zu werden. Diese Orientierung an § 611a BGB sollte vor allem deshalb schonend auf das deutsche Recht wirken, da die Regelung keine zusätzlich neuen Probleme bergen könne⁴²³.

Auch eine einfache Erweiterung der betreffenden vorhandenen Norm - § 611 a BGB a. F. – wäre aber nicht ausreichend gewesen, um die Richtlinien zu verwirklichen⁴²⁴. Schließlich sollte bei der Umsetzung der Richtlinien klar ersichtlich sein, dass damit neue Rechte ge-

⁴¹⁸ Dazu *Leuchten*, NZA 2002, 1254 (1256).

⁴¹⁹ Vgl. *Schiek*, NZA 2004, 873 (877).

⁴²⁰ Ähnlich *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, S. 129.

⁴²¹ Dieser Ansicht sind z. B. *Armbrüster*, ZRP 2005, 41; *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 45.

⁴²² So *Thüsing*, NZA 2001, 1061 (1064).

⁴²³ Diesen Vorschlag macht *Thüsing*, NZA 2001, 1061 (1062).

⁴²⁴ So z. B. *Schiek*, AuR 2003, 44 (50).

schaffen werden, die dem Schutz des Einzelnen dienen⁴²⁵.

Aber auch die Eingliederung in die bestehende Rechtslage erschien problematisch: Hinzu kam nämlich, dass das deutsche Recht bereits einige Regelungen zur Verhinderung von Ungleichbehandlungen gefunden hatte, die jedoch an anderen Stellen als geplant eingeführt worden waren und somit zu Reibungspunkten bezüglich der Gründe und der Rechtfertigung einer Diskriminierung sowie den möglichen Formen einer solchen führten⁴²⁶. So existierte z. B. schon ein umfassender Kündigungsschutz, der jedoch nicht alle Bereiche, in denen Diskriminierungen denkbar waren, abdeckte. Auch neben den klassischen sozialstaatlichen Regelungen blieb ein funktionierendes Antidiskriminierungsrecht notwendig, da auch das soziale Netz geschehene Ungleichbehandlungen nicht ungeschehen oder erlaubter macht⁴²⁷. Eine Erweiterung der bestehenden Regeln hätte vor diesem Hintergrund eher Verwirrung gestiftet, als dass sie zu einer Klärung der Rechte der schutzwürdigen Gruppen geführt hätte.

Es sprach sich daher auch ein Teil der Rechtswissenschaftler für die Umsetzung mittels eines in sich geschlossenen, eigenständigen Gesetzes aus, weil das neue Recht nicht nur eine „Lücke füllen“ sollte, sondern eine „zweite Schutzschicht“ darstellen musste⁴²⁸. Grund dafür war, dass nur durch ein übersichtliches und in sich geschlossenes Regelwerk den Betroffenen zumutbar sei, von ihren Rechten und Pflichten Kenntnis zu erlangen und zudem die Rechtsdurchsetzung zu erreichen, weil nur durch einen so umfassenden Rechtsakt die erforderliche Signalwirkung erreicht werden könne⁴²⁹. Diese Lösung hat sich auch durchgesetzt⁴³⁰.

Von Anfang an wählte man in Deutschland im Übrigen einen zivilrechtlichen Weg für die Umsetzung des Gleichbehandlungsgebots, der schon mit der Entstehung des § 611a BGB begonnen hatte⁴³¹. Dieser Lösungsansatz wurde konsequent auch in Bezug auf das AGG weitergeführt, wenngleich bis zu der endgültigen Verabschiedung eines Gesetzes noch eine lange Zeit verstrichen ist⁴³². Auf dem Weg zum *Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)* von 2006 wurden mehrere Gesetzesentwürfe vorgelegt, die jedoch - zeitlich versetzt - unterschiedliche Ausgestaltungen erfuhren. Wie diese aussahen, soll das folgende Kapitel überblicksartig zeigen, um danach auf die jetzige Regelung, das AGG, einzugehen.

⁴²⁵ So auch *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, Einleitung, S. 43.

⁴²⁶ So *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (398).

⁴²⁷ Im Vergleich zum amerikanischen Recht z. B. *Schiek*, NZA 2004, 873 (878).

⁴²⁸ Dazu z. B. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 7, der aber kritisiert, dass das Kündigungsschutzrecht nicht in das AGG eingebaut, sondern vielmehr ausgenommen wurde. Ebenso *Sagan*, NZA 2006, 1257 (1258); *Schiek/Horstkötter*, NZA 1998, 863 ff.

⁴²⁹ Vgl. zum Vorhergehenden *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 14; *Reichold/Hahn/Heinrich*, NZA 2005, 1270 (1274); dazu auch *Schiek*, NZA 2004, 873 (877 und 882 f.).

⁴³⁰ Auch im Hinblick auf Art. 3 GG wäre es schließlich schwierig gewesen, nur einzelne Diskriminierungsmerkmale für Schutzgesetze herauszugreifen und umzusetzen. So *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, Einleitung, S. 43.

⁴³¹ Z. B. *Kocher*, ArbuR 1998, 221; *Schiek*, NZA 2004, 873 (882 f.).

⁴³² Kritisch zur Umsetzungsart z. B. *Preis*, NZA 2006, 401 (408); *Richardi*, NZA 2006, 881 f.

II. Die Entwürfe für ein Antidiskriminierungsgesetz

Die ersten Entwürfe eines Gesetzes gegen Diskriminierung waren nach der Regierungsgründung von SPD und Grünen 1998 zunächst nicht weiterverfolgt worden⁴³³.

Im Dezember 2001 folgte nach der Veröffentlichung eines Eckpunktepapiers des Bundesjustizministeriums⁴³⁴ aber ein neuer Diskussionsentwurf (DiskE)⁴³⁵. Das Bundesministerium hatte in seinem im Oktober 2001 erschienenen Eckpunktepapier erklärt, dass allgemeine Rechtsgrundsätze nicht zur Verwirklichung der Gleichbehandlung im Sinne der europäischen Vorgaben ausreichen könnten und sprach sich ausdrücklich für einen umfassenden Regelungskomplex aus⁴³⁶. Inhaltlich sah der Entwurf vor, die Diskriminierungsverbote aller Richtlinien für das gesamte Vertragsrecht verbindlich zu machen und verfolgte die Zielsetzung, in einem sehr weiten Anwendungsbereich ein zivilrechtliches Diskriminierungsverbot in das BGB zu integrieren⁴³⁷.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen sah der Entwurf eine Folgenbeseitigung im Sinne der Unterlassung und benachteiligungsfreier Behandlung vor. In diesem Sinne lag sogar eine Art Folgenbeseitigungsanspruch vor, der *de facto* zu einem Kontrahierungszwang geführt hätte, falls der Vertrag nicht in der Zwischenzeit mit einem Dritten geschlossen worden wäre. Ein Entschädigungsanspruch war nur für den Fall vorgesehen, dass in keiner anderen Weise ein Ausgleich erlangt werden könnte.

Dieses Werk war jedoch vor allem in seinem Anwendungsbereich viel zu weit reichend formuliert und ging teilweise großzügig über das hinaus, was durch die Vorgaben tatsächlich gefordert war. Das Antidiskriminierungsrecht wurde nur einseitig im Schuldrecht angesiedelt und war darüber hinaus indifferent mit zu vielen Auslegungsmöglichkeiten versehen⁴³⁸. Negativ aufgefasst wurden außerdem die Erfassung der Belästigung unter das Diskriminierungsverbot, der Begriff des Folgenbeseitigungsanspruchs und die Tatsache, dass eine Verhältnismäßigkeitsforderung bezüglich umgekehrter Diskriminierung fehlte⁴³⁹. Das Gesetz erschien daher, als wolle es eine „öffentliche Moral“ für den gesamten Zivilrechtsverkehr durchsetzen⁴⁴⁰. Speziell in diesem Bereich wurden unbillige Ergebnissen befürchtet, weil die Angehö-

⁴³³ Entwurf eines Anti-Rassismus-Gesetzes der PDS, BT-Drucks. 13/1466 vom 19.05.1995; Entwurf der Grünen des „Antidiskriminierungs- und Minderheitenschutzgesetzes“, BT-Drucks. 13/9706 vom 20.01.1991; Entwurf der SPD des „Gleichbehandlungsgesetzes“, BT-Drucks. 13/100081 vom 09.03.1998. Im Überblick z. B. Schiek, AGG, Einl. Rn. 2.

⁴³⁴ Eckpunktepapier zur Umsetzung der RI 2000/43/EG.

⁴³⁵ „Gesetz zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht“ - DiskE vom 10.12.2001, abgedruckt z. B. in DB 2002, 470. Der Entwurf sollte die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG umsetzen.

⁴³⁶ Vgl. hierzu v. Koppenfels, WM 2002, 1489 (1492); Klumpp, NZA 2005, 848 (849).

⁴³⁷ Z. B. Schiek, AGG, Einl. Rn. 4; v. Koppenfels, WM 2002, 1489 (1490); Leuchten, NZA 2002, 1254 (1255 ff.).

⁴³⁸ Vgl. Schiek, AGG, Einl. Rn. 3.

⁴³⁹ Z. B. von Neuner, JZ 2003, 57 (66).

⁴⁴⁰ So Picker, ZfA 2005, 167 (168).

rigen des diskriminierten Gruppen gegenüber allen anderen zu bevorzugen sein könnten⁴⁴¹. Weil die geplanten Regelungen deshalb massiver Kritik ausgesetzt waren, wurde der Entwurf alsbald zurückgezogen⁴⁴². Dieser erste Anlauf scheiterte im Übrigen auch daran, dass er mit der Abänderung der Richtlinie auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt werden musste⁴⁴³.

Zunehmend wurde die Überschreitung der Umsetzungsfristen für die Richtlinien zum Problem für den deutschen Gesetzgeber⁴⁴⁴. Dieser Druck führte zu einem weiteren Umsetzungsversuch in der 14. Legislaturperiode: Ende Juni 2004 wurde zunächst ein inoffizieller Referentenentwurf fertig gestellt⁴⁴⁵. Er wurde am 16.12.2004 unter Regierung von SPD und Bündnis 90/Die Grünen als überarbeiteter Entwurf mit dem Titel *Antidiskriminierungsgesetz* vorgelegt⁴⁴⁶.

Dieser Gesetzestext schaffte es bis in das Gesetzgebungsverfahren: Im Januar 2005 wurde ein entsprechender Entwurf (ADG-E) der Regierung eingebracht. Der Entwurf wurde insbesondere wegen der dort gefundenen Rechtsfolgenregelung und des weiten Anwendungsbereiches stark kritisiert⁴⁴⁷. Daher legte die rot-grüne Koalition am 18.03.2005 einen überarbeiteten Entwurf vor, der unter anderem mehr Ausnahmen vom Anwendungsbereich beinhaltete. Dieser Entwurf wurde vom Bundestag am 17.05.2005 angenommen und sodann an den Vermittlungsausschuss verwiesen⁴⁴⁸. Mit der Bildung einer neuen Regierung nach einer vorgezogenen Bundestagswahl war das Antidiskriminierungsgesetz Ende 2005 allerdings dem Diskontinuitätsgrundsatz zum Opfer gefallen.

Das „Antidiskriminierungsgesetz“ war in seinem Wortlaut weitgehend, jedoch nicht vollständig identisch mit dem jetzigen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Bedeutende Unterschiede ergaben sich im arbeitsrechtlichen Teil bezüglich der Haftung des Arbeitgebers für Dritte, die ebenso wie die besondere Beschwerdestelle gestrichen wurde⁴⁴⁹. Ausgenommen wurde der Kündigungsschutz.

In § 15 I ADG-E war explizit geregelt, dass ein diskriminierter Arbeitnehmer „zum Ausgleich des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld ver-

⁴⁴¹ Extrembeispiel zur Wohnungsvermietung bei *Picker*, JZ 2003, 540 (542); auch *Reichold*, JZ 2004, 384 (389). Mit Verweis auf diese Beispiele *Brauns*, JuS 2002, 424.

⁴⁴² Kritisch grundlegend *Picker*, JZ 2003, 540 ff.; *Säcker*, ZRP 2002, 286; *Wiedemann/Thüsing*, DB 2002, 463; *Neuner*, JZ 2003, 57; *Reichold*, JZ 2004, 384 (389).

⁴⁴³ Alle Entwürfe wurden deshalb im März 2003 zurück gezogen, siehe *Kolmhuber/Schreiner*: Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 2.

⁴⁴⁴ Die Aussicht auf ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß § 226 EG gegen die Bundesrepublik rückte z. B. in greifbare Nähe.

⁴⁴⁵ Diskutiert z. B. von *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3 ff.

⁴⁴⁶ BT-Drucksache 15/4538, S. 7 ff.

⁴⁴⁷ Vgl. *Schiek*, AGG, Einl. AGG Rn. 4; dazu auch *Braun*, ZRP 2005, 135 ff; umfassend *Picker*, ZfA 2005, 167 ff.

⁴⁴⁸ BT-Drucks. 445/05; *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 4; *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 2.

⁴⁴⁹ Der frühere ADG-E enthielt in § 16 noch die Regelung, dass den Arbeitgeber auch bei Benachteiligungen durch Dritte Ersatzpflichten treffen sollte. Vgl. *Braun*, ZRP 2005, 135.

langen“ kann. Die in § 15 geregelte Schadensersatzpflicht war an ein Verschulden geknüpft⁴⁵⁰. Die Norm sollte deutlich zwischen materiellem und immateriellem Schaden unterscheiden⁴⁵¹. Die sechsmonatige Ausschlussfrist zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wurde auch auf Vermögensschäden erstreckt.

Schon dieser Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes warf bezüglich der Entschädigungsregelungen die Frage auf, ob die geplanten Maßnahmen nicht zu weit gingen. Denn im jedem Fall einer Kündigung war eine Diskriminierung zumindest denkbar, was im Hinblick auf mögliche Entschädigungsansprüche zur Klage reizen könnte⁴⁵². In diesem Zusammenhang wurde in der Literatur angedeutet, dass die Normen im Antidiskriminierungsrecht stark an amerikanische *punitive damages* erinnerten. Die wirtschaftliche Bedeutung solcher Ansätze wurde zunehmend kritisch betrachtet⁴⁵³. Die Entwürfe gingen jedenfalls weit über das hinaus, was das europäische Recht verlange, weshalb Divergenzen aber nicht den Vorgaben allein, sondern vielmehr dem deutschen Gesetzgeber zuzuordnen seien⁴⁵⁴.

Unterschiede lassen sich in einer Regelung zur Abtretbarkeit von Ansprüchen, die sich aus einer Ungleichbehandlung ergeben, finden. Eine solche Regelung war ursprünglich vorgesehen, ist jedoch bei der Fertigstellung des Nachfolgeentwurfs ersatzlos gestrichen worden. Dies folgt aber nur daraus, dass Geldansprüche ohnehin abtretbar sind, was im Gesetz nicht explizit enthalten sein muss. Die Regelung hat sich demnach als überflüssig herausgestellt⁴⁵⁵.

III. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (April 2006)

1. Entscheidung für eine umfassende Neuregelung

Die Bundesregierung sah hinsichtlich der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben letztendlich keinerlei Alternativen als ein einheitliches Gesetz, das umfassend alle Vorgaben - und damit alle vier Richtlinien - berücksichtigen sollte⁴⁵⁶. Intention war dabei ein in sich stimmiger Schutz des Menschen vor Diskriminierungen. Deutschland hat sich explizit zu einer Erweiterung im Zivilrecht entschieden⁴⁵⁷. Der ADG-Entwurf aus dem Jahre 2005 wurde von der

⁴⁵⁰ ADG-E vom 16.12.2004, BT-Drucksache 15/4538, S. 7. Dazu Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 6; v. Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner, NZA 2005, 28 (31).

⁴⁵¹ Dies wird z. B. als rechtsdogmatisch verfehlt kritisiert von Thüsing, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3.

⁴⁵² So z. B. Braun, ZRP 2005, 135; Herms-Meinell, DB 2004, 2370 (2373).

⁴⁵³ Vgl. Armbrüster, ZRP 2005, 41 (43) zum Kontrahierungszwang; Herms/Meinell, DB 2004, 2370; Thüsing, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3 (14) zur Straffunktion; kritisch zu Sanktionen auch Picker, ZfA 2005, 167 (170).

⁴⁵⁴ So Wagner, Kommentar zu Armbrüster ZRP 2005, 41, ZRP 2005, 136 (127).

⁴⁵⁵ Siehe Maier-Reimer, NJW 2006, 2577 (2582).

⁴⁵⁶ Merkmale wie „Kinderreichtum“ fehlt aber z. B. noch im AGG, wie Richardi, NZA 2006, S. 881 (882) zutreffend feststellt.

⁴⁵⁷ BT-Drucksache 16/1780, S. 2; 3; 20; Schiek, AGG, Einl. Rn. 4.

Fraktion der Grünen nahezu gleich lautend wieder in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht⁴⁵⁸, inhaltlich nur geringfügig geändert auch als Regierungsentwurf am 08.06.2006 vorgelegt und eine Woche später in den Bundestag eingebracht⁴⁵⁹. Der Anwendungsbereich sollte sich auf das Arbeitsleben, den Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung und den gesamten Bereich des bürgerlichen Rechts erstrecken. Er war somit wieder recht weit gefasst, weil das Gesetz einerseits den grundgesetzlichen Wertungen entsprechen musste, aber andererseits auch die europäischen Schwerpunkte beachten musste⁴⁶⁰.

Da es bisher nicht gelungen war, verschiedene Formen der Diskriminierung und andere Begrifflichkeiten näher einzugrenzen, sollten diese außerdem durch das Gesetz genauer definiert werden⁴⁶¹. Dabei sollte das Gesetz insbesondere eine Signalwirkung entfalten, die einer Antidiskriminierungs-Kultur helfen soll, sich auch in Deutschland zu etablieren⁴⁶².

Entstanden ist 2006 das „Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“. Es setzt die Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG um. Dieses Umsetzungsgesetz ist am 29.06.2006 verabschiedet worden und hat am 07.07.2006 - unter harscher Kritik - den Bundesrat passiert⁴⁶³. Das Gesetz trat am 18.08.2006 in Kraft⁴⁶⁴. Es enthält in Art. 1 das „Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)“⁴⁶⁵. Dieses Gesetz unterscheidet sich inhaltlich bis auf einige Klarstellungen kaum von dem 2005 erarbeiteten ADG⁴⁶⁶. Die wohl größte Änderung gegenüber dem Ursprungsentwurf hat damit zu tun, dass das AGG gemäß § 2 IV AGG ausdrücklich nicht auf Kündigungen anwendbar ist. Diese sind vielmehr ausschließlich nach dem KSchG und anderen besonderen Kündigungsschutzbestimmungen zu beurteilen⁴⁶⁷.

⁴⁵⁸ BT-Drucksache 16/297 vom 19.12.2005.

⁴⁵⁹ In das Gesetzgebungsverfahren eingebracht am 18.05.2006, siehe BR-Drucks. 329/06 vom 18.05.2006; Zeittafel abrufbar im Internet unter www.baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/antidiskriminierungsrecht/antidiskriminierungsgesetzgebung (recherchiert am 30.01.2009).

⁴⁶⁰ Hierzu *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 40; *Annuß*, BB 2006, 1629 f.

⁴⁶¹ Deshalb beschäftigt sich das AGG auch mit den Begriffsbestimmungen der einfachen und mittelbaren Diskriminierung und der Belästigung.

⁴⁶² BT-Drucksache 16/1780, S. 29 f.

⁴⁶³ Der Bundesrat hat sich für zahlreiche Änderungen eingesetzt, die dann zum Teil beschlossen, jedoch versehentlich im verabschiedeten Gesetzestext nicht berücksichtigt wurden, siehe hierzu *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 16.

⁴⁶⁴ Der Bundespräsident hatte zuvor unter Hinweis auf sein Prüfungsrecht die Unterzeichnung verweigert, vgl. *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 16.

⁴⁶⁵ Art. 2 enthält das SoldGG mit Bestimmungen zum Schutz von Soldatinnen und Soldaten, Art. 3 ein Anpassungsgesetz bezüglich bestehender Rechtsnormen, Art. 4 Normen zum In-Kraft-Treten des Umsetzungsgesetzes.

⁴⁶⁶ Hierzu *Richard*, NZA 2006, 881.

⁴⁶⁷ Hierzu *Annuß*, BB 2006, 1629; *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774; einschränkend *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, 887 ff.; die davon ausgehen, dass zumindest in den Fällen eine Unwirksamkeit der Kündigung nach § 242 BGB eingreifen muss, in denen die Kündigung ausschließlich wegen eines der in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmale erfolgt. Außerdem vertreten sie eine richtlinienkonforme Auslegung der § 2 IV AGG, die § 15 II AGG in Fällen von „auch-diskriminierenden“ Kündigungen nicht ausschließt. Siehe dazu *ArbG Osnabrück* vom 05.02.2007, AiB 2007, 302-304, und Parallelenentscheidung vom selben Tag, NZA 2007, 626-629, wonach das AGG auf Kündigungen anwendbar ist.

Außerdem ist auch die früher enthaltene Rechtsfolgenregelung leicht abgeändert worden⁴⁶⁸.

Die Gesetzgebung entspricht einem europäischen Stil, der an französische und anglo-amerikanische Traditionen anknüpft. Dabei gibt das Gesetz sein Ziel an, was die Auslegung in systematischer und teleologischer Hinsicht erleichtert⁴⁶⁹.

Es hat bereits wenige Wochen danach mit heftigster Kritik zu kämpfen gehabt, weil es Schutzvorschriften beinhaltet, die bei genauer Einhaltung der Mindestvoraussetzungen Richtlinien unnötig waren: Verlangt war im Bereich des Zivilrechts bei der Versorgung mit Gütern, Dienstleistungen und Versicherungen nur ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht. Das deutsche Gesetz bietet aber einen allumfassenden, darüber hinausgehenden Schutz, der alle Diskriminierungsmerkmale mit einschließt und auch im allgemeinen zivilrechtlichen Teil so umfassend verabschiedet worden ist⁴⁷⁰.

Die Kritik beruhte außerdem darauf, dass das AGG zu unbestimmt ist und damit Missbrauch Tür und Tor öffnet⁴⁷¹. So sagt das AGG nicht immer das, was die amtliche Begründung vermuten lässt und ist von vorn herein einem Kreuzfeuer politischer Kompromisse ausgesetzt gewesen⁴⁷². Im Übrigen wimmelt es im Gesetzestext von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ausdrucksweisen, die ohne Auslegung auch kaum zu verstehen sein dürften⁴⁷³. Die Formulierungsprobleme sind daraus entstanden, dass das Gesetz bis kurz vor Ende des Gesetzgebungsverfahrens immer wieder Abänderungen erfahren hat und bis zuletzt daran gearbeitet wurde⁴⁷⁴. Erschwerend kommt hinzu, dass das Gesetz vermuten lässt, dass weite Teile der Richtlinien unreflektiert abgeschrieben worden sind, ohne dass ein wirklicher Umsetzungsakt in das deutsche Recht stattgefunden hat. Die Regelungen sind zwar politisch motiviert, juristisch aber nicht durchdacht. Spöttisch werden dem AGG daher allein „volkspädagogische Ziele“ zugesprochen⁴⁷⁵. Wegen solcher Unzulänglichkeiten ist bereits angekündigt worden, es werde ein Gesetz zur Änderung des AGG geben, das diesem zu seiner endgültigen und praktikablen Form helfen soll. Wann dieses Gesetz in Angriff genommen wird und welche Qualifizierungen es enthalten wird, ist jedoch noch unklar⁴⁷⁶.

Inhaltlich hat der Gesetzgeber beim AGG auf das Benachteiligungsverbot wegen des Ge-

⁴⁶⁸ Vgl. *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 5. Siehe dazu aber *ArbG Osnabrück* vom 05.02.2007, AiB 2007, 302-304, und Parallelentscheidung vom selben Tag, NZA 2007, 626-629, wonach das AGG auf Kündigungen anwendbar ist.

⁴⁶⁹ Zu der europäischen Gesetzgebung und der Durchsetzung des *effet utile* siehe *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 142.

⁴⁷⁰ Hierzu *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, vor §§ 19-22, Rn. 2; *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn 5.

⁴⁷¹ Hierzu z. B. *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 7 f.

⁴⁷² So *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577.

⁴⁷³ Insofern bleibt das Gesetz inhaltlich hinter den europäischen Vorgaben zurück, vgl. *Annuß*, BB 2006, 1629.

⁴⁷⁴ Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 20.

⁴⁷⁵ So *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (182); dazu auch *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774 f., die insoweit von einer „IKEA-Gesetzgebung“ sprechen.

⁴⁷⁶ Siehe *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 20.

schlechts aus § 611 a BGB zurückgegriffen⁴⁷⁷. Diese Norm fungierte als Vorbild für Regelungen, weshalb auch im Bereich des neuen Gesetzes zur Gleichbehandlung auf die zur Geschlechterdiskriminierung entwickelte Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann⁴⁷⁸. Wie schon § 611a BGB sind auch die Normen zum Ungleichbehandlungsverbot des AGG weder durch kollektivrechtliche noch durch einzelvertragliche Vereinbarungen abdingbar⁴⁷⁹. Auch das AGG folgt neben dem Umsetzungsauftrag der Gemeinschaft dem verfassungsrechtlich gebotenen Auftrag des Art. 3 GG⁴⁸⁰. Das AGG ist aber trotz seiner Erstreckung auch auf andere Bereiche des Zivilrechts ein überwiegend arbeitsrechtlich relevantes Gesetz⁴⁸¹.

2. Aufbau des AGG

Das Gesetz ist von Anfang an nicht optimal in die bestehende Gesetzeslage eingepasst worden. Teilweise bleibt sogar unklar, wie die neuen Normen des AGG sich im Verhältnis zu den bestehenden Normen verhalten⁴⁸². Problematisch betrachtet werden in erster Linie die unglückliche Abgrenzung zu Kündigungsschutz und die Tatsache, dass das Gesetz nach wie vor über die notwendigerweise zu erfüllenden Vorgaben der Richtlinien hinauschießt⁴⁸³.

Inhaltlich schützt das AGG nicht nur vor Benachteiligungen im Arbeitsrecht, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch im sonstigen Zivilrechtsverkehr bzw. im allgemeinen Schuldrecht⁴⁸⁴. Das AGG ist in sieben Abschnitte gegliedert⁴⁸⁵. Der erste Abschnitt enthält das Ziel und den Anwendungsbereich des Gesetzes sowie Begriffsbestimmungen. Dass auch in allen europäischen Richtlinien der arbeitsrechtliche Geltungsbereich gleich ausgestaltet ist, erklärt die Zusammenfassung aller Vorschriften als einheitlichen Gesetzesteil in Abschnitt 2 des AGG, §§ 6-18 AGG⁴⁸⁶. § 7 AGG regelt als arbeitsrechtliche Grundnorm des AGG explizit ein Benachteiligungsverbot in Bezug auf Beschäftigte⁴⁸⁷. Die §§ 8 und 9 AGG enthalten einige Rechtsfertigungstatbestände für Diskriminierungen und Ungleichbehandlungen.

§ 12 AGG legt dem Arbeitgeber auf, bestimmte Maßnahmen zu treffen und Verpflichtungen zu erfüllen, die Diskriminierungen in seinem Betrieb verhindern. Denn er ist gemäß § 12 IV

⁴⁷⁷ Siehe BT-Drucksache 16/1780, S. 25; dazu *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179.

⁴⁷⁸ Dazu *Besgen*, B+P 2006, Beihefter Nr. 1 zu Heft 8, S. 8.

⁴⁷⁹ Z. B. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 86.

⁴⁸⁰ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 86.

⁴⁸¹ Vgl. Münchener Kommentar/AGG, *Thüsing*, Einl. AGG, Rn. 2.

⁴⁸² Dazu *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, Rn. 8.

⁴⁸³ Zur Anpassung des KSchG an das AGG z. B. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 76; *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, 887 ff., zur überschießenden Tendenz des AGG siehe *ders.* Rn. 83.

⁴⁸⁴ Vgl. im Überblick *Schreier*, JuS 2007, 308.

⁴⁸⁵ Zum Aufbau des AGG allgemein z. B. *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 17 ff.

⁴⁸⁶ BT-Drucksache 16/1780, S. 25.

⁴⁸⁷ Vgl. *KR/Treber*, § 7 AGG Rn. 6; *Annuß*, BB 2006, 1629 f.

AGG z. B. auch für das Handeln Dritter verantwortlich⁴⁸⁸.

Abschnitt 3 regelt darüber hinaus allgemein den Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr. Enthalten ist auch hier eine Rechtsfolgenregelung in § 21 AGG. Abschnitt 4 enthält Rechtsschutzvorschriften, die auch eine Bestimmung zur Beweislast umfassen. Vor den Schlussvorschriften in Abschnitt 7 finden sich noch Sonderregelungen für den öffentlichen Dienst (Abschnitt 5) und ein Teil über die Antidiskriminierungsstelle (Abschnitt 6). Einzig die Abschnitte 3 und 5 sind für das Arbeitsrecht daher nicht vorrangig relevant⁴⁸⁹.

Nach § 1 AGG sollen Benachteiligungen wegen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, wegen einer Behinderung oder des Alters oder der sexuellen Identität verhindert oder beseitigt werden⁴⁹⁰. Der Anwendungsbereich des AGG bezieht sich auf die Bedingungen für den Einstieg, die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, den Zugang zur Berufsberatung, Vereinigungen, den Sozialschutz einschließlich der sozialen Vergünstigungen, die Bildung und den Zugang zu öffentlichen Gütern oder Dienstleistungen (vgl. § 2 AGG). Alle Stufen in der Entwicklung eines Arbeitsverhältnisses sind damit erfasst⁴⁹¹. Zusammengefasst in einem Gesetz sind nunmehr die unmittelbare und mittelbare Benachteiligung wie auch die Belästigung und die Anweisung zur Benachteiligung⁴⁹².

Gegenstand dieser Arbeit sind die arbeitsrechtlichen Rechtsfolgeregelungen, die in § 15 AGG zu finden sind. Sie sollen nun genauer dargelegt werden und zunächst vor allem im Hinblick auf die europäischen Vorgaben untersucht werden. Ein Schwerpunkt wird auf § 15 I, II AGG gelegt werden.

3. Rechtsfolgenregelungen im AGG

a) Allgemeine Rechtsfolgen von Diskriminierungen

Das AGG insgesamt enthält mehrere verschiedene Rechtsfolgen für Ungleichbehandlungen jeglicher Art. Primäransprüche sind solche, die sich auf Unterlassen und Beseitigung richten⁴⁹³. Diese Ansprüche regelt § 21 AGG, der sich im allgemeinen zivilrechtlichen Teil des Gesetzes befindet. Schon ein objektiver Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot reicht

⁴⁸⁸ Zu den Organisationspflichten z. B. *Richardi*, NZA 2006, 881 (885).

⁴⁸⁹ Zur Gliederung *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (322).

⁴⁹⁰ Zu den Diskriminierungsmerkmalen im Einzelnen z. B. *Annuß*, BB 2006, 1629 (1630 ff.). Zu § 1 als Zielformulierung siehe *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (180).

⁴⁹¹ So *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (180).

⁴⁹² Dazu z. B. *Annuß*, BB 2006, 1629 (1631 f); *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (324 ff.). Kritisch zu dieser Zusammenlegung z. B. *Göpfert/Siegrist*, ZIP 2006, S. 1710.

⁴⁹³ Vgl. die übersichtliche Darstellung bei *Nicolai*, AGG, Rn. 571 ff.

aus, um diese Ansprüche zu begründen⁴⁹⁴. Für Rechtsfolgenregelungen im Arbeitsrecht von Interesse sind aber in erster Linie auch die §§ 1 - 18 AGG. §§ 13 - 16 AGG regeln die Rechte der Beschäftigten, die Beschwerderechte, ein Leistungsverweigerungsrecht sowie auch die Bestimmungen zu Schadensersatz und Entschädigung enthalten. Aus § 13 AGG resultiert beispielsweise die Möglichkeit, sich im Falle von Diskriminierungen bei den zuständigen Stellen des Betriebes, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren⁴⁹⁵. Auch ist es unter engen Voraussetzungen möglich, der Arbeit fernzubleiben, wenn der Arbeitgeber sich trotz Beschwerden nicht darum kümmert, ein diskriminierungsfreies Arbeitsumfeld zu schaffen⁴⁹⁶. Diese Regelungen beinhalten also Reaktionsmöglichkeiten, die dem Arbeitnehmer erlauben, sich gegen Diskriminierungen zu wehren, ohne den Rechtsweg beschreiten zu müssen. Kernstück des Schutzgesetzes vor Ungleichbehandlungen im Arbeitsleben sind aber nach dem Willen des Gesetzgebers die Bestimmungen zum Schadensersatz und zur Entschädigung, denn hier sollen die Vorgaben der Richtlinien mit dem deutschen Schadensersatzrecht verknüpft werden⁴⁹⁷. Die zentrale Norm in diesem Regelungskomplex von §§ 13 - 16 stellt § 15 AGG dar, der eine spezielle Regel für das Arbeitsrecht darstellt und im folgenden näher untersucht und eingeordnet werden soll.

Die Meinungen über die Anwendbarkeit und vor allem die genauen Voraussetzungen des § 15 AGG gehen in der Literatur weit auseinander, zumal die Rechtsprechung bisher kaum die Gelegenheit genutzt hat, die Norm anzuwenden und auszulegen. Kurz sei daher zunächst sein Inhalt wieder gegeben.

b) § 15 AGG

§ 15 AGG regelt zentral die Rechtsfolgen einer Verletzung des Benachteiligungsverbot durch den Arbeitgeber in Form von Schadensersatz und Entschädigung⁴⁹⁸. Erfasst sind von diesem Verbot nicht nur Benachteiligungen während eines laufenden Arbeitsverhältnisses, sondern alle Benachteiligungen gemäß § 2 I Nr. 1 und Nr. 2 AGG, die beim Zugang zur Beschäftigung, während des Vertragsverhältnisses und bei der Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses geschehen. Auch zeitlich „nachgehende“ Ansprüche fallen noch in den Anwendungsbereich des § 15 AGG⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ So Ring, ZGS 2006, 371 (374 f.); Schreier, JuS 2007, 308; dazu auch Adomeit/Mohr, NZA 2007, 179; Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 185 ff.

⁴⁹⁵ Die Einrichtung einer besonderen Stelle für diese Zwecke ist nicht notwendig, dazu z. B. Annuß, BB 2006, 1629 (1635).

⁴⁹⁶ So war es bereits früher auch in § 4 Beschäftigtenschutzgesetz geregelt, siehe z.B. Busch, AGG, S. 53.

⁴⁹⁷ BT-Drucksache 16/1780, S. 2; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 20. Zu den vielfältigen Rechtsfolgsmöglichkeiten im allgemeinen Zivilrecht siehe Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 186 ff., 207 ff., 222 ff.

⁴⁹⁸ Siehe z. B. Erfurter Kommentar/Schlachter, § 15 AGG Rn. 1.

⁴⁹⁹ Dazu Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 15 Rn. 1, Nollert-Borasio/Perreng, AGG, § 15 Rn. 3.

Sowohl der materielle wie auch der immaterielle Schaden werden gemäß § 15 AGG ausgeglichen. Dies unterscheidet diese Norm erheblich von der Vorgängernorm des § 611 a BGB, die mit unpräzisem Wortlaut nur eine „Entschädigung“ regelte⁵⁰⁰: Beide Ansprüche wollte der Gesetzgeber im Gegensatz zu § 611a BGB aber nun strikt trennen und hat daher auch konkrete Regelungen für beide Ansprüche gefunden. § 15 Abs. 1 regelt daher ausdrücklich nur den Schadensersatz und damit den Ausgleich materieller Schäden, § 15 Abs. 2 dagegen des Ausgleich des immateriellen Schadens in Form eines Entschädigungsanspruches. Dies spricht für eine Einordnung in das Schadensersatzrecht⁵⁰¹. Die beiden Ansprüche unterscheiden sich vom Wortlaut her aber nicht nur darin, dass die auf verschiedene Rechtsfolgen gerichtet sind. Auch die Voraussetzungen der Ansprüche scheinen auf den ersten Blick unterschiedlich zu sein. So regelt nur Absatz 1 in Satz 2, dass die genannte Rechtsfolge „Schadensersatz“ nicht gilt, wenn der Arbeitgeber die Diskriminierung nicht zu vertreten hat. Eine entsprechende Formulierung existiert jedoch nicht in der Entschädigungsnorm des § 15 II AGG, die mit keinem Wort ein „Vertretenmüssen“ erwähnt. Die Konsequenzen, die aus dieser Formulierung zu ziehen sind, sind deshalb auch höchst umstritten, wie noch zu zeigen sein wird. Die Norm enthält keine Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche und ebenso ist die Verpflichtung zum Kontraktabschluss durch Absatz 6 ausgeschlossen⁵⁰². Absatz 2 enthält aber für Entschädigungsfälle eine konkret bestimmte Höchstgrenze, die im Absatz 1 für den Schadensersatz nicht bestimmt wurde. Enthalten sind auch keinerlei öffentlich-rechtliche Elemente, wie z. B. Bußgelder oder behördliche Aufsicht. Es handelt sich daher auch um eine ausschließlich zivilrechtliche Ausgestaltung⁵⁰³.

Der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des AGG richtet sich nach §§ 2 und 6 AGG⁵⁰⁴. Anspruchsgegner ist der Arbeitgeber als Person oder als rechtsfähige Personengesellschaft, aber auch der Auftraggeber einer arbeitnehmerähnlichen Person⁵⁰⁵. Andere Personen als der Arbeitgeber haften in eng begrenzten Ausnahmefällen allenfalls nach § 823 I BGB i. V. m. § 253 II BGB⁵⁰⁶. Anspruchsberechtigter eines Schadensersatzes ist derjenige, der die gemäß § 3 AGG verbotene Benachteiligung erfahren hat. Bei einer Anweisung ist darauf abzustellen, wer im Falle der Ausführung benachteiligt worden wäre. Anspruchsinhaber bei ei-

⁵⁰⁰ Siehe BT-Drucksache 16/1780 S. 38. Siehe auch *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 2. Kritisch dazu *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3 (14 f.), der sich aber noch auf den vorhergehenden ADG-Entwurf bezieht.

⁵⁰¹ Siehe Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 2.

⁵⁰² Dazu Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 1.; *Rust/Falke/Bücker*, § 15 Rn. 63 f.

⁵⁰³ Vgl. z. B. BT-Drucksache 16/1780, S. 25.

⁵⁰⁴ Vgl. Schema bei *Steinkühler*, AGG, Rn. 394.

⁵⁰⁵ Vgl. *Richardi*, NZA 2006, 881 (882).

⁵⁰⁶ Vgl. *Annuß*, BB 2006, 1629 (1634).

ner Belästigung ist nur derjenige, der die Belästigung erfahren hat⁵⁰⁷. Anspruchsinhaber ist daher gemäß §§ 6 und 2 AGG jeder Beschäftigte, Bewerber oder ehemals Beschäftigte, dem ein Schaden auf Grund der im AGG verbotenen Verhaltensweisen entstanden ist⁵⁰⁸. Als Beschäftigter gilt auch diejenige Person die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person einzuordnen ist⁵⁰⁹. Erfasst sind allerdings auch solche Personen, die darüber hinaus durch die Benachteiligung einer in § 6 I AGG benannten Person einen Nachteil erlitten haben, z. B. Familienangehörige oder sogar Kunden des Arbeitgebers⁵¹⁰.

E. Ergebnis zum ersten Teil

I. Überblick über die Sanktionserfordernisse

Der erste Teil der vorliegenden Arbeit hat gezeigt, wie sehr das europäische Recht das nationale Recht und damit auch das Arbeitsrecht im speziellen beeinflussen kann. Durch die Richtlinien und die Rechtsprechung des EuGH haben sich bestimmte Sanktionserfordernisse herauskristallisiert, die auch im deutschen Recht eingehalten werden müssen und die wie folgt zusammengefasst werden können:

Angesichts der europarechtlichen Vorgaben ist es angemessen, sowohl den Ersatz materieller wie auch immaterieller Schäden zu regeln, wenngleich das europäische Recht nicht der deutschen Terminologie entsprechend zwischen „Entschädigung“ und „Schadensersatz“ unterscheidet⁵¹¹. Der Sache nach wird die vollständige Kompensation sämtlicher Nachteile, also aller Vermögens- und Nichtvermögensschäden, verlangt. Beim immateriellen Schadensersatz muss allerdings eine Wertung vorgenommen werden, inwieweit die (eventuelle) Verletzung des Persönlichkeitsrechts zur Entschädigung berechtigt, weil eine konkrete Beeinträchtigung vorliegen muss⁵¹².

Die Richtlinien sehen zwar nicht notgedrungen Sanktionen in der Form von Schadensersatzansprüchen vor⁵¹³. Die Rechtsfolge kann demzufolge natürlich, wenn auch nicht zwangsläufig, in einem Schadensersatzanspruch des Diskriminierungsopfers gegen den Handelnden bestehen⁵¹⁴. Vor der Richtlinie 2006/54/EG schrieb lediglich die Richtlinie 76/207/EWG in

⁵⁰⁷ Zu den bisweilen bei der Anspruchsberechtigung auftauchenden Problemen siehe *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 517 f.; *ders.*, NZA 1999, 693 (695).

⁵⁰⁸ Zum Begriff des Beschäftigten und dem des Verbotsadressaten siehe *Annuß*, BB 2006, 1629 (1930).

⁵⁰⁹ Damit gemeint sind z. B. in Heimarbeit Beschäftigten, vgl. *Richardi*, NZA 2006, 881.

⁵¹⁰ Diese weite Ansicht wird z. B. vertreten von *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 7 f.

⁵¹¹ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 131.

⁵¹² Vgl. *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004 zu Heft 22, S. 3 (15).

⁵¹³ Art. 6 der Richtlinie 76/207/EWG, geändert durch Art. 8d der Richtlinie 2002/43/EG, Art. 15 der Richtlinie 200/43/EG und Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG.

⁵¹⁴ So *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (361); vgl. auch *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 38 f.

der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG nach überwiegender Ansicht zwingend Schadensersatz für alle Fälle der geschlechtsspezifischen Benachteiligungen vor⁵¹⁵. Sie spricht aber in diesem Zusammenhang keineswegs von Sanktionen, die mit dem Schadensersatz in irgendeiner Form verknüpft sein müssten. Einzig in den Fällen einer Benachteiligung wegen des Geschlechts ist damit verbindlich, dass die Verletzung der Rechte des Arbeitnehmers konkret zivilrechtliche Schadensersatzleistungen nach sich ziehen muss⁵¹⁶. Nach den übrigen Vorgaben ist keine bestimmte Sanktion erforderlich. Der EuGH verlangt insbesondere keine Sühne- oder Vergeltungswirkung, die mit Sanktionen in beliebiger Höhe einhergehen – vielmehr sollen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit beachtet werden⁵¹⁷.

Die Richtlinien geben aber vor, dass der Rechtsfolge neben der Ausgleichsfunktion zugleich eine Abschreckungs- und Präventionswirkung zukommen muss⁵¹⁸. Denn es geht der Union gerade auch um Verhaltensteuerung, die ihre Grenze dort findet, wo sie in eine Überkompensation übergeht und den Geschädigten zu Unrecht bereichert⁵¹⁹. Der Grundsatz der Gleichbehandlung kann nach diesen Vorgaben nur dann effektiv durchgesetzt werden, wenn die nationalen Rechtsordnungen auch Mittel und Wege für die Rechtsdurchsetzung bieten, und der Arbeitnehmer sich auf eine Anspruchsgrundlage stützen kann, die auch wirksame Rechtsfolgen vorsieht⁵²⁰. Die Position von Diskriminierungsopfern soll grundlegend verbessert werden⁵²¹. Allein gleichstellungspolitische Maßnahmen reichen für eine wirklich wirksame Prävention aber oftmals nicht aus. Daher wird nicht nur durch Gesetze zu einem gleichbehandlungsförderlichen Verhalten angehalten, sondern der Arbeitgeber soll für ein Fehlverhalten im Ergebnis doch regelrecht bestraft werden können. Dies dient der Durchsetzung der Gleichstellungsgebote in besonders effektiver Weise. Im Hinblick auf die geforderte Erreichung des Zieles einer generellen Gleichstellung ist dieses über die bloße Ausgleichfunktion hinauschießende Instrumentarium auch aus europäischer Sicht geeignet und erforderlich⁵²².

⁵¹⁵ S. o.: Es wird in Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie gefordert, dass „die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass der einer Person durch eine Diskriminierung in Form eines Verstoßes gegen Art. 3 entstandene Schaden – je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten – tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird.“ Anderer Ansicht hierzu *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (330); einschränkend *dies.*, RdA 2006, 321 (336).

⁵¹⁶ Vgl. *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893; a. A. Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 1; *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (329).

⁵¹⁷ Vgl. *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (398).

⁵¹⁸ Dieser Ansicht z. B. *Schiek*, NZA 2004, 873 (880); *Korthaus*, Das neue Antidiskriminierungsrecht, S. 218.

⁵¹⁹ So *Annuß*, NZA 1999, 738 (741) bzgl. § 611a BGB; sowie *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (421) generell zu europäischen Vorgaben für Staatshaftung, Verwaltungsrecht und Privatrecht.

⁵²⁰ Vgl. *Kandler*, Sanktionsmöglichkeiten, S. 32.

⁵²¹ *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 243 spricht insoweit von einer inhaltlichen Gleichheit, die eine tatsächliche Angleichung der Lebens- und Arbeitsverhältnisse zum Gegenstand hat.

⁵²² *Schiek* bezeichnet diese Entwicklung als ein „Antidiskriminierungsrecht der vierten Generation“, das nicht mehr nur Verbote aussprechen will, sondern mehr positive Verpflichtungen schaffen möchte. Siehe *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 50.

Als Sanktionen werden alle wirtschaftlichen Nachteile bezeichnet, die an ein bestimmtes, rechtsverletzendes Verhalten anknüpfen⁵²³. Wirksam sind solche Sanktionen aber erst, wenn sie dem Arbeitgeber tatsächlich spürbar deutlich machen, dass er sich falsch verhalten hat. Zentrale Funktion ist dabei die abschreckende Wirkung, die Sanktionen erst dann entfalten, wenn sie geeignet sind, den Arbeitgeber von künftigem sozialschädlichem Verhalten abzuhalten⁵²⁴. Ersatzleistungen darf also nicht nur eine ausgleichende Funktion zukommen, sondern sie müssen darüber hinaus bestrafende Elemente beinhalten⁵²⁵. Am weitesten werden die Vorgaben der Union dann ausgelegt, wenn man davon ausgeht, dass die Norm auch dann Anwendung finden muss, wenn gar kein Schaden entstanden ist. Erst unter diesen Voraussetzungen sei nämlich von einer wirklich abschreckenden Wirkung einer Norm auszugehen⁵²⁶. Hinzu kommt in diesem Zusammenhang der Gedanke, dass nicht nur der Arbeitgeber, der bereits gegen das Gesetz verstoßen hat, von weiteren Taten abgehalten werden soll: Auch derjenige, der potentiell diskriminieren könnte, soll angesichts der Sanktionen vor diskriminierendem Verhalten zurückschrecken. Die Sanktionsregelung muss daher ein hinreichend empfindliches Übel in Aussicht stellen. Dies muss nicht zwangsläufig durch extrem hohe Zahlungen an das Opfer geschehen, sondern es reicht, das Zahlungsrisiko nur insoweit zu erhöhen, dass sich ein gesetzeswidriges Verhalten als nicht lohnenswert darstellt. Man könnte annehmen, dass bei Diskriminierungen wegen des Geschlechts eine Sanktion sogar nur dann echte Wirksamkeit entfalten könne, wenn sie entweder einen Einstellungsanspruch vorsieht oder aber eine so hohe Entschädigung vorsieht, dass der wirtschaftliche Druck einem Einstellungszwang gleichkommt⁵²⁷.

In Kombination mit dem Auftrag, die Klagemöglichkeiten und den Rechtsschutz für den Arbeitgeber so einfach und durchsichtig wie möglich zu gestalten, kann eine im Schwerpunkt präventiv ausgerichtete Lösungsmöglichkeit jedoch akzeptiert werden, weil sich auch das Risiko für den Arbeitgeber erhöht, dass sein Verhalten nicht unbemerkt bleibt⁵²⁸.

Im Übrigen hat der EuGH festgestellt, dass zur Abschreckung die zwingende Rechtsfolge nicht etwa ein Vertragsabschluss sein muss⁵²⁹. Die Wirkung soll jedoch einem Einstellungs-

⁵²³ Siehe *Dornheim*, Sanktionen, S. 24.

⁵²⁴ Zur Abschreckungsfunktion der Strafe siehe z. B. *Bentert*, Das pönale Element, S. 4 ff.

⁵²⁵ So *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (336). Da man ein benachteiligendes Verhalten in der Regel nicht ungeschehen machen kann, die Besetzung auf die Stelle desjenigen, der statt des Bewerbers ausgesucht wurde, aber auch nicht möglich ist, kommt vor allem ein finanzieller Ausgleich in Geld in Betracht.

⁵²⁶ Vgl. *Kummer*, Umsetzungsanforderungen, S. 98. Dazu auch *Annuß*, NZA 1999, 738 (741).

⁵²⁷ Dazu *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (262).

⁵²⁸ Für einen Schwerpunkt auf der Prävention auch deutlich *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 36; *Däubler/Bertzach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 16 und Einleitung Rn. 72.

⁵²⁹ *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 14/83(v. *Colson und Kamann*), Slg 1984, 1891 (1908) Nr. 23 =NJW 1984, 2021=NZA 1984, 157= AP § 611a BGB Nr. 2.= EAS RL 76/207/EWG Art. 6 Nr. 1 S. 16; *EuGH* Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 79/83 (*Harz/Tradax*), DB 1984, 1042-1043. Der EuGH hat sich von diesem Grundsatz jedoch in seiner Ent-

anspruch gleichkommen, weil es in vielen Fällen eben nicht zumutbar ist, dass der Bewerber nach einem Rechtsstreit beschäftigt wird⁵³⁰. Tatsache ist jedenfalls, dass der Arbeitgeber nicht mehr nur gemäß eines „Portoparagraphen“ haften soll, sondern nun tatsächlich für sein Verhalten in materieller wie auch immaterieller schadensrechtlicher Hinsicht Verantwortung übernehmen muss, indem er Schadensersatz leisten und gegebenenfalls das Diskriminierungsopfer entschädigen muss.

Definitiv nicht notwendig ist nach den europäischen Anforderungen eine Ansiedlung im Strafrecht: Eine Kriminalstrafe, die neben der zivilrechtlichen Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz und Entschädigung möglich wäre, würde zwar die Anforderungen der Vorgaben und Gerichtsurteile genauso gut erfüllen wie es ein strafender Schadensersatz tun könnte, denn beide Lösungen bieten die Möglichkeit zu sanktionieren und abzuschrecken. Der entscheidende Unterschied zwischen beidem besteht allerdings darin, dass bei der Privatstrafe das Opfer selbst Begünstigter ist und den zu zahlenden Geldbetrag erhält, während die Kriminalstrafe darauf ausgerichtet ist, dass dem Staat eventuelle Geldbeträge zukommen.

Die Entscheidung, wo genau die nationalen Regelungen angesiedelt werden sollen, wurde aber bewusst den Staaten überlassen. Deutschland hat in diesem Fall die beschriebene Umsetzung in das zivilrechtliche AGG gewählt. Zivilrecht allerdings ist nach dem herkömmlichen Verständnis der Rechtsbereich, der strafende Funktionen ausklammert⁵³¹.

Die Abschreckungswirkung soll vor allem den Arbeitgeber treffen. Damit einhergehende Sanktionen dürfen zwar dem Opfer zu Gute kommen, dies muss aber nicht zwangsläufig geschehen. Insofern ist erkennbar, dass beide Funktionen auch trennbar sind: In einer Rechtsordnung kann dem Zivilrecht durchaus allein die Abschreckungsfunktion zugeordnet sein, während die Sanktion – neben der Abschreckung - dagegen nur dem Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht vorbehalten bleibt. Es müssen also nicht beide Elemente gleichzeitig durch *eine* Rechtsfolge verwirklicht werden⁵³².

Ausschlaggebend für die Haftung des Handelnden muss nur das Vorliegen der Diskriminierung sein, nicht aber ein Verschulden⁵³³. Dies gilt explizit für den Fall, dass eine Schadensersatzregelung normiert wurde, die auf finanzielle Wiedergutmachung abzielt⁵³⁴. Dass konkret

scheidung v. 03.02.2000, Rs. C-207/98, Slg. I-549 =EuZW 2000, 209=NJW 2000, 1019 (*Mahlburg*) wieder entfernt.

⁵³⁰ Zu diesem Dilemma z. B. *Bauer*, NJW 2001, 2673; *Bertelsmann/Pfarr*, BD 1984, 1297 (1299); kritisch jedoch *Waas*, ZIP 2000, 2151 (2153).

⁵³¹ Dazu z. B. *Ebert*, Pönale Elemente, S. 1; *Medicus*, BGB-AT, Rn. 1; *Müller*, Punitive damages, S. 71 ff.; *Palandt/Heinrichs*, Vorb. § 249, Rn. 4.

⁵³² So differenziert *Schiek*, NZA 2004, 873 (880).

⁵³³ *EuGH v. 22.04.1997*, EuGH RS C-180/95 (*Draehmpaehl./Urania Immobilienservice oHG*) Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839 = NZA 1997, 645 ff. DB 1997, 983 ff. = JZ 1997, 1172-1174.

⁵³⁴ Vgl. *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (336).

immaterielle Schäden verschuldensunabhängig ausgeglichen werden sollten, ist auch mit der Rechtssache *Draehmpaehl* endgültig entschieden worden⁵³⁵: Wenn also eine Sanktion vorgesehen wird, die sich als zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers darstellt, so ist sie auch verschuldensunabhängig zu gewähren⁵³⁶.

Auch Rechtfertigungsgründe dürfen entgegen der zunächst vertretenen Auffassung in Deutschland⁵³⁷ die Haftung nicht einschränken. Die Sanktion, für die sich der Mitgliedsstaat entscheidet, muss daher losgelöst von möglichen Rechtfertigungsgründen, die das nationale Recht bietet, eingreifen⁵³⁸. Nach Auffassung des EuGH dürfen aber vereinzelt Ausnahmen von diesem Erfordernis gemacht werden. Dazu muss es dann jedoch ausdrückliche gesetzliche Regelungen geben, die ausschließlich in Bezug auf bestimmte Tatbestände gelten dürfen. Konkret sind deshalb Ausnahmen nur bei tätigkeitsbezogenen, wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen möglich⁵³⁹. Die Entscheidungen des EuGH machen deutlich, dass eine Ersatzregelung, die im Bereich des zivilen Haftungsrechts angesiedelt ist, schon allein bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot greifen muss: Für den Fall, dass ein Mitgliedstaat sich für eine solche Sanktionsregelung entscheidet, gilt, dass jeder Verstoß ausreichen muss, um die volle Haftung des Arbeitgebers auszulösen, ohne dass die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden können⁵⁴⁰. Diese Ansicht läuft auf eine Haftung völlig unabhängig von einem Verschulden heraus: So scheint für den EuGH ausreichend zu sein, dass eine objektive Pflichtwidrigkeit vorliegt, ein Schaden entstanden ist und die Pflichtwidrigkeit auch kausal für den Schaden ist⁵⁴¹. Diese Anforderung spiegeln sich jedoch in allen Urteilen des EuGH zum Gleichbehandlungsrecht wieder. Grund für diese Annahme sind die Bedenken, dass die an ein Verschulden des Arbeitgebers geknüpften Sanktionen nicht geeignet sein könnten, tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz zu leisten und abschreckende Wirkung zu entfalten.

Schließlich darf Durchsetzung eines solchen Schadensersatzanspruches nicht schwerer sein als die vergleichbaren Ansprüche aus dem schon bestehenden nationalen Recht⁵⁴². Diese Anforderung dient vor allem der effektiven Durchsetzung des europäischen Rechts, damit es

⁵³⁵ BT-Drucksache 16/1780, S. 21; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 AGG Rn. 2; siehe auch *Maier-Reimer*, NJW 2006 2577 (2582).

⁵³⁶ Vgl. z. B. *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (336).

⁵³⁷ Vgl. Münchener Kommentar/*Müller-Glöge*, 3. Auflage 1997, § 611a BGB Rn. 28; *Annuß*, NZA 1999, 738 (739); *Thüsing*, NJW 2003, 405 (406).

⁵³⁸ *EuGH v. 08.11.1990*, Rs. C-177/88, EuGHE I 1990, 3941-3977, NZA 1991, 171-173.

⁵³⁹ Vgl. *EuGH v. 23.10.2003*, DVBl 2004, 188, Nr. 97. Dazu *Schiek*, NZA 2004, 873 (878).

⁵⁴⁰ *EuGH v. 08.11.1990*, NZA 1991, 171 (173); *EuGH v. 22.04.1997*, NZA 1997, 645 (646).

⁵⁴¹ Siehe *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (331); *Treber*, NZA 1998, 856 ff. und *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (421), der auf die Parallelen zum Staatshaftungsrecht hinweist, weil für diesen Bereich ebenso wie für das private Haftungsrecht detaillierte Vorgaben für den Schadensersatzanspruch bestehen.

⁵⁴² Zusammenfassen z. B. *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (362).

nach der Umsetzung auch tatsächlich zur Anwendung kommt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine mit dem europäischen Recht konforme Rechtsfolgenregelungen die Gewährung von materiellem und immateriellem Schadensersatz, Abschreckung und Sanktion, sowie eine verschuldensunabhängige Haftung ohne Rechtfertigungsmöglichkeiten für geschehene Diskriminierungen beinhalten und dem Grundsatz der Äquivalenz gehorchen muss. Höchstgrenzen im Rahmen der Wiedergutmachung sind nicht vorgesehen und scheinen problematisch zu sein.

II. Konsequenzen für das deutsche Recht

An die Wirkungen von Rechtsfolgen werden nach dem vorher gesagten sehr differenzierte Anforderungen gestellt⁵⁴³. Auch aus der Sicht des europäischen Rechts muss beim antidiskriminierungsrechtlichen Regelungsauftrag das Recht der nationalen Staaten jedoch angemessen berücksichtigt werden. Der Wortlaut der Richtlinien deutet darauf hin, dass die Staaten im Rahmen der europäischen Anforderungen bedacht sein sollten, eine Regelung zu finden, die mit der jeweiligen nationalen Rechtsordnung in Einklang steht. Eine in allen Mitgliedstaaten uniforme Regelung wird nicht verlangt. Die konkrete Umsetzung bleibt durch die Freiheit der Rechtsfolgenwahl vielmehr ausdrücklich Sache der Mitgliedstaaten⁵⁴⁴. Diese sind jedoch auch dafür verantwortlich, das Recht in zulässiger Weise in die nationale Rechtsordnung einzufügen.

Die Einführung und Weiterentwicklung des § 611a BGB ist angesichts der eben geschilderten Erfordernisse das Paradebeispiel dafür, wie die Fortentwicklung der Anforderungen im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts insbesondere mittels Richtlinien und Entscheidungen des EuGH geschah. Vorläufiger Gipfel dieser Rechtsentwicklung im Antidiskriminierungsrecht ist § 15 AGG. Ob dieser den Anforderungen des europäischen Rechts nunmehr in seiner konkreten Ausgestaltung tatsächlich gerecht wird und ob alle Vorgaben damit erfüllt werden können, soll das folgende Kapitel behandeln. Erst anschließend ist im dritten Teil der Arbeit zu überprüfen, inwieweit sich diese „europafreundliche“ Anwendung in das Bild des deutschen Rechts einfügen kann.

⁵⁴³ Die Qualifizierung der notwendigen Schadensersatzleistungen beschränkt sich i. Ü. nicht nur auf das Arbeitsrecht, sondern erfasst auch generell das zivile Schadens- bzw. Haftungsrecht, damit das Haftungsrecht übergreifend für bestimmte Verhaltensweisen gewissermaßen im Sinne des Gebotes der Gleichbehandlung europäisiert wird. Dazu *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag 2006, S. 18.

⁵⁴⁴ Dies unterscheidet schließlich auch die Wirkung der Richtlinie von der verpflichtenden Verordnung, die keines weiteren Umsetzungsaktes bedarf und in allen Staaten gleich und uneingeschränkt gilt - zum Unterschied zwischen Richtlinien und Verordnungen *Streinz*, Europarecht, Rn. 377 ff. zur unmittelbaren Wirkung von sekundärem Gemeinschaftsrecht und Verordnungen *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht, S. 81 ff.

Zweiter Teil - § 15 AGG und die europäischen Sanktionserfordernisse

A. Problemstellung

§ 15 AGG stellt das Ende einer komplexen Entwicklung in der Gesetzesgeschichte des deutschen Antidiskriminierungsrechts dar. Die Norm dient explizit der Umsetzung der im ersten Teil der Arbeit geschilderten europäischen Anforderungen. Die Norm lehnt sich eng an das an, was sowohl die europäischen Richtlinien als auch die Rechtsprechung des EuGH über den Wortlaut der gleichbehandlungsrechtlichen Artikel des EG-Vertrages hinaus verlangen.

Daher soll im Folgenden aus europäischer Sicht anhand der herausgearbeiteten Sanktionserfordernisse, die durch das europäische Recht vorgegeben werden, der genaue Inhalt der Norm hinsichtlich der bereits kurz genannten Rechtsfolgen dargelegt werden. Ziel ist es dabei, festzustellen, ob die Vorgaben tatsächlich durch die Einführung des § 15 AGG erfüllt wurden.

Dies betrifft die zum einen die Gewährung von materiellem und immateriellem Schadensersatz im Rahmen einer verschuldensunabhängigen Haftung ohne Rechtfertigungsmöglichkeiten für geschehene Diskriminierungen. Insbesondere sollen zudem auch die Fragen, ob Sanktionen von § 15 AGG umfasst sind und ob ein genügender Abschreckungseffekt i. S. d. europäischen Vorgaben von dieser Norm ausgeht, im Folgenden erörtert werden.

B. Rechtsfolgenregelungen des § 15 AGG

I. Schadensersatz - § 15 I AGG

1. Allgemeines

Die Normen zu Schadensersatz und Entschädigung finden sich in § 15 I und II AGG. Vor allem ihnen gilt das Interesse dieser Arbeit. § 15 I AGG regelt im Einzelnen, dass der Arbeitnehmer infolge eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot einen Anspruch auf Ersatz wegen eingetretener materieller Schäden hat.

Erfasst sind Personen-, Sach- und Vermögensschäden. Der Schaden ist gemäß § 249 BGB zu ersetzen⁵⁴⁵. Die Voraussetzungen für den Anspruch und der Haftungsumfang sollen nun erläutert werden, wobei auch die Anforderungen der europäischen Vorgaben Berücksichtigung finden werden.

⁵⁴⁵ Dazu *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 13; *Erfurter Kommentar/Schlachter*, § 15 AGG Rn. 4; *Besgen*, B+P 2006, Beihefter Nr. 1 zu Heft 8, S. 7. In Betracht kommt vor allem Verdienstaustausch, siehe *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 4.

2. Voraussetzungen für den Schadensersatz

a) Pflichtverletzung: Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

Voraussetzung⁵⁴⁶ für einen Anspruch aus § 15 I AGG ist zunächst ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot, §§ 3, 7, 15 I AGG. Hier liegt eine Rechtsgrundverweisung auf § 7 I AGG vor⁵⁴⁷. Das bedeutet, dass in der Ungleichbehandlung ein Element der Abwertung zu erkennen sein muss⁵⁴⁸. Verlangt wird demnach die Schlechterstellung eines Beschäftigten wegen eines der in § 1 AGG geschützten Merkmale. Die Merkmale sind Geschlecht, Rasse, ethnische Herkunft, Alter, Religion oder Weltanschauung, Behinderung und sexuelle Identität, vgl. §§ 1, 7-10 AGG⁵⁴⁹. § 3 AGG definiert dazu vier Grundformen der verbotenen Benachteiligung: Erfasst sind die unmittelbare und die mittelbare Diskriminierung, die Belästigung, und gemäß § 3 V 1 AGG sogar die Anweisung zur Benachteiligung wegen eines der genannten Diskriminierungsmerkmale⁵⁵⁰. Bei der Anweisung zur Benachteiligung soll es sogar unerheblich sein, ob es tatsächlich zu einer Benachteiligung gekommen ist, um den Tatbestand der Diskriminierung bejahen zu können⁵⁵¹.

b) Keine Rechtfertigung

Sofern eine Benachteiligung stattgefunden hat, darf die Schlechterstellung nicht gerechtfertigt bzw. nicht gemäß §§ 8, 9, 10 AGG zulässig sein⁵⁵². Eine Rechtfertigung ist also zumindest bei materiellen Schäden durch das Vorliegen der Tatbestände der §§ 5 und 8 – 10 AGG möglich. § 5 AGG erlaubt eine unterschiedliche Behandlung, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile verhindert oder ausgeglichen werden sollen⁵⁵³. Konkrete Rechtfertigungstatbestände sind z. B. nach § 8 AGG wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen, die bei Vorliegen eines der Diskriminierungsmerkmale nach der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung der Ausübung gefährdet sind⁵⁵⁴. Die

⁵⁴⁶ Vgl. Vorschlag eines Prüfungsschemas für Ersatzansprüche nach § 15 AGG bei *Steinkühler*, AGG, Zweiter Teil, Rn. 394; außerdem für den allgemeinen zivilrechtlichen Anspruch aus § 21 AGG *Schreier*, JuS 2007, 308 ff.

⁵⁴⁷ Dies nehmen z. B. an *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 AGG Rn. 15; *Richardi*, NZA 2006, 881 (882 f.).

⁵⁴⁸ Vgl. *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (181), der hier nicht genau zwischen immateriellem und materiellem Schaden unterscheidet.

⁵⁴⁹ Auf die einzelnen Merkmale soll hier nicht näher eingegangen werden, dazu aber z. B. übersichtliche Darstellungen bei *Däubler/Bertzbach/Däubler*, AGG, § 1 AGG Rn. 13 ff.; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 ff.; *Richardi*, NZA 2006, 881 ff.; *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583 ff.

⁵⁵⁰ Vgl. zu den erfassten Handlungen z. B. ausführlich *Annuß*, BB 2006, 1629 (1631 ff.); *Richardi*, NZA 2006, 881 (882).

⁵⁵¹ BT-Drucksache 16/1780, S. 33; *Wisskirchen*, DB 2006, 1491.

⁵⁵² Definition bei *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9, Rn. 38; *Annuß*, BB 2006, 1629 (1632 f.); *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1492 f.).

⁵⁵³ § 5 AGG wird teilweise als systematisch verfehlt gehalten und als „Freibrief“ oder „Hintertür“ für Ungleichbehandlungen kritisiert, vgl. *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583 (2587).

⁵⁵⁴ Dazu *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (327).

Rechtsprechung hat für diese Tatbestände viele Beispiele geliefert⁵⁵⁵.

Die Rechtfertigungsmöglichkeiten bezüglich Diskriminierungen wegen des Geschlechts sind aber nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich, z. B. aus biologischen Gründen. Rein sachliche Gründe reichen nicht aus⁵⁵⁶. Ausnahmen existieren gemäß § 8 AGG z. B. auch für eine Beschäftigung bei Religionsgemeinschaften, sofern die Art der Tätigkeit bei der Institution die Zugehörigkeit fordert. Der Anwendungsbereich ist eher weit und erstreckt sich auch auf Vereinigungen, die staatskirchenrechtlich nicht einer Kirche zugeordnet sind, sondern nur auf Grund ihrer Zweckbestimmung eine Religion oder Weltanschauung pflegen. Die Regelung sichert so das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 GG), sowie die sie ergänzende Verfassungsbestimmung zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 III WRV)⁵⁵⁷. Auch wegen des Alters des Arbeitnehmers (§ 10 AGG) darf zulässigerweise diskriminiert werden, wenn die Differenzierung objektiv, angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Zu diesem Zwecke werden bestimmte Fälle auch in § 10 AGG selbst aufgezählt. Die Differenzierung wegen altersbedingter Gründe ist daher vergleichsweise unproblematisch ausgestaltet, da die zulässigen Unterscheidungen dem Schutz des Arbeitnehmers dienen⁵⁵⁸. Inwieweit die Regelung auf Dauer Bestand haben wird, wird die Weiterentwicklung der Rechtsprechung des EuGH zeigen⁵⁵⁹. In Fällen der Benachteiligung wegen einer Behinderung dagegen ist immer mit einzubeziehen, dass der Arbeitgeber angemessene Vorkehrungen treffen soll, um auch Behinderten einen passenden Arbeitsplatz zu verschaffen. Dies gilt bis zur Grenze der Unzumutbarkeit für den Arbeitgeber⁵⁶⁰. Erforderlich ist jedoch immer eine umfassende Interessenabwägung, die sich nach der Rechtmäßigkeit des Zweckes der beruflichen Anforderung sowie nach der Angemessenheit richtet.

c) Schaden und Kausalität

Eine weitere Voraussetzung für eine Haftung nach § 15 I AGG ist ein Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden. Das bedeutet, dass die Benachteiligung ursächlich für einen Vermögensschaden des Diskriminierungsopfers gewesen sein muss. Dieser haftungsbegründende objektive Zurechnungszusammenhang zwischen Diskriminierung und Schadenseintritt

⁵⁵⁵ ArbG München v. 14.02.2001 (*Geschäftsführerin Frauenverband*), NZA-RR 2001, 365; LAG Köln v. 19.07.1996 (*Verkauf von Damenoberbekleidung*), NZA-RR 1997, 84; ArbG Hamburg v. 10.04.2001 (*Weibliche Pflegekräfte beim Gynäkologen*), PflR 2001, 322.

⁵⁵⁶ Beispiele wie die Tätigkeiten als Amme, Sopranistin oder bei Schauspielrollen z. B. bei *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1492); dazu auch *Richardi*, NZA 2006, 881 (883).

⁵⁵⁷ Dazu *Richardi*, NZA 2006, 881 (884 f.).

⁵⁵⁸ So jedenfalls *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1493); zu den einzelnen Voraussetzungen auch *Richardi*, NZA 2006, 881 (884).

⁵⁵⁹ Vgl. *EuGH* v. 22.11.2005, Rs. C 144/04 (*Mangold*), NZA 2005, 1345, dazu insbesondere *Preis*, NZA 2006, 401 (409).

⁵⁶⁰ Vgl. Fallbeispiele bei *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1492).

ist schon aus dem Schadensersatzrecht bekannt, wo ebenfalls zwischen Verletzungshandlung und eingetretenem Schaden eine Kausalität bestehen muss⁵⁶¹. Wie dort, reicht auch beim Schadensersatz wegen einer Diskriminierung eine Mitursächlichkeit aus⁵⁶².

Wann eine diskriminierende Handlung vorliegt, wurde bereits geklärt. Als Schaden kommen Personen-, Sach- und Vermögensschäden in Betracht. Es muss erkennbar sein, dass dieser Schaden unmittelbar auf der Diskriminierung beruht und ohne sie nicht entstanden wäre. Jeder andere Vermögensschaden, der entsteht, weil die Bewerbung aus anderen Gründen nicht erfolgreich war⁵⁶³, ist dagegen irrelevant für Ersatzansprüche gegen den Arbeitgeber, solange keine Diskriminierung vorliegt. Zu Recht wird in diesem Zusammenhang allerdings die Frage aufgeworfen, ob der Anspruch auch dann besteht, wenn der Schaden, der durch die vorliegende Diskriminierung entsteht, auch ohne die Benachteiligung eingetreten wäre. Dies wird in der Literatur zum Teil verneint, weil kein Bedarf für einen Ersatz vorliege, wo ohnehin die Bewerbung ein aussichtslosen Unterfangen war und damit kein auf die Diskriminierung zurückführbarer Schaden vorliegt⁵⁶⁴.

Ebenso unersetzbar ist nach einer Literaturansicht auch der Schaden, der bei rechtmäßigem Alternativverhalten entstanden wäre. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitgeber z. B. die Möglichkeit der ordnungsgemäßen Kündigung nachweisen kann⁵⁶⁵.

Diese Ansichten bezüglich einer Einschränkung der Haftung entsprechen allerdings nicht dem Sanktionserfordernis der Richtlinien und des EuGH. Denn nach diesen Vorgaben muss jede Benachteiligung auch tatsächlich sanktioniert werden, damit eine abschreckende Wirkung entstehen kann. Von diesem Standpunkt aus betrachtet kann es nicht ausschlaggebend sein, ob der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre, weil damit der Arbeitgeber die Möglichkeit hatte, sich rechtmäßig zu verhalten, es aber nicht getan hat und genau dies im Sinne der Gleichstellung vermieden werden soll⁵⁶⁶. Das diskriminierende Verhalten an sich ist nämlich zu unterbinden, weil der Arbeitgeber sonst „Lücken“ suchen kann, mit deren Hilfe er ohne Konsequenzen Arbeitnehmer ungleich behandeln kann. Genau hiervor soll aber auch oder gerade der Arbeitnehmer geschützt werden, der keine Chance auf die Stelle hat. Es ist aus der Sicht des Antidiskriminierungsrechts also völlig rechtmäßig, einen Bewerber, der objektiv nicht so gute Voraussetzungen wie ein anderer mit sich bringt, abzulehnen. Dann muss

⁵⁶¹ So Däubler/Bertzbach/Deinert, AGG, § 15 Rn. 28.

⁵⁶² Zu den Voraussetzungen z. B. auch Boemke/Danko, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9, Rn. 38; Willemssen/Schweibert, NJW 2006, 2583 (2589).

⁵⁶³ Gemeint ist beispielsweise der Schaden, der entsteht, weil der Bewerber blind auf seinen Erfolg vertraute und sein bisheriges Beschäftigungsverhältnis kündigte, und dann feststellen muss, dass ein anderer Bewerber aus objektiven Gründen vorgezogen wurde.

⁵⁶⁴ Dieser Ansicht z. B. Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 16 f.

⁵⁶⁵ So Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 178.

⁵⁶⁶ A. A. aber Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 17.

dies aber auch einzig und allein aus diesen Gründen geschehen, und nicht etwa noch ein diskriminierendes Verhalten gezeigt werden, das den abgelehnten Bewerber zusätzlich herabwürdigt.

Ein Ausweg im Falle solcher doppelter Ausschlussgründe bei der Bewerberauswahl wird zwar zum Teil darin gesehen, dass möglicherweise § 15 II die bei § 15 I AGG entstehenden Lücken schließen kann, weil in den Fällen, in denen kein materieller Schaden zu ersetzen ist, immer noch eine präventive Wirkung durch den Ersatz immaterieller Schäden gesichert ist. Die Europarechtskonformität könnte so noch durch ein Zusammenspiel der Normen erreicht werden, sofern § 15 II AGG den Anforderungen genügen kann⁵⁶⁷. Diesem „Ausweg“ kann aber vor dem Hintergrund der europäischen Vorgaben nicht zugestimmt werden. Die Vorgaben gelten schließlich auch für den materiellen Schaden und müssen daher in ihrer Wirkung ebenso wirksame und abschreckende Sanktionen ermöglichen, wie es bei dem Ersatz des immateriellen Schadens der Fall ist. Nur so kann die Umsetzung im Deutschen Recht den Vorgaben gerecht werden.

Zusammenfassend bedeutet dies, dass in allen Fällen, in denen eine Diskriminierung vorliegt, auch gehaftet werden muss, sofern tatsächlich ein Schaden durch die diskriminierende Handlung hervorgerufen wurde. Alternativursachen für den Schaden können eine Haftung nicht verhindern, da sonst der Sanktionsgedanke vernachlässigt wird.

3. Verschuldenserfordernis

Ein ähnliches Problem bietet § 15 I AGG auch noch wegen seiner im Gesetz festgeschriebenen Anforderungen: Gemäß Satz 2 ist dem Wortlaut der Norm nach ein „Vertretenmüssen“ des Arbeitgebers zusätzlich Voraussetzung, um den Anspruch auf materiellen Schadensersatz durchzusetzen. Der Arbeitgeber haftet nach dem klassischen Verständnis von „Vertretenmüssen“ demnach nur dann, wenn er die Vertragsverletzung zu verschulden hat⁵⁶⁸. Wann ein Verschulden im Sinne von Vertretenmüssen vorliegt, bestimmt sich im Zivilrecht generell nach §§ 276, 278 BGB, die mindestens Fahrlässigkeit für eine Haftung verlangen⁵⁶⁹. Das Verschulden wird ausweislich § 15 I 2 AGG vermutet. Fehlendes Verschulden zu beweisen, obliegt daher dem Wortlaut der Norm nach genauso wie bei § 280 BGB dem Arbeitgeber⁵⁷⁰.

Da die europäischen Vorgaben aber verlangen, dass das Verschulden keine Voraussetzung für einen Anspruch wegen Diskriminierung oder Ungleichbehandlung sein darf, wird teilweise

⁵⁶⁷ Dazu aus systematischen Gründen unten, Teil 3.

⁵⁶⁸ Siehe Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 1; für das Verschuldenserfordernis z. B. *Kolmhuber/Schreiner*, AGG, Rn. 214; *Schreier*, JuS 2007, 308 (312).

⁵⁶⁹ BT-Drucksache 17/1780, S. 38.

⁵⁷⁰ Siehe Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 4; *Annuß*, BB 2006, 1629 (1634); *Steinkühler*, AGG, Rn. 361 ff. *Richardi*, NZA 2006, 881 (882) hält diese Lösung dagegen für unzulässig.

davon ausgegangen, dass diese Vorschrift europarechtswidrig ist⁵⁷¹. Hierfür spricht überdies auch das *Absenkungsverbot*, weil § 611a BGB kein Verschulden mehr vorgesehen hatte und nach europäischem Recht der Schutzstandard einer europarechtskonformen Norm nicht wieder abgesenkt werden darf⁵⁷². Auf die Frage nach der Erfüllung der europäischen Vorgaben durch § 15 AGG wird jedoch an späterer Stelle zurück zu kommen sein, da erst nach einer Darstellung des Inhalts der Schadensersatz- und Entschädigungsnorm deren Übereinstimmung mit den europäischen Vorgaben überprüft werden kann.

4. Zurechnungsprobleme - Haftung des Arbeitgebers für Dritte

Unabhängig von eigenem Handeln haftet der Arbeitgeber für sämtliche diskriminierende Vorgänge in seinem Einflussbereich. § 12 AGG verlangt, dass der Arbeitgeber alle präventiven wie auch repressiven Maßnahmen ergreifen muss, um einen Schutz vor Ungleichbehandlungen zu bieten. So muss der Arbeitgeber auf die Unzulässigkeit von Diskriminierungen hinweisen und auf ihr Unterbleiben hinwirken⁵⁷³. Er muss das AGG und § 61b ArbGG im Betrieb bekannt machen – z. B. durch Aushang – und muss dafür Sorge tragen, dass Arbeitsplätze nicht unter Verletzung des Diskriminierungsverbotes ausgeschrieben werden⁵⁷⁴. Auffällig ist, dass das AGG aber trotzdem speziell für den Fall, dass der Arbeitgeber seinen Organisationspflichten gemäß § 11, 12 AGG nicht nachkommt, keine Sanktionen vorsieht. Bei fehlerhaften abstrakten Ausschreibungen und anderen Pflichten und Maßnahmen des Arbeitgebers kann daher der Arbeitnehmer keine Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche für sich ableiten. Das bedeutet, dass nur für konkrete Ungleichbehandlungen, bezogen auf einen individuellen Arbeitgeber, diese Ansprüche geltend gemacht werden können⁵⁷⁵. Allenfalls denkbar ist ansonsten ein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers gemäß § 273 BGB. Ein Schadensersatz gestützt auf § 823 BGB oder wegen vertraglicher Haftung gemäß § 280 BGB wird in den regulären Fällen am fehlenden Nachweis eines konkreten Schadens scheitern⁵⁷⁶. Der Arbeitgeber haftet aber gemäß § 15 I i. V. m. § 12 AGG, wenn er seinen Organisationspflichten nicht nachgekommen ist und aus diesem Grunde *Dritte* aktiv gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen konnten. Denn der Arbeitgeber soll verhindern, dass Diskriminierungen in seinem Betrieb geschehen. Aus diesem Grunde muss er an seine Mitarbeiter dahinge-

⁵⁷¹ Vgl. z. B. Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 1; Rust/Falke/*Bücker*, AGG, § 15 Rn. 11 f.; *Besgen*, B+P 2006, Beihefter Nr. 1 zu Heft 8, S. 7; zweifelnd *Bezani/Richter*, AGG, Rn. 267; *Nicolai*, AGG 2006, Rn. 437 ff.

⁵⁷² Vgl. zu diesem Problem *Schiek/Kocher*, AGG, § 15, Rn. 27.

⁵⁷³ Dazu z. B. *Annuß*, BB 2006, 1629 (1635).

⁵⁷⁴ Siehe *Annuß*, BB 2006, 1629 (1635); speziell zum Problem der Personalvermittler *Schwab*, NZA 2007, 178 f.

⁵⁷⁵ Siehe *Besgen*, B+P 2006, Beihefter Nr. 1 zu Heft 8, S. 9; ebenso *Wisskirchen*, DB 2006, 1491.

⁵⁷⁶ So z. B. *Annuß*, BB 2006, 1629 (1635).

hende Weisungen erteilen und umfassend über das Diskriminierungsverbot aufklären. Er muss beispielsweise bekannt machen, dass Diskriminierungen verboten sind und gegebenenfalls seine Mitarbeiter entsprechend schulen lassen (vgl. konkret § 12 II AGG). Führt er bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 12 III AGG nun z. B. keine Maßnahmen zur Unterbindung der Ungleichbehandlung durch⁵⁷⁷ und kommt es auf Grund dieses Versäumnisses erneut zu Diskriminierungen durch Dritte, haftet er. Eine Verletzung der Pflichten führt demnach zu einer Haftung auf Grund eigenen Organisationsverschuldens wegen Unterlassens, weil der Arbeitgeber die Pflicht hat, Dritte, die an seiner Stelle handeln, zu überwachen⁵⁷⁸. Allerdings muss auch hier eine Person konkret verletzt worden sein und diesen Schaden geltend machen⁵⁷⁹. Unabhängig davon, ob nun Verschulden eine Voraussetzung für § 15 I AGG darstellt, muss sich der Arbeitgeber das Verschulden Dritter selbst zurechnen lassen⁵⁸⁰. Der Arbeitgeber kann demnach auch für das Verhalten Dritter, also Erfüllungsgehilfen, haften⁵⁸¹. Als Erfüllungsgehilfen kommen alle Beschäftigten in Betracht, denen gegenüber der Arbeitgeber ein Weisungsrecht hat und sofern sie in Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten handeln⁵⁸². Als Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB gelten beispielsweise diejenigen Personen, denen der Arbeitgeber ein Weisungsrecht gegenüber den benachteiligten Beschäftigten übertragen hat. Der Arbeitgeber haftet also gemäß § 278 BGB auch für Vorgesetzte, die einen ihnen unterstellten Mitarbeiter benachteiligen⁵⁸³.

Problematisch wird diese Haftungsregelung, wenn etwa ein nicht weisungsbefugter Kollege oder auch ein Dritter das Fehlverhalten begangen hat oder wenn ein dem Vorgesetzten unterstellter Mitarbeiter sich diesem gegenüber diskriminierend verhält. In solchen Fällen handelt kein Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers, dem keinerlei Befugnisse eingeräumt wurden. § 278 BGB kann hier nicht mehr in Betracht kommen. § 278 BGB ist auch dort eingeschränkt, wo die Verstöße nicht in Zusammenhang stehen mit vertraglichen Pflichten, denn der Arbeitgeber haftet nur für Verstöße, die im Rahmen eines Direktionsrechts begangen wurden und mit dem Beschäftigungsverhältnis in Zusammenhang stehen⁵⁸⁴. So steht es unter anderem bei sexuellen Belästigungen, da diese, anders als beispielsweise simple Anweisungen zu Mehrarbeit, nie

⁵⁷⁷ Im Gesetz werden als mögliche Maßnahmen z. B. Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder sogar Kündigung genannt.

⁵⁷⁸ Vgl. *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 20, *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 22; *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (334 f.).

⁵⁷⁹ So *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893.

⁵⁸⁰ Siehe Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 25, *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (334 f.).

⁵⁸¹ Z. B. *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (334); anderer Ansicht *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 220 f.; im Ergebnis kommen diese jedoch über § 12 IV AGG auch zu einer Haftung des Arbeitgebers bei fehlenden Schutzmaßnahmen.

⁵⁸² Dazu *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 21.

⁵⁸³ Ausführlich siehe *BAG v. 17.12.1968*, AP Nr. 2 zu § 324 Nr. 2 BGB; auch *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 214.

⁵⁸⁴ Siehe *Annuß*, BB 2006, 1629 (1634); *Bauer/Evers*, NZA 2006, 894; *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8 (9).

vom Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst sind. Der belästigende Arbeitskollege wird so nur „bei Gelegenheit“ der Erfüllung seiner Aufgaben tätig⁵⁸⁵.

Einzig ein Organisationsverschulden in Verbindung mit § 12 AGG ist noch denkbar, wenn der Arbeitgeber keine geeigneten Maßnahmen getroffen hat um die Mitarbeiter vor Diskriminierungen zu schützen. Außerdem haftet der Arbeitgeber auch, wenn ihn ein eigenes Verschulden in Form eines Überwachungsverschuldens trifft⁵⁸⁶. Der Arbeitgeber haftet dann für jedes Fehlverhalten - auch dasjenige, das durch Kollegen verursacht wurde⁵⁸⁷.

Bei juristischen Personen werden dem Arbeitgeber Handlungen und Unterlassen der vertretungsberechtigten Organmitglieder direkt oder analog nach § 31 BGB zugerechnet⁵⁸⁸. Deshalb ist es auch unerheblich, wer den Verstoß begangen hat: Erfasst werden nicht nur Handlungen des Arbeitgebers, sondern auch die von Betriebsangehörigen oder betriebsfremden Dritten. Dies entspricht nicht nur dem Grundgedanken des § 278 BGB, sondern auch den Anforderungen an eine wirksame und verschuldensabhängige Sanktion⁵⁸⁹.

Jedenfalls muss die angemessene Reaktion des Arbeitgebers anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls festgemacht werden⁵⁹⁰. In Betracht kommen Hinweispflichten, Aufforderungen zu korrektem Verhalten oder zum Unterlassen einer Verhaltensweise, wohl aber nicht der Abbruch geschäftlicher Beziehungen⁵⁹¹. Die Haftung der Arbeitnehmer untereinander richtet sich nach § 823 BGB, die Sondervorschriften des AGG gelten hier nicht, weil der Adressat gemäß § 6 II AGG nur der Arbeitgeber ist⁵⁹². Erleichterungen vom Verschuldenserfordernis sind für den Arbeitgeber nur im Bereich kollektivvertraglicher Regeln vorgesehen, indem § 15 III AGG regelt, dass bei der Anwendung dieser Regelungen der Arbeitgeber nur dann haften soll, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt⁵⁹³.

5. Beweislast

Gemäß § 22 AGG reicht es dabei aus, Indizien zu beweisen, die auf das tatsächliche Vorliegen einer Diskriminierung schließen lassen. Diese Benachteiligung wird dann vermutet. Der

⁵⁸⁵ Die Anweisung zur Belästigung seitens des Arbeitgebers wäre bereits gemäß § 134 BGB i. V. m. § 7 I AGG unbeachtlich, vgl. *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 264.

⁵⁸⁶ Vgl. z. B. *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 43.

⁵⁸⁷ Siehe hierzu *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 135.

⁵⁸⁸ Eine Haftung gemäß § 31 BGB kommt auch in Frage, wenn ein Mitarbeiter eine Tätigkeit ausübt, die eigentlich ein verfassungsgemäßer Vertreter hätte ausüben müssen. Zur Haftung gemäß § 31 BGB siehe *Bauer/Evers*, NZA 2006, 894 mit Verweis auf OLG Düsseldorf v. 19.10.2000, DB 2001, 140 (141) (*Flughafenbrand*).

⁵⁸⁹ BT-Drucksache 16/1780 S. 38. Dazu auch Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 25. Vgl. zu Organisations- und Unternehmenshaftung auch im Überblick *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 112 ff. (Kapitel E).

⁵⁹⁰ BT-Drucksache 16/1780, S. 37.

⁵⁹¹ Dieser Ansicht jedenfalls *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (334).

⁵⁹² Zur Haftung der Kollegen im einzelnen *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 142 ff.

⁵⁹³ BT-Drucksache 16/1780, S. 39; Grund für die Erleichterung ist die „höhere Richtigkeitsgewähr“ kollektiver Regelungen im Gegensatz zu eigenem Handeln des Arbeitgebers.

Anspruchsgegner dagegen trägt die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot stattgefunden hat. Die Regelung ist aufgebaut wie § 611a BGB a. F.: Der Kläger muss nur den Schaden beweisen, wobei ihm § 287 ZPO bei der Bemessung der Höhe des Schadens helfen kann. Die Unzulässigkeit der Ungleichbehandlung in Bezug auf das AGG muss der Anspruchsteller lediglich glaubhaft machen, indem er Indizien bringt⁵⁹⁴. Es wird gemäß § 22 AGG bei Vorliegen von bewiesenen Indizien für eine Ungleichbehandlung die tatsächliche Tathandlung als geschehen betrachtet. Dazu sind Statistiken, Äußerungen des Arbeitgebers oder auch bereits voran gegangene Benachteiligungen geeignet. Dies kann insbesondere schon bei Stellenausschreibungen eine Rolle spielen: § 11 AGG normiert, dass der Arbeitgeber auch zu einer ordnungsgemäßen Stellenausschreibung verpflichtet ist⁵⁹⁵. Eine anders lautende Stellenausschreibung stellt daher ein starkes Indiz für eine Diskriminierung bei der Einstellung dar⁵⁹⁶. Es obliegt dem Arbeitgeber, zu beweisen, dass keinerlei Diskriminierung durch sein Handeln hervorgerufen worden sei. Er kann sich also zwar entlasten, trägt aber hierfür die Beweislast⁵⁹⁷. Der Arbeitgeber kann in diesem Zusammenhang z. B. darlegen, dass die Benachteiligung entweder gar nicht im Sinne des § 1 AGG erfolgt ist, aber auch vorbringen, dass die Diskriminierung z. B. gerechtfertigt ist⁵⁹⁸.

Bezüglich der Beweislast des Arbeitgebers ist die deutsche Regelung daher europarechtskonform ausgestaltet, und insbesondere in Übereinstimmung mit den Erfordernissen der neuesten Richtlinie 2006/54/EG formuliert⁵⁹⁹: Wenn der Arbeitnehmer Tatsachen geltend macht, die eine Diskriminierung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast für das Gegenteil. Die Mitgliedstaaten müssen demnach Maßnahmen ergreifen, die es einem potentiell Verletzten erlauben, mögliche Ansprüche wegen Diskriminierungen vor Gericht glaubhaft zu machen. Aus diesem Grunde soll es Sache des Beklagten sein, zu beweisen, wenn keine Verletzung des Gleichheitssatzes vorgelegen hat. Diese Regelung stellt eine Beweislastumkehr zu dem Grundsatz dar, dass jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigeren Norm beweisen muss⁶⁰⁰. Der Sache nach wird hier den Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz Rechnung getragen⁶⁰¹.

⁵⁹⁴ Siehe *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 148; auch *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1493).

⁵⁹⁵ Zugerechnet wird sogar das Handeln eines Dritten, vgl. *BAG v. 05.02.2004*, DB 2004, 1944.

⁵⁹⁶ Formulierungshilfen z. B. bei *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1493).

⁵⁹⁷ Zur Beweislast siehe *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 41; kritisch im Hinblick auf die Europarechtskonformität der jetzigen Regelung *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774.

⁵⁹⁸ Dazu z. B. *Annufß*, BB 2006, 1629 (1635 f.).

⁵⁹⁹ Siehe § 19 der RL 2006/54/EG vom 05.07.2006, Abl. EG L 204 S. 23 ff. Vgl. zur Kritik an der Beweispflicht für belastende Tatsachen aber *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774.

⁶⁰⁰ Mit Verweis auf das Grundsatzurteil *EuGH v. 13.05.1986*, Rs. 170/84 (*Bilka/Weber von Hartz*) Slg. 1986, 1607, 1627 (Rz. 31) z. B. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 32 f.

⁶⁰¹ Zu § 22 AGG im einzelnen siehe *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 147 ff.; außerdem *BAG v. 05.02.2004*, NZA 2004, 540=NJW 2004, 2112=AP BGB § 611a Nr. 23=EzA BGB 2002, § 611a Nr. 3.

6. Umfang des Schadensersatzanspruches

a) Allgemeines

Der Umfang des Ersatzanspruches erstreckt sich auf den durch das schädigende Verhalten hervorgerufenen materiellen Schaden. Zu ersetzen ist der gesamte Schaden, der durch den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot entsteht⁶⁰². Allgemein gelten die Grundsätze des BGB zum Schadensersatz, namentlich die §§ 249-252, 254 BGB, auch im Bereich des § 15 I AGG⁶⁰³. Ersetzt werden sollen materielle Schäden und Verdienstausschlag, der Verlust von Verdienstmöglichkeiten, Kosten für rechtlichen oder gutachterlichen Beistand, Arztkosten sowie psychische und soziale Dienste sowie auch entgangener Gewinn, bei dem die Möglichkeiten des beruflichen Weiterkommens mit einbezogen werden können⁶⁰⁴. Zu ersetzen sind auch alle Kosten, die mit der Geltendmachung und Durchsetzung des Schadensersatzanspruches zusammen hängen⁶⁰⁵. Der Einstellungsanspruch, der noch zu Beginn der Diskussion um eine neues Gesetz oft diskutiert und nicht für ausgeschlossen gehalten wurde⁶⁰⁶, wird für das Arbeitsrecht explizit durch § 15 VI AGG ausgeschlossen⁶⁰⁷. Im Falle einer Nichteinstellung gilt daher § 251 I BGB bzw. 252 BGB⁶⁰⁸.

Die Beweislast dafür, wie hoch der Schaden tatsächlich ausgefallen ist, trägt der Arbeitnehmer. Es gilt allerdings die Beweiserleichterung des § 287 ZPO, wonach das Gericht bei Streitigkeiten über das Entstehen und die Höhe eines Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden kann⁶⁰⁹. Pauschale Ersatzsummen sind dem Wortlaut des Gesetzes nach nicht vorgesehen. Zu ersetzen ist deshalb gemäß der Differenzhypothese das positive Interesse⁶¹⁰. Der Geschädigte ist daher so zu stellen, wie er stünde, wenn das schädigende Ereignis niemals eingetreten wäre. Ersparte Aufwendungen und auch die Kosten

⁶⁰² Vgl. z. B. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 23 ff.; *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 33 ff.; *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 17.

⁶⁰³ Z. B. *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9, Rn. 39 gehen von der grundsätzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers zur Naturalrestitution aus. Vgl. Auch *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 9.

⁶⁰⁴ Vgl. dazu *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 9.

⁶⁰⁵ Siehe *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 16.

⁶⁰⁶ Vgl. Diskussion bei *Armbrüster*, NJW 2007, 1494 ff.; zur Pflicht auf Abschluss eines Vertrages siehe grundlegend *Neuner*, JZ 2003, 57 (64), der allerdings den Bereich des gesamten Zivilrechts daraufhin untersucht.

⁶⁰⁷ Z. B. *Besgen*, B+P 2006, Beihefter Nr. 1 zu Heft 8, S. 8.

⁶⁰⁸ Vgl. *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 19; *Schiek/Kocher*, AGG, § 15, Rn. 9; *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583 (2589). Zu den Problemen im Beamtenrecht bei Ausschluss des Einstellungsanspruches siehe z. B. *Lansnicker/Schwirtzek*, NJW 2003, 2481 ff.

⁶⁰⁹ Hierzu *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 20; *Schiek/Kocher*, AGG, § 15, Rn. 24; auch *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1498).

⁶¹⁰ Grundsätzlich zur Differenzhypothese: *BGH* v. 05.03.1958, NJW 1958, 1085 - Merkantiler Minderwert; *BGH* v. 21.12.2004, NJW-RR 2005, 611.

für die Geltendmachung des Ersatzanspruches sind gleichfalls zu berücksichtigen⁶¹¹. Ebenso sind Arbeitslosengeld und anderweitiger Verdienst in die Berechnung mit einzubeziehen⁶¹². Auch das Mitverschulden des Arbeitnehmers kann jedoch berücksichtigt werden⁶¹³; dieses ist dann anzunehmen, wenn die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die dazu nötig gewesen wäre, den Schaden von sich abzuwenden⁶¹⁴. Außerdem trifft den Betroffenen auch eine Schadensminderungspflicht. Er muss sich also bemühen, den Schaden möglichst gering zu halten, indem er sich z. B. um eine neue Stelle bemüht⁶¹⁵. Diese auf den ersten Blick schwierig zu erfüllende Pflicht wird jedoch dadurch relativiert, dass der Arbeitgeber für das Unterlassen der Schadensminderung seitens des Arbeitnehmers die Beweislast trägt⁶¹⁶. § 15 I AGG regelt keine Obergrenzen, weshalb der maximale Schaden auch komplett ersetzt werden muss⁶¹⁷. Eine Pauschalierung wegen Unzumutbarkeit ist ebenso unzulässig⁶¹⁸. Der Arbeitgeber muss damit generell eine verwehrte Leistung nachträglich gewähren, den Arbeitnehmer daran beteiligen, wovon er vorher ausgeschlossen war und dem Arbeitnehmer die gleichen Mittel wie allen anderen Arbeitnehmern zur Verfügung stellen⁶¹⁹. Der Ausgleich kann also bei unterschiedlichen Diskriminierungssituationen ganz unterschiedlich zu bestimmen sein. Der Kündigungsschutz ist allerdings vom AGG bisher ausgenommen⁶²⁰. Denkbare Fallgruppen sind daher vor allem die Nichteinstellung, die Nichtbeförderung sowie die Zahlung von weniger Lohn im Vergleich zu anderen, vergleichbaren Arbeitnehmern. Auf diese speziellen Schäden bei diesen Fallgruppen soll nun kurz genauer eingegangen werden⁶²¹.

b) Nichteinstellung

Die Diskriminierung beim Einstellungsverfahren ähnelt der Situation bei der *culpa in contrahendo* (*c.i.c.*), einer vorvertraglichen Haftung, in der sich bereits ein Vertrauenstatbestand

⁶¹¹ Der Kostenerstattungsanspruch gilt neben § 91 ZPO und trotz des Grundsatzes des § 12a I 1 ArbGG als eigenständige Anspruchsgrundlage, Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 16; siehe dazu auch Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 15 Rn. 24, Boemke/Danko, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 55.

⁶¹² Z. B. Willemsen/Schweibert, NJW 2006, 2583 (2589).

⁶¹³ Z. B. Däubler/Bertzbach/Deinert, AGG, § 15 Rn. 40 f.

⁶¹⁴ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 249 Rn. 1.

⁶¹⁵ Siehe Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 15 Rn. 30.

⁶¹⁶ Siehe Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 15 Rn. 30.

⁶¹⁷ Dazu auch noch später, vgl. zunächst Erfurter Kommentar/Schlachter, § 15 AGG Rn. 4; Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 15 f.

⁶¹⁸ Dazu Schiek/Kocher, AGG, § 15 AGG Rn. 15.

⁶¹⁹ Es sei denn, es handelt sich z. B. um eine behindertengerechte Anpassung des Arbeitsplatzes, siehe Boemke/Danko, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 53.

⁶²⁰ Vgl. Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 12. Dazu nun aber ArbG Osnabrück vom 05.02.2007, AiB 2007, 302-304, und Parallelentscheidung vom selben Tag, NZA 2007, 626-629, wonach das AGG auf Kündigungen anwendbar ist.

⁶²¹ Diese Fallgruppen differenziert z. B. auch Münchener Kommentar AGG/Thüsing, § 15 Rn. 26 ff., ebenso Wisskirchen, DB 2006, 1491 (1499).

angebaut hat, ist dieser Haftung jedoch nicht gleichzustellen⁶²². Im Falle der Nichteinstellung ist der Arbeitnehmer z. B. zwar so zu stellen, wie er stünde, wenn er die Stelle erhalten hätte. Im Gegensatz zur normalen Rechtsfolge aus § 249 BGB, der eigentlich Folge der *c.i.c.* ist, wird der Bewerber aber nicht eingestellt. Es erfolgt also nicht etwa Naturalrestitution im Sinne des § 249 BGB.

Das entsprechende Bruttoentgelt ist aber als Schadensersatz zu ersetzen, was einer Naturalrestitution sehr nahe kommt, indem ein wirtschaftlicher Ausgleich gewährt wird⁶²³. Das BGB geht in Schadensersatzfällen prinzipiell davon aus, dass der Grundsatz der Naturalrestitution gilt. Das hieße bei einer Nichteinstellung infolge einer Diskriminierung allerdings, dass der Arbeitgeber dem benachteiligten Bewerber die betreffende Stelle geben müsste, um von seiner Ersatzpflicht frei zu kommen⁶²⁴.

Dies stellt sich in der Praxis allerdings als höchst problematisch heraus, da der Arbeitgeber eine einzige Stelle schwerlich doppelt besetzen kann und in der Regel bereits einen anderen Mitbewerber eingestellt haben wird. Auch ist die Folge einer unrechtmäßigen Benachteiligung oft, dass das Arbeitsklima unter den Geschehnissen leidet und eine Zusammenarbeit gerade bei der gerichtlichen Geltendmachung von Arbeitnehmerrechten als unzumutbar angesehen wird. § 15 VI AGG gilt daher maßgeblich für den Fall, dass ein Bewerber nicht eingestellt oder nicht befördert wurde.

Es ist dem Gesetz nach ausgeschlossen, eine Einstellung oder den beruflichen Aufstieg zu verlangen - es sei denn, andere Normen erlauben dies⁶²⁵. Aus diesem Grunde wird in der Literatur vertreten, es gebe bei der Nichteinstellung keinen materiellen Schaden, den es auszugleichen gilt, weil ja gerade die Einstellung, die § 249 BGB am nächsten kommen würde, ausgeschlossen sei⁶²⁶. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die gefundene Regelung nur auf die Praxis Rücksicht nimmt: Denn die doppelte Besetzung eines Arbeitsplatzes mit zwei Bewerbern ist in den meisten Fällen unmöglich - ein Ausgleich für geschehenes Unrecht soll aber dennoch stattfinden. Jede andere Auslegungsweise würde im Übrigen die Vorgaben des Europarechts verkennen, nach denen eine nur symbolhafte Entschädigung nicht ausreicht („Portoparagraph“, 611a BGB a. F.). Es ist bei der Nichteinstellung auch kein hypothetischer Schaden auszugleichen, da § 15 AGG gerade für solche Fälle gelten soll, in denen das Opfer bemessbare Einbußen zu verzeichnen hat⁶²⁷. So hat der Arbeitnehmer zwar keinen Anspruch

⁶²² Vgl. *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (180).

⁶²³ So Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 26; *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 10. Zur in der Praxis verwendeten Bruttolohnmethode siehe *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 25.

⁶²⁴ Vgl. *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 18.

⁶²⁵ Vgl. *Steinkühler*, AGG, Zweiter Teil, Rn. 396 f.

⁶²⁶ Dazu *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 215.

⁶²⁷ Dagegen auch *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 21 ff.

auf eine Einstellung, aber den Anspruch darauf, dass er wirtschaftlich so gestellt wird, wie er stünde, wenn er nicht benachteiligt worden wäre – allerdings ohne dass er tatsächlich eingestellt würde⁶²⁸.

Sollte der Arbeitnehmer dem Abgewiesenen die Stelle im Nachhinein anbieten, wird teilweise unterstellt, dass die Annahme der Stelle nicht zumutbar ist. Denn die einmalige Diskriminierung ließe vermuten, dass auch weiterhin nach Kündigungsgründen gesucht werden könnte und der Arbeitnehmer weitere Diskriminierungen befürchten müsse⁶²⁹. Ob die Annahme tatsächlich nicht zumutbar ist, auch wenn jegliche Diskriminierungen auf der Grundlage des Gesetzes überprüft werden können, sei an dieser Stelle dahingestellt, weil es hier auf den Einzelfall ankommt: Selbst, wenn dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht eingestanden würde, würde er sich wohl nur in seltenen Fällen für die Annahme der Stelle entscheiden, weil diese Wahl im Einzelfall viele weitere Angriffspunkte für ein schlechtes Arbeitsklima für den Arbeitnehmer und Diskriminierungsklagen gegen den Arbeitgeber mit sich bringen könnte. Ein Ausgleich muss demnach zumindest in den weitaus meisten Fällen in Geld stattfinden. Dies würde z. B. bedeuten, dass demjenigen, der auf Grund einer Diskriminierung nicht eingestellt wurde, der Verdienstaufschlag, gemessen an dem, was bei einer Einstellung verdient worden wäre, zu ersetzen ist. Dies gilt bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das erste Mal eine Kündigung hypothetisch möglich wäre⁶³⁰. Je weiter dieser Zeitpunkt hinausgezögert wird, desto gewichtiger wird die Zahlungspflicht des Arbeitgebers⁶³¹. Der Arbeitgeber müsste auch die Kosten für einen Umzug tragen, falls der Arbeitnehmer für eine vergleichbare Beschäftigung wegziehen muss, oder Vergütungsdefizite zwischen der Annahme einer geringer dotierten Stelle oder sogar dem Arbeitslosengeld im Vergleich zu der bei ihm angestrebten Verdienstmöglichkeit zahlen⁶³².

c) Nichtbeförderung

Auch bei unterbliebenen Beförderungen wird vertreten, es gebe – außer der Möglichkeit eines Entschädigungsanspruches – keinen materiellen Schadensersatz⁶³³. Auch bezüglich dieser Fallkonstellation ist allerdings auf die Ausführungen zum materiellen Schaden bei der Nichteinstellung zu verweisen (s. o. Zweiter Teil, B. I. 6. b)). Der Arbeitnehmer kann, sofern er der bestqualifizierte Bewerber war, die Differenz einklagen, die aus der Nichtbeförderung seit der

⁶²⁸ So *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 269.

⁶²⁹ Vgl. *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 129.

⁶³⁰ Zur Idee der Höhenbegrenzung später, siehe Zweiter Teil, B. I. 7 und II. 3. d).

⁶³¹ Vgl. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 27 und 29.

⁶³² Beispiele bei *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 55; auch bei *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 279.

⁶³³ „Hypothetische Kündigung“, so *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 219.

diskriminierenden Handlung erwachsen ist. Von Interesse wird eine Schadensersatzforderung vor allem dort werden, wo Beförderungen wegen eines Aufstiegs vollzogen werden müssen, der nachweisbar auf Grund der Bewährung des Arbeitnehmers im Betrieb angezeigt ist⁶³⁴.

Der Schaden muss für die Zukunft aber anders bemessen werden und wird nicht beschränkt sein, weil z. B. ein Mehrverdienst für die angestrebte Position klar bemessbar ist⁶³⁵. Ein Anspruch auf tatsächlichen Erhalt der Stelle ist gemäß § 15 VI AGG wie bei der Nichteinstellung aber ausgeschlossen (s. o. Zweiter Teil, B. I. 6. b)).

Höhenbegrenzungen schreibt das Gesetz dem Wortlaut nach nicht vor. Insbesondere müssten die eventuellen Mehrbelastungen, die die neue Stelle mit sich gebracht hätte, angemessen berücksichtigt werden, wenn der Benachteiligte ihnen wegen der Nichtbeförderung auch nicht ausgesetzt wird⁶³⁶. Eine Begrenzung wäre daher nur möglich, wenn man die durchschnittliche Fluktuation im Arbeitsverhältnis als Korrektiv verwenden würde⁶³⁷. Dies ist aber im Einzelfall schwer nachzuweisen und kann gegebenenfalls weitere einklagbare fiktive Beförderungen mit sich bringen. Auch eine fiktive Beendigungskündigung seitens des Arbeitgebers würde dem KSchG zuwider laufen, weshalb der Arbeitnehmer die zukünftige Lohnzahlung in Höhe der Bezahlung der erstrebten Position verlangen kann⁶³⁸. Und schließlich kann auch eine hypothetische Änderungskündigung bezüglich der Rückstufung in das vorherige Arbeitsverhältnis nicht einseitig durch den Arbeitgeber erfolgen.

d) Gleiches Entgelt

Im Falle einer Benachteiligung bezüglich des Grundsatzes, dass gleiches Entgelt für gleiche Leistung gezahlt werden soll, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf das konkret höhere Entgelt⁶³⁹. Früher war dies unter Berufung auf § 14 TzBfG, § 612 III oder § 611 a BGB in Verbindung mit § 280 BGB schon möglich. Die Angleichung an den jeweils höheren Lohn soll dabei wirksam zu einem dem Gleichheitsgebot konformen Verhalten anreizen. Jede Ungleichbehandlung bringt hier in besonderem Maße ein finanzielles Risiko mit sich⁶⁴⁰. *Thüsing* ist daher der Ansicht, dass die Angleichung an den höheren Lohn eine Sanktion darstelle⁶⁴¹.

⁶³⁴ Vgl. *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 218.

⁶³⁵ Vgl. *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 10 ff.; Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 30; anderer Ansicht *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 273.

⁶³⁶ Z. B. andere Arbeitszeiten, weitere Wege, damit verbundene Kosten.

⁶³⁷ Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 30.

⁶³⁸ Dazu z. B. kritisch *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 27; gegen die Möglichkeit der Beendigungskündigung Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 30; siehe dazu auch *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 23.

⁶³⁹ In Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 611a BGB und § 4 TzBfG siehe *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 543; kritisch zur Spirale nach oben: *Soergel/Raab*, § 612 Rn. 83.

⁶⁴⁰ Siehe Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 31.

⁶⁴¹ Vgl. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 31.

7. Keine Höhenbegrenzung

Problematisch ist, dass keine Höhenbegrenzung für den Anspruch normiert ist. Konsequenz wäre z. B. im Falle der Nichteinstellung, s. o., 6. b), dass der Arbeitgeber solange gemäß der Differenzhypothese in Form des Gehaltes - abzüglich ersparter Aufwendungen und Sozialleistungen - an den Geschädigten ein Gehalt zahlen muss, bis er nachweisen kann, dass er irgendwann diskriminierungsfrei hätte kündigen können - oder bis der Arbeitnehmer das Rentenalter erreicht hat. Weil diese Zeitpunkte hypothetisch, daher schwer beweisbar und zudem teilweise mit einer langen Hinauszögerung verbunden sind, wird davon ausgegangen, dass der Schaden zwangsläufig begrenzt werden muss. Diese Ansicht knüpft an die gleich gelagerte Problematik der Endloshaftung des § 628 II BGB an⁶⁴².

Als Zeitpunkt für eine Begrenzung kommt, wie bereits bei den besprochenen Fallgruppen angedeutet, der fiktive erstmögliche Kündigungstermin in Betracht⁶⁴³. Der Arbeitgeber berufe sich hierbei zulässigerweise auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten⁶⁴⁴. Dieser fiktive erstmögliche Kündigungstermin ist jedoch oft schon nach einer Probezeit von zwei Wochen ab Arbeitsantritt erreicht⁶⁴⁵. Nach dieser Auffassung kann es bei einer diskriminierungsbedingten Nichteinstellung Schadensersatz also nur in verschwindend geringer Höhe geben, weil dieser Anspruch sich ausschließlich auf materielle Schäden bezieht und diese außerhalb eines begründeten Arbeitsverhältnisses kaum bemerkenswert eintreten – der Anspruch wird sogar regelmäßig hinter Ansprüchen wegen immaterieller Schäden zurücktreten⁶⁴⁶.

Allerdings kann man davon ausgehen, dass der Anspruchsteller auch gegen die - hypothetische – Kündigung vorgehen wird: Denn wer bei der Einstellung diskriminiert wurde, hat eine Kündigung möglicherweise aus denselben Gründen erhalten. Eine Kündigung wäre also auch auf ihre Diskriminierungsfreiheit hin zu überprüfen, damit die schützende Wirkung des AGG nicht mittels hypothetischer Kündigungsmöglichkeiten konterkariert wird⁶⁴⁷.

Der daraus resultierende Vorschlag, darauf abzustellen, wie lange ein Beschäftigter üblicherweise die Stelle besetzt, erscheint daher vom Grundsatz her angemessen. Die Berechnung nach der Wahrscheinlichkeit des Verbleibs im Betrieb ist allerdings praktisch schwer durchsetzbar, weil der Nachweis einer „üblichen Beschäftigungsdauer“ schwer zu bringen ist⁶⁴⁸.

⁶⁴² Vgl. *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8 (14).

⁶⁴³ Dazu positiv eingestellt *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 27; *Staudinger/Annuf/Richardi*, BGB, 13. Bearbeitung, § 611a Rn. 87; *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893 (895).

⁶⁴⁴ So z. B. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 28.

⁶⁴⁵ Deshalb ablehnend: *Pfarr*, RdA 1995, 204 (209); *Treber*, NZA 1998, 856 (858).

⁶⁴⁶ Vgl. *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 215.

⁶⁴⁷ Vgl. einschränkend auch *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 23; *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 126.

⁶⁴⁸ Ähnlich *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 65. Auflage 2006, § 611a Rn. 19; ablehnend *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 57.

Insbesondere bei jüngeren Arbeitnehmer stellt sich z. B. dann die Frage, wie ihre Karriere wohl verlaufen wäre – dazu kann es jedoch nur hypothetische Überlegungen geben, die mit der Realität nichts zu tun haben müssen⁶⁴⁹.

Das deutsche Recht hatte mit solchen hypothetischen Zeitpunkten aber schon vorher zu kämpfen und hat hierzu zumindest im Kündigungsrecht bereits einmal eine Regelung gefunden: § 10 KSchG regelt für den Fall, dass eine Kündigung rechtmäßiger Weise nicht hätte ausgesprochen werden dürfen, das Arbeitsverhältnis aber auch nicht aufrecht erhalten werden soll, dass dem Arbeitnehmer eine Abfindung in einer bestimmten Höhe gezahlt werden muss. Die Abfindung ist in der Regel höchstens in Höhe von 12 Monatsverdiensten zu gewähren und richtet sich unter Umständen nach Lebensalter und Dauer der Betriebszugehörigkeit⁶⁵⁰.

Es wird daher angenommen, dass zur Begrenzung auch des Schadensersatzes wegen Diskriminierung §§ 9, 10 KSchG entsprechend heranzuziehen seien. Dieser Ansatz stützt sich auf die Rechtsprechung des BAG zu § 628 II BGB⁶⁵¹. Grund für diese Begrenzung ist das ansonsten unüberschaubare Haftungsrisiko des Arbeitgebers. Die Höchstdauer des Anspruchs wäre demnach ein Jahr, in dem der Arbeitgeber Ersatz leisten muss. Allerdings müsse diese Regelung im Einzelfall aufgeweicht werden, wenn es in dieser Zeit dem Arbeitnehmer nicht gelungen ist, eine neue Stelle zu finden, weil beispielsweise die Art der Stelle besonders selten vergeben oder frei wird⁶⁵².

Gegen diese Ansicht spricht das europarechtliche Erfordernis des vollständigen Schadensausgleichs, nach dem eine Obergrenze niemals zulässig sein kann. Obergrenzen sind schon ausweislich der Richtlinie 76/207/EWG nur in den Fällen möglich, in denen von vorn herein keine Chance auf Erhalt des Arbeitsplatzes gegeben war⁶⁵³. Laut einer weiteren Ansicht in der Literatur ist außerdem zu bedenken, dass auch die gedachte Kündigung unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsschutzes möglich gewesen sein muss, da sie ansonsten aus dem Antidiskriminierungsgedanken heraus sofort wieder angreifbar wäre⁶⁵⁴. Dieses letztgenannte Argument überzeugt allerdings nicht, weil auch die hypothetische Kündigung natürlich nur von rechtmäßigen Kündigungsgründen ausgehen kann. Das AGG selbst ist bisher auf die Überprüfung von Kündigungen nicht zugeschnitten, weshalb wiederum die entsprechenden

⁶⁴⁹ Bsp. bei Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 11, die den Schaden ersetzen will, der sich daraus ergibt, dass das berufliche Fortkommen oder der Berufseintritt durch die Diskriminierung verzögert. Zur Berechnung eines in Zukunft aus dem Unfallereignis entstehenden Schadens hinsichtlich Vergütung aus dem Ausbildungsverhältnis z. B. *BGH* v.06.06.2000, NJW 2000, 3287 f.

⁶⁵⁰ Vgl. KR/*Spilger*, § 10 KSchG Rn. 23 ff.

⁶⁵¹ *BAG* v. 14.11.1967, AP Nr. 13 zu § 826 BGB= BB 1968, 41; *Bauer/Krieger*, BB Beilage 2004, Nr. 6 S. 20 (23); *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2581 (2589).

⁶⁵² Beispiele bei *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil, § 9 Rn. 58.

⁶⁵³ So Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 13; *Treber*, NZA 1998, 858.

⁶⁵⁴ Vgl. Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 14.

Kündigungsschutznormen hinzugezogen werden müssen⁶⁵⁵.

Die Gerichte können daher die Regelungen zum Kündigungsschutz bei der Bemessung des Schadens allenfalls als gedachten Maßstab bei der individuellen Schadensbestimmung heranziehen, da keine gesetzliche Obergrenze existiert und wegen des Zieles des vollständigen Ausgleichs auch nicht existieren darf⁶⁵⁶. Eine entsprechende Anwendung ist aber sicherlich nicht möglich, da der Zweck der Kündigungsschutznormen ein ganz anderer ist.

Bezüglich der Anknüpfung an bestimmte Summen stellt aber auch § 15 II AGG klar, dass derjenige Bewerber, der die Stelle ohnehin nicht bekommen hätte, bei der Entschädigung eine Begrenzung auf drei (fiktive) Monatsgehälter hinnehmen muss⁶⁵⁷. Wenn § 15 II AGG selbst damit diese Grenze als festen Maßstab benennt, könnte man zu der Annahme kommen, dass dies auch für § 15 I AGG verbindlich sein muss.

Es ist allerdings nicht nachvollziehbar, warum diese Rechtsfolge dann so ausdrücklich für Abs. 2 festgelegt wurde und demgegenüber bei Abs. 1 nicht erwähnt wird. Der Aufbau der Norm spricht daher dafür, dass diese Regelung bei Art. 15 I AGG gerade nicht angewendet werden soll und daher auch der Sache nach keine Anwendung finden darf.

Es bleibt dabei, dass der Schadensersatz nach § 15 I AGG der Sache nach unbegrenzt gewährt werden muss und die Höhe des Monatsgehalt allenfalls ein Indiz für den materiellen Schaden im Einzelfall sein kann.

II. Entschädigungsanspruch – § 15 II AGG

1. Allgemeines

In § 15 II AGG ist normiert, dass auch der immaterielle Schaden in Form einer angemessenen Entschädigung ausgeglichen wird. § 15 II AGG ist eine Regelung, die sich zum Teil an § 15 I AGG anlehnt, weshalb hinsichtlich einiger Voraussetzungen auf § 15 I AGG zurück gegriffen werden kann. § 15 II AGG stellt mit seiner eindeutigen Begrenzung auf den Ersatz des immateriellen Schadens eine Spezialnorm gegenüber § 253 BGB dar⁶⁵⁸. Diese Option ist vor allem für die Bewerber interessant, die nicht bestqualifiziert waren und somit kaum einen materiellen Schadensersatz geltend machen können, weil sie die Stelle auch unter Beachtung der Grundsätze des Diskriminierungsschutzes nicht bekommen hätten⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ Trotzdem: ArbG Osnabrück vom 05.02.2007, AiB 2007, 302-304, und Parallelentscheidung vom selben Tag, NZA 2007, 626-629, wonach das AGG auf Kündigungen anwendbar ist.

⁶⁵⁶ Dieser Ansicht auch *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2581 (2589); *Bauer/Evers*, NZA 893 (895).

⁶⁵⁷ Hierzu später im Rahmen des Anspruches aus § 15 II AGG, siehe Zweiter Teil B. II 3. b).

⁶⁵⁸ Siehe Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 4.

⁶⁵⁹ Vgl. Z. B. *Raab*, DStR 1999, 854 (856).

Der Gesetzgeber hat beide Ansprüche bewusst so ausgestaltet, dass sie nebeneinander stehen und jeweils selbstständige Anspruchsgrundlagen darstellen. Dies ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass in Absatz 3 auf Ansprüche alternativ aus Absatz 1 oder Absatz 2 verwiesen wird⁶⁶⁰. Welche Konsequenzen das hat, wird sich bei der Prüfung der Voraussetzungen des Anspruches zeigen.

2. Voraussetzungen für Entschädigung

a) Vorliegen einer Benachteiligung

Voraussetzung des Entschädigungsanspruches ist, wie auch beim Schadensersatzanspruch, die Beeinträchtigung durch eine unrechtmäßige Diskriminierung. Der Beschäftigte muss herabgewürdigt worden sein oder seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt müssen nur auf Grund eines der im AGG genannten Diskriminierungsmerkmale eingeschränkt worden sein⁶⁶¹. Erfasst werden dabei alle Formen von psychischer Beeinträchtigung, die durch die diskriminierende Handlung verursacht wurden. Anknüpfungspunkt ist in solchen Fällen die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die jedoch auch eine gewisse Intensität erfordert⁶⁶². Dies ergibt sich nicht nur aus der Normgeschichte in Deutschland, sondern auch aus den Richtlinien, die sich maßgeblich auf das Persönlichkeitsrecht des Unionsbürgers stützen und die Würde des Menschen verstärkt schützen wollen⁶⁶³.

b) Schaden

Es stellt sich die Frage, ob ein tatsächlicher Schaden des Persönlichkeitsrechts Anspruchsvoraussetzung ist oder an das bloße diskriminierende Handeln angeknüpft werden kann.

Das Problem liegt darin, dass eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht immer in einer solchen Intensität vorliegt, dass auch ein immaterieller Schaden dadurch gegeben ist⁶⁶⁴. Bei einer mittelbaren Diskriminierung steht beispielsweise nicht die diskriminierte Person selbst im Mittelpunkt, weil das diskriminierende Handeln gar nicht zielgerichtet auf einen bestimmten Menschen war⁶⁶⁵. In diesen Fällen liegt größtenteils, ähnlich wie im Falle der „auch-diskriminierenden“ Kündigung, gar kein immaterieller Schaden vor: Eine mittelbare Benachteiligung würdigt nicht die *einzelne* Person herab, sondern führt zu – meist finan-

⁶⁶⁰ So Schiek/Kocher, AGG, § 15, Rn. 26; dazu auch Bauer/Evers, NZA 2006, 896; Wisskirchen, DB 2006, 1498.

⁶⁶¹ Vgl. Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 519.

⁶⁶² Siehe dazu Münchener Kommentar AGG/Thüsing, § 15 Rn. 8 f.; a. A. Däubler/Bertzbach/Deinert, AGG, § 15 Rn. 47; für § 611a BGB noch Kandler, Sanktionsregelungen, S. 149 ff.

⁶⁶³ So z. B. zu Schutzbereich der Richtlinie 2000/78/EG in Bezug auf Behinderungen schon das ArbG Berlin vom 13.07.2005, NZA-RR 2005, 608 (613).

⁶⁶⁴ Vgl. Münchener Kommentar AGG/Thüsing, § 15 Rn. 8 f.

⁶⁶⁵ Vgl. Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 519.

ziellen – Schäden einer ganzen *Personengruppe*. So ist es z. B. bei ungleichem Entgelt, weil hier einer Gruppe von Personen ein materieller Schaden im Vergleich zu besser bezahlten Mitarbeitern besteht⁶⁶⁶.

Auch § 15 II AGG darf also nicht zu weit ausgedehnt werden: Nicht in jedem Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung muss eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegen, die Entschädigungsansprüche nach § 15 II AGG auslöst⁶⁶⁷. Dies bestätigt auch die Rechtsprechung des BAG bezüglich des alten § 611 a BGB⁶⁶⁸, die Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stets nur an unmittelbare Diskriminierungen knüpfte.

§ 15 II AGG ist allerdings entgegen dieser einschränkenden Sichtweise so weit formuliert, dass man allein nach Lektüre des Wortlautes auch zu dem Ergebnis kommen könnte, dass eine konkrete Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gar nicht zwangsläufig vorliegen muss: Die Norm lässt sich auch so verstehen, dass allein der Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung ausreicht, um Entschädigungsansprüche zu begründen⁶⁶⁹.

Für diese weite Anwendung könnte in der Tat sprechen, dass die europäischen Vorgaben stark an das Handeln und Verhalten des Diskriminierenden anknüpfen, wenn es um die Bemessung von verhältnismäßigen, wirksamen und abschreckenden Sanktionen geht.

Diese extrem ausufernde Sicht kann aber im Ergebnis nicht bestätigt werden: Zur Geltendmachung von Schadensersatz und Entschädigung ist immer auch eine konkrete Rechtsverletzung notwendig. Eben dies unterscheidet die Ansiedlung des Antidiskriminierungsrechts im Zivilrecht von den Möglichkeiten im Strafrecht. Ein tatsächlich vorliegender immaterieller Schaden des Anspruchstellers ist also Voraussetzung für einen Anspruch.

Es existiert aber zugunsten des Beschwerden eine Beweiserleichterung hinsichtlich dieses Schadens, weil bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot schon eine Vermutung für das Vorliegen eines immateriellen Schadens spricht. Das bedeutet, dass es dem Arbeitgeber auferlegt wird, das Nichtvorliegen eines Schadens zu beweisen. Dies wird in der Regel kaum gelingen, weil der positive Gegenbeweis eines immateriellen Schadens schwer nachweisbar ist. Deshalb wird es auch kaum möglich sein, die mittelbare Diskriminierung konsequent auszunehmen⁶⁷⁰. An die Form der mittelbaren Diskriminierung hat der EuGH bei seiner Rechtsprechung möglicherweise gar nicht gedacht, als er festlegte, dass ein immaterieller Schaden

⁶⁶⁶ Dazu *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 521.

⁶⁶⁷ Dazu *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 520. Anders *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG § 15 Rn. 36, die davon ausgehen, dass ein immaterieller Schaden unwiderleglich vermutet wird.

⁶⁶⁸ *BAG v. 14.03.1989 – 8 AZR 447/87*, AP BGB § 611a Nr. 5 und *BAG v. 14.03.1989 – AZR 351/86*, AP BGB § 611a Nr. 6.

⁶⁶⁹ Hierzu *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 AGG Rn. 34; auch *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 50 ff.

⁶⁷⁰ So aber Vorschlag von *Thüsing*, Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 8.

verschuldensunabhängig ausgeglichen werden soll⁶⁷¹. Diese Tatsachen sprechen für einen weiten Schadensbegriff, den im Einzelfall der Richter genauer eingrenzen muss. Er lehnt sich an das allgemeine Persönlichkeitsrecht an, wird aber leichter bejaht werden können. Wie die Entschädigung bemessen wird, wird dann beim Umfang der Entschädigung zu überlegen sein.

c) Kein Verschulden

Ein „Vertretenmüssen“ dagegen setzt § 15 II AGG seinem Wortlaut nach nicht voraus, worin er sich damit von § 15 I AGG dem Wortlaut nach unterscheidet⁶⁷².

In Zusammenschau mit der Regelung des § 15 I AGG wird teilweise vertreten, dass Absatz 2 als Rechtsfolgenregelung formuliert ist: Einige Vertreter der Ansicht, dass § 15 I AGG ein Verschulden voraussetzt, gehen daher davon aus, dass auch § 15 II AGG ein Verschulden voraussetze⁶⁷³. Begründet wird diese Ansicht damit, dass primäre Ansprüche nach dem AGG verschuldensunabhängig auf Unterlassen und Beseitigung der Beeinträchtigung gerichtet seien, hingegen Schadensersatz und Entschädigung ein Verschulden verlangten⁶⁷⁴. Denn auch die Entschädigung diene dem Ersatz eines Schadens, wenn auch des Nichtvermögensschadens. Bei einer anderen Deutung sei die Regelung in sich nicht stimmig, weil ansonsten der immaterielle Schaden leichter als der materielle Schaden ersetzbar wäre⁶⁷⁵. Die Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass selbst die Gesetzesbegründung, die das Gegenteil aussagt, nicht zu einem anderen Ergebnis führen könne⁶⁷⁶: Die Gesetzesbegründung beruhe auf unvollständigen und fehlerhaft umgesetzten Vorschlägen. Deshalb handele es sich bei der Begründung nur um ein gesetzestechnisches Versehen⁶⁷⁷.

Dieser Ansicht muss aus einer europarechtsfreundlichen Perspektive jedoch wiederum entgegen gehalten werden, dass das Gesetz ausweislich der Gesetzesbegründung der Umsetzung europäischer Vorgaben dienen sollte. Die Einordnung als bloße Rechtsfolgenregelung wäre aber in keinem Fall europarechtskonform, was auch der deutsche Gesetzgeber bereits in seiner Gesetzesbegründung erkennen lässt: Er will darin ausdrücklich festlegen, dass kein Verschuldenserfordernis für den immateriellen Entschädigungsanspruch existieren soll⁶⁷⁸. Der Anspruch darf kein Verschulden des Arbeitgebers voraussetzen, wenn er europarechtskonform

⁶⁷¹ So z. B. *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2582).

⁶⁷² Vgl. z. B. *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 58; *Steinkühler*, AGG, Rn. 362 ff.

⁶⁷³ Z. B. *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 275; Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 5.

⁶⁷⁴ So z. B. *Schreier*, JuS 2007, 308 und 312.

⁶⁷⁵ So argumentiert auch *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3 (15).

⁶⁷⁶ BT-Drucksache 15/4538 S. 35 f.

⁶⁷⁷ Dazu umfassend Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 5.

⁶⁷⁸ BT-Drucksache 16/1780, S. 40; so auch Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 5 f.

so ausgelegt werden muss, wie die *Draehmpaehl*-Entscheidung⁶⁷⁹ es verlangte⁶⁸⁰. Dass dies vom Gesetzgeber auch gewollt war, zeigt zudem die vollständige Geschichte des AGG: Noch im ADG-E wurde Verschulden ausdrücklich in Absatz 4 nur für den Schadensersatz verlangt. Die Entschädigungsregelung ist verschuldensunabhängig in Absatz 1 zu finden. Da das AGG gegenüber der Regelung des ADG-E kaum Änderungen erfahren hat, ist die bloße Umstellung der Absätze im Sinne einer europarechtskonformen Auslegung nicht als Änderung der Voraussetzungen zu werten.

Jede andere Auslegung würde auch den einmal durch § 611a BGB geschaffenen Schutz gegen Diskriminierungen wieder aushebeln, was bereits ausweislich des Absenkungsverbot des EG nicht möglich wäre: Einmal gewährter Schutz darf nicht wieder genommen werden, wenn eine Richtlinie neu umgesetzt wird. Im Übrigen wäre ein solches Vorgehen auch richtlinienwidrig, weshalb es eines Verweises auf das Absenkungsverbot eigentlich gar nicht bedarf⁶⁸¹. Dem kann auch keineswegs entgegen gehalten werden, dass § 611a BGB schon gar keine Unterscheidung zwischen materiellem und immateriellem Schaden entnommen werden konnte⁶⁸². Denn diese mangelnde Differenzierung war ausschließlich darauf zurück zu führen, dass das europäische Recht auch nicht eindeutig zwischen diesen Begriffen unterschied. Trotzdem erfasste § 611a BGB ausweislich seiner historischen Entwicklung und im europäischen Kontext beide Schadensformen. Absatz 2 muss den Vorgaben entsprechend allenfalls als eine Rechtsfolgenregelung im haftungsausfüllenden Sinne betrachtet werden⁶⁸³. Allein die Zurechenbarkeit kann damit ausschlaggebend sein⁶⁸⁴.

Weil die Gesetzesbegründung sich an diese Vorgaben hält, kann sie auch keinesfalls als Versehen gewertet werden. Vielmehr muss die Umsetzung des Gesetzes dann hinsichtlich des Verschuldenserfordernisses in Absatz 1 als Versehen betrachtet werden. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass jede unmittelbare Benachteiligung auch einer verschuldensunabhängigen Sanktion ausgesetzt ist⁶⁸⁵. Wie oben gesagt, ist es zudem notwendig, § 15 Absatz 2 AGG losgelöst von Absatz 1 zu betrachten. In jedem Falle einer irgendwie verursachten Diskriminierung kann damit erfolgreich ein Anspruch aus § 15 II AGG geltend gemacht werden⁶⁸⁶.

⁶⁷⁹ *EuGH* v. 22.04.1997, NZA 1997, 645 ff. = *EuGH* RS C-180/95 / DB 1997, 983 ff. (*Draehmpaehl*).

⁶⁸⁰ Dazu *Richardi*, NZA 2006, 881 (885).

⁶⁸¹ So aber *Schiek/Kocher*, AGG, § 15, Rn. 27.

⁶⁸² So aber *Erfurter Kommentar/Schlachter*, § 15 AGG Rn. 6; ebenso kritisch *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3 (15).

⁶⁸³ Dazu *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 31.

⁶⁸⁴ Zur Nähe zu § 611 a BGB siehe BT-Drucksache 16/1780, S. 38.

⁶⁸⁵ So *Erfurter Kommentar/Schlachter*, § 15 AGG Rn. 2.

⁶⁸⁶ So nun auch *LArbG Berlin-Brandenburg* v. 05.12.2007, Az.: 24 Sa 1684/07.

d) Kausalität

Eine haftungsausfüllende Kausalität ist auch im Rahmen des Absatzes 2 Voraussetzung für die Haftung, weshalb auch konkret zu benennen ist, woraus sich der immaterielle Schaden ergibt⁶⁸⁷.

3. Umfang des Entschädigungsanspruches

a) Allgemeines

§ 15 II AGG ist Rechtsgrundlage für die Forderung einer „billigen Entschädigung“. Diese Entschädigung wird als Ausgleich für immaterielle Schäden gewährt, die materiell nicht fassbar sind. Deshalb findet im Sinne des § 253 I BGB eine Zahlung von Geld statt⁶⁸⁸. Ersetzt wird der immaterielle Schaden. Ein solcher immaterieller Schaden ist ein Schaden, der nicht in Geld gemessen werden, aber durch Geld als Äquivalent ersetzt werden kann, obwohl streng genommen keine materiellen Einbußen bestehen⁶⁸⁹. Das Gesetz enthält keinerlei Anhaltspunkte dafür, wie hoch ein Entschädigungsanspruch sein soll. Das Gesetz verlangt nur, dass sie „angemessen“ sein muss⁶⁹⁰. § 15 AGG verwendet damit unbestimmte Rechtsbegriffe. Dies stellt sich in der Praxis aber als äußerst schwierig dar: Welche Höhe der Entschädigungsanspruch genau hat, müssen im Einzelfall die Arbeitsgerichte bestimmen⁶⁹¹. Die Gerichte haben so jedoch die Möglichkeit, jedem Einzelfall gerecht zu werden. Bei der Bemessung des immateriellen Schadens muss zunächst das verletzte immaterielle Rechtsgut ermittelt werden⁶⁹². Nach herkömmlichem Verständnis ist dies das Persönlichkeitsrecht⁶⁹³.

Ein durch Benachteiligungen entstandener Schaden kann also in der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegen, die jedoch in vielen Fällen objektiv nicht gegeben sein wird⁶⁹⁴, weil z. B. von vorn herein keine Chance auf den Erhalt der Stelle bestand oder der Eingriff in die Integrität des Diskriminierungsopfers nicht so schwerwiegend ist⁶⁹⁵.

⁶⁸⁷ Dazu Schiek/*Kocher*, AGG, § 15 Rn. 40. A. A. etwa Däubler/Bertzbach/*Deinert*, AGG, § 15 Rn. 51, der davon ausgeht, dass jede Benachteiligung den tatbestandlichen Erfolg der Persönlichkeitsrechtsverletzung beinhaltet.

⁶⁸⁸ Zu § 15 II AGG als Sondervorschrift i. S. d. § 253 I BGB siehe *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 AGG Rn. 34, Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 5; *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1496).

⁶⁸⁹ Vgl. *Stoll*, Gutachten zum 45. Deutschen Juristentag, S. 131; Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 8.

⁶⁹⁰ BT-Drucksache 16/1780, S. 38 spricht insofern von einem „notwendigen Bewertungsspielraum, um die Besonderheiten jedes einzelnen Falles zu berücksichtigen“; vgl. auch Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 8; *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1498).

⁶⁹¹ So ist es nun auch in einem ersten Urteil zur Altersdiskriminierungen des ArbG Frankfurt geschehen, ArbG Frankfurt v. 29.05.2007, Az.: 11 Ca 8952/06, DSB 2007, Nr 9, 20 (red. Leitsatz). Gegen das Urteil wurde Berufung eingelegt beim LAG Frankfurt unter dem Az. 17 Sa 1028/07.

⁶⁹² Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 193 f.

⁶⁹³ So *Annuß*, NZA 1999, 738 (740).

⁶⁹⁴ Dazu *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 194 f.; a. A. aber Schiek/*Kocher*, AGG, § 15 Rn. 32; *Raab*, DStR 1999, 854 (856); vgl. auch *Pfarr*, RdA 1995, 204 (209).

⁶⁹⁵ Zustimmend Schiek/*Kocher*, AGG, § 15 Rn. 32.

b) Bemessungskriterien

Im Rahmen des § 15 II AGG wird davon ausgegangen, dass eine Art „normativer Schaden“⁶⁹⁶ entstanden ist, der ersetzt werden muss. Die Kriterien, nach denen die Höhe zu bestimmen ist, ähneln denen, die auch bei § 253 II BGB angewendet werden. Dies sind Grad des Verschuldens, die Schwere und Art der Beeinträchtigung, die Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessen des Bewerbers sowie Anlass und Beweggründe für das Handeln des Arbeitgebers⁶⁹⁷. Auch ein eventuelles Mitverschulden des Arbeitnehmers kann berücksichtigt werden⁶⁹⁸.

Insbesondere gibt es keine gesetzlich festgelegte Mindesthöhe⁶⁹⁹. Die Entschädigungssumme muss jedoch Schwere, Natur und Umfang der Beeinträchtigung und außerdem das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis einer abschreckenden Wirkung der Sanktion widerspiegeln⁷⁰⁰. So ergibt sich ein Zusammenspiel verschiedener Faktoren, die letztlich zur Berechnung der Höhe führen⁷⁰¹. Dabei sind auch die tatsächlich eingetretenen Schäden zu berücksichtigen, etwa, wenn es sich um besonders schwerwiegende Beeinträchtigungen handelt. Eine rein symbolische Entschädigung reicht daher nicht aus⁷⁰².

Folgende Erwägungen sind in die Überlegungen zur Höhe der Entschädigung mit einzubeziehen und miteinander abzuwägen: Ist der Arbeitgeber bereits zum Ausgleich des materiellen Schadens verpflichtet, kann sich dies auch auf die Höhe der Entschädigung auswirken. Ebenso ist das Bedürfnis nach einer besonderen Genugtuung vermindert, wenn der benachteiligte Arbeitnehmer bereits eine Genugtuung für das erlittene Unrecht unabhängig vom Arbeitgeber erhalten hat oder der Arbeitgeber bereits versucht hat, den Schaden wieder gutzumachen⁷⁰³. Nach dem AGG wird der Eintritt eines immateriellen Schadens unwiderleglich vermutet. Darauf, dass der Arbeitgeber sich auch wirklich diskriminiert fühlt, kommt es daher gar nicht an. Ist jedoch eine Benachteiligung geltend gemacht, so darf die Schwere der Verletzung mitberücksichtigt werden⁷⁰⁴. Auf den Grad des Verschuldens darf daher auch abgestellt werden. So ist durchaus zu berücksichtigen, ob Vorsatz, Absicht, leichte Fahrlässigkeit oder auch gar

⁶⁹⁶ Dieser Begriff taucht bei *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 193, gestützt auf *Larenz*, Schuldrecht I, S. 462 f., auf.

⁶⁹⁷ So nun auch ArbG Frankfurt v. 29.05.2007, Az.: 11 Ca 8952/06, DSB 2007, Nr 9, 20 (red. Leitsatz). Dazu auch Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 13.

⁶⁹⁸ *Däubler/Bertzbach/Deinert*, § 15 AGG, Rn. 68; Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 13.

⁶⁹⁹ Anderer Ansicht dagegen *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 42, die eine indirekte Mindesthöhe durch die Orientierung am Monatsgehalt in S. 2 vermuten.

⁷⁰⁰ BAG v. 05.02.2004, NJW 2004, 2112=BAGE 109, 265; *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 31; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 65. Auflage 2006, § 611a Rn. 19.

⁷⁰¹ Siehe *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG § 15 Rn. 34 ff.

⁷⁰² Vgl. *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 38.

⁷⁰³ *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG § 15 Rn. 36 nennen als Beispiel die Berichterstattung in Funk und Fernsehen, psychologische Betreuungsangebote des Arbeitgebers oder auch öffentliche oder persönliche Entschuldigungen.

⁷⁰⁴ So *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG § 15 Rn. 36, siehe auch oben.

kein Verschulden gegeben sind⁷⁰⁵. Aus § 15 II 2 AGG ergibt sich zudem, dass der Gesetzgeber auch für die Entschädigungssumme die Höhe der Vergütung als geeigneten Anknüpfungspunkt angesehen hat⁷⁰⁶.

Insbesondere die Berücksichtigung des materiellen Schadens könnte zu der Annahme verleiten, dass hier auch wieder gegen das europäische Verschlechterungsverbot verstoßen wird, da der materielle Schaden nicht doppelt - also einmal für Absatz 1 und nochmals bei Absatz 2 - berücksichtigt würde⁷⁰⁷. Allerdings kann dieses Problem mit dem Argument gelöst werden, dass einerseits eine zugesprochene Entschädigung, die auch den materiellen Schaden berücksichtigen muss, schadensmindernd für den Anspruch nach Abs. 1 zu berücksichtigen ist, andererseits aber auch der materiell voll ausgeglichene Schaden nach Abs. 1 mindernd für die Entschädigung aus Abs. 2 zu berücksichtigen ist⁷⁰⁸. Beide Ansprüche müssen demnach in ein Gleichgewicht gebracht werden und hängen in gewisser Weise voneinander ab.

Trotz § 2 IV AGG kann nach einer Literaturansicht eine Entschädigung unter Umständen auch im Falle einer ausschließlich auf diskriminierenden Gründen beruhenden Kündigung in Betracht kommen⁷⁰⁹.

c) Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers

Unter den besonders vom EuGH anhand der Richtlinien geforderten Präventionsaspekten muss die Höhe der Entschädigung eine Abschreckungswirkung erzielen. Insoweit sind auch „täterspezifische Gesichtspunkte“ zu beachten⁷¹⁰. Unter bestimmten Voraussetzungen darf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers daher bei der Bemessung ebenfalls mit einbezogen werden. Jedenfalls für Ansprüche nach § 253 BGB ist dies – ebenso wie die wirtschaftliche Lage des Geschädigten - bejaht worden⁷¹¹. Trotzdem soll uferlosen Entschädigungsansprüchen dadurch entgegen gewirkt werden, dass das Verhältnis zu Ansprüchen auf Schmerzensgeld oder wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewahrt werden soll. Auch bei besonders leistungsfähigen Anspruchsgegnern soll deshalb eine Höchstgrenze nicht überschritten werden⁷¹². Nicht in die Bemessung des immateriellen Schadens an

⁷⁰⁵ Vgl. *Deinert*, AiB 2006, 741 (743).

⁷⁰⁶ Laut *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG § 15 Rn. 36 ist es jedoch schwierig, einzusehen, warum die Benachteiligung z. B. einer Putzfrau weniger kosten soll als die einer Investmentbankerin.

⁷⁰⁷ Dieses Problem sehen *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 10.

⁷⁰⁸ So die Lösung von *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 11.

⁷⁰⁹ Dies vertreten *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2007, 887 (890).

⁷¹⁰ Formulierung bei *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 37.

⁷¹¹ So *Soergel/Raab*, BGB, § 611a Rn. 54; *Staudinger/Annuß*, BGB, § 611a Rn. 100; *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitrecht, 3. Teil § 9 Rn. 67; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 524; a. A. aber *Zwanziger*, DB 1998, 1330 (1331).

⁷¹² Vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 36 sprechen insoweit von Obergrenzen, die den fünfstelligen Bereich nicht erreichen sollen.

sich einbezogen werden dürfen dagegen die materiellen Lebensumstände des Geschädigten⁷¹³. Grund für diese Betrachtungsweise ist folgender: Eine Entschädigung, die unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers bemessen würde, wäre nicht geeignet, leistungsstarke Arbeitgeber von sozialschädlichem Verhalten abzuhalten.

Kritisch zu betrachten ist allerdings, dass dann demjenigen Arbeitnehmer, der durch einen weniger leistungsstarken Arbeitgeber geschädigt wurde, weniger Ersatz zukommt als einem solchen, der die Diskriminierung durch einen besonders vermögenden Arbeitgeber erfährt. Hiermit wäre dann ausschließlich dem Sanktionszweck gedient, das Schadensrecht in seiner ursprünglichen Gestalt aber sehr verfremdet⁷¹⁴.

Das Gebot der Abschreckung spricht außerdem dafür, dass es entbehrlich ist, den Schadensumfang exakt zu beziffern⁷¹⁵. Vielmehr kann die Höhe durch das Gericht analog § 187 ZPO geschätzt werden⁷¹⁶. In jedem Fall muss die Gewährung der Entschädigungssumme in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen⁷¹⁷. Dies spricht dafür, dass die Obergrenze der drei Monatsgehälter auch als Anhaltspunkt für andere Ungleichbehandlungen außer bei der Einstellung gilt⁷¹⁸. Die Höhe des Monatsgehaltes ist dabei allerdings eine eher verwirrende Grenze - sofern es nicht um Bewerber geht, die unter § 15 II 2 AGG fallen - weil ein immaterieller Schaden schwerlich an Verdienstmöglichkeiten bemessen werden kann und damit andere Kriterien zum Maßstab genommen werden müssen. Denn ein stärkerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht als die Nichteinstellung aufgrund der eigenen Person ist z. B. auch in Fällen der (sexuellen) Belästigung denkbar.

Herangezogen können hier z. B. die Urteile im Bereich der Schmerzensgeldbeträge oder solche wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sofern Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot mit z. B. Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit oder Persönlichkeitsrechtsverletzungen vergleichbar sind⁷¹⁹. Insofern hat die Rechtsprechung ausgeführt, dass es dem Grundgesetz und dem hohen Ansehen des Schutzes der Persönlichkeit angemessen ist, wenn eine Verletzung der Persönlichkeit auch eine dieser Verletzung adäquate Sanktion auslöst. Hierzu sei eine Geldentschädigung geeignet⁷²⁰.

Die Summe, die bei einer Ungleichbehandlung droht, muss prinzipiell dazu führen, dass die Diskriminierung unwirtschaftlich wird und der Arbeitgeber zur Vermeidung unnötiger Kosten die Diskriminierung vermeiden und unter Umständen sogar Gegenmaßnahmen ergreifen

⁷¹³ Siehe *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 524.

⁷¹⁴ Vgl. *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (337).

⁷¹⁵ So *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 522.

⁷¹⁶ Siehe *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 32.

⁷¹⁷ BT-Drucksache 16/1780, S. 38; *Besgen*, B+P 2006, Beihefter Nr. 1 zu Heft 8, S. 8.

⁷¹⁸ So *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 523.

⁷¹⁹ Siehe *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 38; kritisch dagegen *Kern*, NZA 2000, 124 ff.

⁷²⁰ *BGH* v. 19.09.1961 – VI ZR 259/60 BGHZ 35, 363 (*Ginseng*).

wird⁷²¹. In diesem Sinne führt auch ein solches ökonomisch-rationales Verhalten zu einem ausreichenden Vermeidungsaufwand, weil es wirtschaftlicher ist, nicht das Gesetz zu brechen⁷²². Dies richtet sich damit aber auch nach der individuellen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Arbeitgebers und kann nicht pauschal z. B. auf mindestens drei Monatsgehälter festgesetzt werden⁷²³.

Die gewährte Entschädigung darf nicht unverhältnismäßig sein oder den Arbeitgeber und sein Unternehmen in seiner Existenz bedrohen. Dennoch hat der EuGH das Summenbegrenzungsverfahren für den Fall, dass mehrere Betroffene Ersatz verlangen, für europarechtswidrig erklärt⁷²⁴. Lediglich das Sanktionsinteresse könne hier im Einzelfall geringer sein⁷²⁵. Auch dies spricht aber dafür, dass die Höhe der Entschädigung maßgeblich vom Täter ausgehend bestimmt werden muss⁷²⁶.

d) Besonderheit der Höhenbegrenzung

Einzig im Falle der Einstellungsdiskriminierung, wenn also ein Bewerber eine Stelle auf Grund diskriminierender Aspekte nicht erhält, setzt das Gesetz eine Obergrenze von drei Monatsgehältern fest, sofern der Bewerber die Stelle auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht bekommen hätte⁷²⁷. Die Höchstgrenzen orientieren sich am (fiktiven) Monatsgehalt des betroffenen Arbeitnehmers⁷²⁸. Allerdings gelten sie nur im Falle einer Nichteinstellung auf Grund der Diskriminierung, wenn sicher ist, dass der Arbeitnehmer auch ohne eine Diskriminierung den Arbeitsplatz nicht bekommen hätte. Dass der Bewerber auch ohne die Diskriminierung nicht eingestellt worden wäre, ist durch den Arbeitgeber zu beweisen⁷²⁹.

Eine Begrenzung ist z. B. gemäß Art. 6 II der „alten“ Richtlinie 76/207/EWG generell zulässig. Bereits in der Diskussion um § 611a BGB wurde durch die deutsche und die europäische Rechtsprechung festgestellt, dass Höchstgrenzen in bestimmten Fallkonstellationen zulässig sind⁷³⁰. Diese Differenzierung unterscheidet zwischen Bewerbern, die ohne die Diskriminie-

⁷²¹ Vgl. Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 39.

⁷²² Dazu Ott/Schäfer, Ökonomische Analyse, S. 132 ff., die auch vorschlagen, der Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung der Ansprüche einen ökonomischen Wert beizumessen, S. 152; Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 39.

⁷²³ A. A. Däubler/Bertzbach/Deinert, AGG, § 15 Rn. 83; Vorschläge auch bei Zwanziger, DB 1998, 1330 (1331) noch zu § 611a BGB.

⁷²⁴ Vgl. dazu Däubler/Bertzbach/Deinert, AGG, § 15 Rn. 60 ff.

⁷²⁵ EuGH v. 22.04.1997, EuGH RS C-180, Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839=NZA 1997, 645 ff. DB 1997, 983 ff. (Draehmpaehl).

⁷²⁶ Beispiele z. B. bei Rust/Falke/Bücker, AGG, § 15 Rn. 39 – Verletzungen nach § 7 AGG vergleichbar mit Mobbingattacken mit gravierenden Folgen (z. B. 20.000 Euro nach Wickler, AuR 2004, 91).

⁷²⁷ Siehe Bauer/Krieger/Göpfert: AGG, § 15 Rn. 36; Erfurter Kommentar/Schlachter, § 15 AGG Rn. 8.

⁷²⁸ Zur Herleitung der Bemessensgrößen z. B. Wendeling-Schröder, DB 1999, 1012 (1015); Zwanziger, DB 1998, 1330 (1331).

⁷²⁹ Zur Beweislast EuGH v. 22.04.1997, NZA 1997, 645 = NJW 1997, 1839 (1840) (Draehmpaehl).

⁷³⁰ Dazu z. B. Erfurter Kommentar/Schlachter, § 15 AGG Rn. 8 mit Verweis auf EuGH v. 22.04.1997, Rs. C-180/95, NZA 1997, 645 = NJW 1997, 1839 (Draehmpaehl).

rung einen Arbeitsplatz bekommen hätten und solchen, die auch ohne die schädigende Handlung keinen Arbeitsplatz erhalten hätten, weil ein anderer Bewerber besser qualifiziert war. Denn ein Bewerber der ersten Gruppe hat nur den Schaden erlitten, der aus der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung folgt, während der Bewerber aus der zweiten Gruppe einen Schaden erlitten hat wegen der gewollten, objektiv fehlerhaften Beurteilung seiner Unterlagen⁷³¹. Diese Differenzierung erscheint nicht unangemessen, da sie für ungleiche Sachverhalte jeweils angemessene Lösungen bietet. Sie ist daher als europarechtskonform zu bewerten⁷³². Der Arbeitgeber hat allerdings zu beweisen, dass er den besser qualifizierten Bewerber eingestellt hat⁷³³.

§ 15 II 2 AGG entspricht im Übrigen der Regelung des § 611a III 1 BGB. Daher kann davon ausgegangen werden, dass auch hier zu unterscheiden ist zwischen solchen Bewerbern, die einen echten Schadensersatzanspruch geltend machen, weil sie bei diskriminierungsfreier Auswahl den Arbeitsplatz bekommen hätten und solchen Bewerbern, die allenfalls immaterielle Schäden wegen des diskriminierenden Verhaltens geltend machen können⁷³⁴. Im Verfahren *Draehmpaehl* wurde zwar zunächst noch eingewendet, dass solche Höchstgrenzen im sonstigen innerstaatlichen Recht nicht auffindbar seien und daher diese Regelung Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nicht so sanktioniere, wie andere vergleichbare Verstöße gegen das innerstaatliche Recht. Diese Ansicht wurde aber seitens der Bundesrepublik Deutschland entgegen gehalten, dass Höchstgrenzen durchaus bekannt seien, und zwar im Arbeitsrecht konkret in §§ 9, 10 KSchG, deren Bezugsgröße, das Monatsgehalt, explizit auch auf das Antidiskriminierungsrecht übertragen wurde⁷³⁵. Die Begrenzung sei vor allem auch deshalb zwingende Konsequenz, weil es sich bei Arbeitsverhältnissen um Schuldverhältnisse mit Dauercharakter handele, bei denen der Schadensersatzanspruch grundsätzlich auf die Zeit bis zum nächsten Kündigungstermin beschränkt sei⁷³⁶. Es wurde zunächst bezweifelt, ob die §§ 9, 10 KSchG überhaupt als Vergleichsnormen bei Höchstgrenzen im Antidiskriminierungsrecht herangezogen werden dürften⁷³⁷. Die Normen zum Kündigungsschutz, der auch sehr eng mit

⁷³¹ So *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 75 gestützt auf *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 14/83 (v. *Colson und Kamann*), Slg 1984, 1891 (1908).

⁷³² Siehe *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (338).

⁷³³ So *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 112.

⁷³⁴ Vgl. schon zu § 611a BGB *Kocher*, ArbuR 1998, 221 (222); zu dem Erfordernis der Höchstgrenzen auch *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3 (15).

⁷³⁵ Vgl. DT-Drucks. 12/5468, S. 17 und 68; *Abele*, NZA 1997, 641 (642), der eine Vergleichbarkeit allerdings anzweifelt; *Hergenröder*, JZ 1997, 1174 (1175) dagegen bejaht vor dem Hintergrund der BAG-Rechtsprechung zur *Tierannahme*, BAGE 61, 209 (216)=JZ 1991, 43 (45) die Gemeinsamkeiten der Normen.

⁷³⁶ Siehe *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (260). Hiergegen wird wiederum angeführt, dass nicht nur tatsächliche Einkünfte der Bewerber und die künftige Entwicklung zu berücksichtigen wären, sondern auch, was ein Bewerber zu erwerben unterlässt. So *Kocher*, ArbuR 1998, 221 (222).

⁷³⁷ Diese Überlegung fußt darauf, dass der EuGH Höchstgrenzen nur für den Fall erlaubt hat, dass vergleichbare Regeln im nationalen Recht auch Höchstgrenzen festsetzen. Dazu *Raab*, DStR 1999, 854.

den Problematiken des Antidiskriminierungsrechts verbunden ist, sind allerdings die einzigen Normen, die als Vergleichsobjekte überhaupt in Frage kommen: Die Begrenzung folgt auch hier aus dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis, bei dem der eigentliche Schaden schwer zu bestimmen ist, weil sein Ende nicht genau voraussehbar ist. Es wird in diesen Fällen daher im Regelfall von einer Entschädigung in Höhe von drei Monatsgehältern auszugehen sein⁷³⁸.

Auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer eingestellt worden wäre, wird teilweise vertreten, dass es Beschränkungen geben kann. Unter Berücksichtigung des Europarechts sei ein Regelschadensersatz von 12 Brutto Monatsgehältern angemessen⁷³⁹. Dieser Ansicht muss jedoch entgegen gehalten werden, dass gerade der bestqualifizierte Bewerber besonders stark in seiner Ehre gekränkt wird, weil er einzig und allein wegen eines Diskriminierungsmerkmals nicht eingestellt wurde⁷⁴⁰.

Die Regelung, Schadensersatz und Entschädigung mit (fiktiven) Monatsgehältern zu bemessen, stößt allerdings auf Bedenken genereller Art, die mit dem Ausgleichsgedanken zu tun haben. Denn es kann nach Ansicht der Kritiker die Antwort auf die Frage, wie schwer ein Arbeitnehmer durch eine Ungleichbehandlung verletzt wird, nicht davon abhängig gemacht werden, wie viel er monatlich verdient hat oder verdient hätte. Abzustellen sei vielmehr auf die Höhe der Entschädigungen, die im Fall von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Zivilgerichte zugesprochen würden⁷⁴¹. Auch diesem Problem wird jedoch ein Lösungsweg entgegen gesetzt: Um die Diskriminierung von Geringverdienern nicht zu privilegieren, sei alternativ ein Betrag von 30.000 Euro anzusetzen⁷⁴². Begründet wird diese Ansicht damit, dass es eben nicht um einen materiellen Schadensausgleich gehe, sondern um die Sanktionierung eines Fehlverhaltens⁷⁴³. Aus diesen Erwägungen heraus müssten auch besonders geringfügige oder besonders schwere Verletzungen gesondert betrachtet werden, damit sie abweichend angemessen berücksichtigt werden können⁷⁴⁴.

Die Begrenzung ist aber aus den genannten Gründen vom EuGH schon gebilligt worden und stellt daher keinen Verstoß gegen das europäische Recht dar. Darunter fällt auch die Bemess-

⁷³⁸ So *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 70. Kritisch sieht dies *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 522, der davon ausgeht, die Regelung des § 611 a BGB sei unreflektiert übernommen worden, ebenso kritisch auch *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 45 ff.

⁷³⁹ Vgl. z. B. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 322.

⁷⁴⁰ So auch *Meinel/Heyn/Herms*, AGG § 15 Rn. 53.

⁷⁴¹ So *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 45 ff. mit Beispielen anhand von Schmerzensgeldtabellen und rechtsprechung; *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (339).

⁷⁴² Dies entspreche dem Durchschnittseinkommen von Arbeitnehmern, siehe *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 116.

⁷⁴³ So auch *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 47 ff.

⁷⁴⁴ Vgl. *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 116 m. w. Nw.

sung anhand fiktiver Monatsgehälter⁷⁴⁵. Die Bemessung ist daher nicht zu beanstanden, weshalb kein Raum für eine abweichende Auffassung verbleibt⁷⁴⁶.

III. Anwendung kollektiv-rechtlicher Vereinbarungen

Der Vollständigkeit halber soll in gebotener Kürze noch auf § 15 III AGG eingegangen werden. Werden danach durch den Arbeitgeber kollektiv-rechtliche Vereinbarungen angewendet, soll die Verpflichtung zur Entschädigungszahlung nur dann gelten, wenn der Arbeitgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat⁷⁴⁷. Die Norm gilt nur in Bezug auf § 15 II AGG und ist eine Einwendung gegen Ansprüche auf Entschädigungen⁷⁴⁸. Kollektiv-rechtliche Vereinbarungen sind tarifvertragliche Bestimmungen nach § 4 I TVG oder bei allgemein verbindlichen Tarifverträgen, sowie Betriebsvereinbarungen, die nach § 77 IV 1 BetrVG unmittelbare und zwingende Wirkung erhalten haben⁷⁴⁹. Dem Gesetzgeber ging es bei der Kodifizierung darum, dass die Rechtsfolgen bei Rechtsirrtümern wegen mangelnder Verantwortung milder zu bestimmen sein sollten⁷⁵⁰.

Die Privilegierung des Handelns auf Grund von Kollektivvereinbarungen widerspricht der Verschuldensunabhängigkeit bei der Haftung nach § 15 II AGG⁷⁵¹. Auch diese Vorschrift ist daher nicht anzuwenden, weil sie nicht dem europäischen Recht entspricht⁷⁵². Allein in Sonderfällen kann bei der Anwendung kollektiver Vereinbarungen die Entschädigung geringer ausfallen, weil die Hauptverantwortung für diese Regelungen den kollektiven Akteuren zuzuschreiben ist und daher von einer höheren Richtigkeitsgewähr auszugehen ist⁷⁵³. Eine Haftung der vertragsschließenden Tarifvertragsparteien bzw. Betriebsparteien wird dagegen weder durch das Europäische Recht gefordert noch durch das AGG begründet⁷⁵⁴.

⁷⁴⁵ Siehe *EuGH v. 22.04.1997*, Rs. C-180/95, NZA 1997, 645 (*Draehmpaehl*).

⁷⁴⁶ Vgl. dazu auch *ArbG Frankfurt v. 29.05.2007*, Az.: 11 Ca 8952/06, DSB 2007, Nr 9, 20 (red. Leitsatz).

⁷⁴⁷ Vgl. dazu *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 88 ff. Dazu kritisch *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (337).

⁷⁴⁸ BT-Drucks. 15/4538, 35. *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 50. Anders jedoch *Wiedemann*, RdA 2005, 199.

⁷⁴⁹ Nicht darunter fallen z. B. die arbeitsvertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrages oder kirchliche Allgemeine Arbeitsbedingungen, siehe *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 50; *BAG v. 08.06.2005*, EzA § 611 BGB 2002 - Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 6. Anders jedoch *Münchener Kommentar AGG/Thüsing*, § 15 Rn. 35; *Richardi*, NZA 2006, 881 (885).

⁷⁵⁰ Vgl. *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 90.

⁷⁵¹ Vgl. *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2005, 32 (35).

⁷⁵² Dieser Ansicht z. B. *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 93 ff.; *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 53; *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (337).

⁷⁵³ Dazu *Erfurter Kommentar/Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 10; *Münchener Kommentar AGG/Thüsing*, § 15 AGG Rn. 34 ff. *Wiedemann*, RdA 2005, 199.

⁷⁵⁴ Siehe *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 96; *Münchener Kommentar AGG/Thüsing*, § 15 Rn. 40.

IV. Fristen für die Geltendmachung beider Ansprüche

Wichtig für den Arbeitnehmer ist abschließend aus prozessualer Sicht, dass ein Anspruch auf Schadensersatz wegen materieller und immaterieller Schäden binnen einer Frist von zwei Monaten ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von dem diskriminierenden Ereignis geltend gemacht werden muss⁷⁵⁵. Diese Frist erscheint zwar recht kurz, macht aber die Geltendmachung von Ansprüchen keineswegs unmöglich⁷⁵⁶. Grund für die Frist ist, dass der Arbeitgeber nicht gezwungen sein soll, dass er Unterlagen über den Arbeitgeber im Rahmen einer sehr aufwändigen Dokumentationspflicht bis zum Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist aufbewahren muss. Diese Unterlagen sind für ihn vor allem dort wichtig, wo es gemäß § 22 AGG um Beweislastfragen geht⁷⁵⁷. Schließlich soll auch hier möglichst schnell Rechtsfriede geschaffen werden. Die ebenfalls kurzen Verjährungsfristen in § 4 KSchG und § 17 TzBfG entsprechen dem dringenden Klarstellungsbedürfnis über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses, was beim AGG zwar nicht geschehen muss. Dennoch ist auch hier im Interesse des Arbeitnehmers eine Vergleichbarkeit gegeben, weil auch hier das Arbeitsklima auf dem Spiel steht und möglichst schnell eine Klärung der Rechtslage herbeigeführt werden muss. Dies ist auch im Interesse des Arbeitnehmers und kann daher nicht gegen das Verschlechterungsverbot verstoßen⁷⁵⁸.

Dies gilt insbesondere für Fällen, in denen im Verlauf eines bestehenden Arbeitsverhältnisses diskriminiert wurde. Ausreichend ist eine Tatsachenkenntnis, nicht allerdings eine positive Kenntnis davon, dass es sich tatsächlich um eine diskriminierende Handlung aus einem im AGG genannten Grunde handelt. Ebenso gilt die dreimonatige Klagefrist des § 61b I ArbGG. § 15 IV AGG verlangt darüber hinaus die schriftliche Geltendmachung eines Anspruchs⁷⁵⁹.

V. Verhältnis der §§ 15 I und 15 II AGG

§ 15 I und II AGG stehen in einem engen Verhältnis zueinander, obwohl sie teilweise von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängen. Auch, wenn z. B. der Anspruch auf eine Entschädigung strenger als es der Wortlaut des § 15 II zunächst vermuten lassen würde, an einen tatsächlich entstandenen Schaden anknüpft, heißt das nämlich nicht, dass eine Entschädigung nur in seltenen Fällen zuerkannt wird. Das Verhältnis zwischen § 15 I AGG und § 15 II AGG

⁷⁵⁵ Vgl. *Steinkühler*, AGG, Zweiter Teil, Rn. 386 ff.; zur Abgrenzung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung z. B. *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 775; zu Abänderungen durch Tarifvertrag kurz *Busch*, AGG, S. 57.

⁷⁵⁶ Anderer Ansicht *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 55 ff., die die Frist für unanwendbar hält und stattdessen § 195 BGB heranzieht, weil der Maßstab der Gleichwertigkeit gilt, die Durchsetzung des Anspruchs nicht schwerer sein darf als andere vergleichbare Ansprüche und gegenüber § 611 a BGB, der diese Regel nicht vorsieht, eine Verschlechterung eingetreten sei.

⁷⁵⁷ Dazu *Gaier/Wendtland*, AGG, Rn. 143 ff.

⁷⁵⁸ Vgl. zu dieser Frage *EuGH*, Urteil vom 8. 7. 2010 - C-246/09 (*Bulicke*).

⁷⁵⁹ Vgl. *Boemke/Danko*, AGG, 3. Teil, § 9 Rn. 44 ff.

führt vielmehr zu einem anderen Ergebnis: Ein Anspruch nach § 15 II AGG entsteht laut Gesetzesbegründung immer dann, wenn auch § 15 I AGG bejaht werden kann. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber unterstellt, dass mit Vorliegen einer materiellen Schadensersatzpflicht automatisch auch ein immaterieller Schaden vorliegen muss⁷⁶⁰. Dies entspricht insoweit der Auffassung, dass § 15 II AGG Lücken schließen will, die Absatz 1 mit seiner Beschränkung auf materielle Schäden hinterlässt – seine Voraussetzungen sind weniger streng: Ein immaterieller Schaden liegt demnach in jedem denkbaren Fall einer ungerechtfertigten Diskriminierung vor.

Die Besonderheit beim Anspruch auf Entschädigung ist deshalb, dass ein Anspruch gemäß Absatz 2 auch unabhängig von einem Anspruch nach Absatz 1 geltend gemacht werden kann. Ausreichend ist allein das Vorliegen der ungerechtfertigten Diskriminierung. Das heißt aber im Umkehrschluss, dass bei Vorliegen eines immateriellen Schadens nicht zwangsläufig auch ein Anspruch wegen materiellen Schadens vorhanden sein muss. Dieser Anspruch hat andere Voraussetzungen, weil z. B. laut Gesetz dort ein „Vertretenmüssen“ verlangt wird.

Auf Grund der Loslösung von § 15 I wird deshalb auch vertreten, dass § 15 II AGG bei richtlinienkonformer Auslegung von § 2 IV AGG auch auf Kündigungen anwendbar sein muss, die zusätzlich zu einem rechtmäßigen Kündigungstatbestand einen diskriminierenden Hintergrund haben⁷⁶¹. Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer auch wirklich einen immateriellen Schaden erlitten hat. Die Ansicht ist nicht ganz abwegig, wird aber nur in wenigen Fällen von Bedeutung sein: Ein immaterieller Schaden ist nämlich jedenfalls dann, wenn eine Kündigung auch aus anderen Gründen ohnehin gerechtfertigt wäre, in der Regel eher zu verneinen⁷⁶². In anderen Fällen ist ein Anspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus § 823 BGB denkbar⁷⁶³.

Ein bereits bestehender Anspruch aus § 15 I AGG kann aber Grund für eine geminderte Haftung aus § 15 II AGG sein. Denn wenn das Fehlverhalten des Arbeitgebers bereits dadurch geahndet wird, dass dieser Schmerzensgeld an den Geschädigten zahlen muss, kann Letzterer bereits eine ausreichende Genugtuung erfahren, die weitere Maßnahmen gegen den Anspruchsgegner überflüssig macht⁷⁶⁴. Dann ist keine „Lücke“ vorhanden, die § 15 II AGG beseitigen müsste.

⁷⁶⁰ So bereits BT-Drucksache 16/1780, S. 38.

⁷⁶¹ Das Arbeitsgericht Osnabrück hat sich nunmehr als eines der ersten Arbeitsgerichte in Deutschland in einer Entscheidung vom 5. Februar 2007 (Az.: 3 Ca 721/06), AiB 2007, 302-304, dieser Meinung ausdrücklich angeschlossen. In der Urteilsbegründung heißt es: "Die Vorschriften des AGG finden auf die Kündigung trotz der in § 2 Abs. 4 AGG geregelten Ausnahme Anwendung". Beispiele bei *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, 887 (888 f.); dazu auch *Kittner/Kohler*, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 23 unter Verweis auf §§ 134, 138 und 242 BGB.

⁷⁶² Zu weit gegriffen ist daher die Ansicht von *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, 887 (890 f.).

⁷⁶³ Hierzu auch *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, § 2 IV AGG.

⁷⁶⁴ Z. B. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 36.

Auch wenn bereits auf andere Weise, wie z. B. öffentliche Entschuldigung oder Berichterstattung in den Medien über den betreffenden Arbeitgeber dem Bedürfnis des Diskriminierungsopfers Genüge getan wurde, kann das mildernde Auswirkungen auf die Entschädigungssumme haben. Dasselbe gilt für Entschuldigungen, Betreuungsangebote oder gar ein Einstellungsangebot im Sinne einer Naturalrestitution des Arbeitgebers, um die Diskriminierung wieder gut zu machen⁷⁶⁵. Berücksichtigt wird auch das sonstige Engagement des Arbeitgebers für die benachteiligte Person oder Gruppe im Allgemeinen und im Betrieb⁷⁶⁶. Das Mitverschulden des Arbeitnehmers ist in die Berechnung ebenfalls mit einzubeziehen⁷⁶⁷. Im Ergebnis sind die Ansprüche auf Schadensersatz gemäß § 15 I AGG und auf Entschädigung aus § 15 II AGG zwar jeweils selbstständig zu betrachten, aber auch kumulierbar⁷⁶⁸.

VI. Konkurrenzen

§ 15 V AGG enthält die Bestimmung, dass Ansprüche, die sich aus anderen Rechtsvorschriften gegen den benachteiligenden Arbeitgeber ergeben, unberührt bleiben. Die Regelung in Absatz 5 gilt für alle Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung aus Absatz 1 und Absatz 2⁷⁶⁹. In Betracht kommen hier vor allem Ansprüche aus § 1004 BGB auf Unterlassen oder solche aus §§ 252, 823 BGB auf Ersatz des materiellen Schadens. Voraussetzung sind insoweit ein besonders schwerer Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder ein anderes absolutes Recht⁷⁷⁰.

Insbesondere die Zurechnung des Verhaltens von Dritten stößt hier mit der Exkulpationsmöglichkeit des § 831 BGB an ihre Grenzen, weshalb die zusätzliche Haftung aus § 15 AGG einen weiter gehenden Anwendungsbereich hat.

Ebenso sind vertragliche Ansprüche aus §§ 611 und 280 ff. BGB in Verbindung mit § 7 III AGG oder § 280 I BGB verbunden mit § 311 II BGB neben der Haftung aus § 15 AGG denkbar⁷⁷¹. Allerdings muss bei der Anwendung dieser Anspruchsgrundlagen beachtet werden, dass auch sie der Begrenzung aus § 15 III und IV AGG sowie § 61 I ArbGG unterliegen, da deren Besonderheiten in Falle der vertraglichen Haftung nach dem BGB sonst unterlaufen würden und insbesondere die besondere Fristenregelung in § 15 IV AGG nicht beachtet wer-

⁷⁶⁵ Vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 36, 68.

⁷⁶⁶ So *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 68, gestützt auf weitere Verweise.

⁷⁶⁷ *Bauer/Krieger*, BB Beilage 2004 Nr. 6 S. 20 (22); *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil, § 9 Rn. 67.

⁷⁶⁸ Vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 AGG Rn. 5 f.

⁷⁶⁹ Siehe *Bauer/Krieger/Göpfert*: AGG, § 15 Rn. 65; *Steinkühler*, AGG, Zweiter Teil, Rn. 395.

⁷⁷⁰ Vgl. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 48 ff.; *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 67; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 33 ff.

⁷⁷¹ Dazu Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 23; *Nicolai*, AGG, Rn. 432; *Bauer/Krieger*, BB Beilage 2004 Nr. 6, 20 (22); speziell zur vorvertraglichen Haftung z. B. *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (181).

den würde⁷⁷². Die Beweislastleichterungen des § 22 AGG gelten für diese Fälle aber nicht⁷⁷³.

Nach einer anderen Ansicht normiert § 15 I AGG einen alle anderen Ansprüche ausschließenden Schadensersatzanspruch, der gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht stets die speziellere Norm ist. Daraus resultiert nach dieser Ansicht die Folge, dass keinerlei andere Ansprüche mehr daneben geltend gemacht werden könnten⁷⁷⁴.

Dies würde aber bedeuten, dass Ansprüche aus §§ 823 oder 1004 BGB nur noch dann geltend gemacht werden könnten, wenn zusätzliche Merkmale auf Seiten des Arbeitgebers zu der Diskriminierung kommen. Begründet wird dieser Ansatz mit dem Wortlaut „im Übrigen“⁷⁷⁵. Allerdings muss dieser Ansicht entgegengehalten werden, dass § 15 V AGG bei diesen Anforderungen überflüssig gewesen wäre, da § 15 AGG ohnehin die speziellere Norm ist und andere Ansprüche ausgeschlossen wären⁷⁷⁶. Da es sich gemäß § 7 AGG bei einer Diskriminierung um eine Vertragspflichtverletzung handelt, sind §§ 280 ff. BGB nämlich gezielt bei der Ausarbeitung der Haftungssystematik bedacht worden⁷⁷⁷. Eine solch enge Auslegung spricht damit gegen den Wortlaut der Norm.

Ohne Verschulden haftet der Arbeitgeber auch gemäß § 670 BGB für Sach- und Vermögensschäden, soweit sich dadurch ein vom Arbeitgeber zu tragendes und nicht abgeholtenes Risiko verwirklicht hat⁷⁷⁸.

Ein schwieriges Verhältnis ergibt sich bei der Zusammenschau von Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz und Kündigungsschutzgesetz. Bis zuletzt gehörte auch die Kündigung in den Bereich des AGG, wurde dann aber kurz vor der Ausfertigung des Gesetzes herausgenommen. Dies entspricht nicht den deutlichen Anforderungen des Europarechts, weshalb besser das KSchG angepasst worden wäre⁷⁷⁹. Im Übrigen bleibt zu befürchten, dass jede Kündigungsschutzklage, die den Anwendungsraum des AGG berührt, mit einer Klage wegen Ungleichbehandlung verbunden sein wird, um an die dort versprochenen Entschädigungszahlungen zu gelangen⁷⁸⁰.

⁷⁷² Siehe *Bauer/Krieger/Göpfert*: AGG, § 15 Rn. 67.

⁷⁷³ Vgl. *Boemke/Danko*: AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 81; *Gaier/Wendtland*, AGG, Rn. 184.

⁷⁷⁴ Siehe *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 5 mit Verweis auf die alte Rechtslage und *Staudinger/Annuß*, BGB, § 611a BGB Rn. 79. Vgl. auch *Schiek/Kocher*, AGG, 3 15 Rn. 66.

⁷⁷⁵ So z. B. *Bauer/Evers*, NZA 2006, 891 (897).

⁷⁷⁶ Anderer Ansicht dagegen *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 34, die im Übrigen § 15 AGG wie auch vorher § 611a BGB als Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB verstehen.

⁷⁷⁷ So *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 289.

⁷⁷⁸ Siehe *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 36.

⁷⁷⁹ Z. B. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 73. Dies bestätigt nun auch das ArbG Osnabrück vom 05.02.2007, AiB 2007, 302-304, und Parallelentscheidung vom selben Tag, NZA 2007, 626-629.

⁷⁸⁰ So *Bauer/Krieger*, BB-Spezial 2004, 20-24; zum Verhältnis AGG und KSchG auch *Bauer/Krieger/Arnold*, NZA 2006, 887 ff.

Richtig ist zum jetzigen Zeitpunkt, dass Ansprüche wie nach § 10 KSchG oder nach § 1a KSchG neben dem Entschädigungsanspruch des AGG bestehen, weil sie eine andere Schutzrichtung haben, indem sie den Verlust des Arbeitsplatzes ausgleichen, nicht dagegen den immateriellen Schaden⁷⁸¹.

VII. Zusammenfassung

1. Zweck des § 15 AGG

§ 15 AGG regelt unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen als zentrale Haftungsnorm die Folgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch den Arbeitgeber⁷⁸². Er dient nach dem Willen des Gesetzgebers der Umsetzung des Art. 15 der Richtlinie 2000/43/EG, des Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG und des Art. 6 und 8d der RL 76/207/EWG bzw. 2002/73/EG sowie 2006/54/EG⁷⁸³. § 15 AGG soll einerseits die Vorgaben des Europarechts erfüllen, andererseits aber in seiner Weite kalkulierbar sein⁷⁸⁴.

Mit § 15 AGG wurde, aufbauend auf der alten Regelung des § 611 a BGB, der den Entschädigungsanspruch im Falle von Diskriminierungen wegen des Geschlechts regelte, die Anspruchsgrundlage auf alle in § 1 AGG aufgeführten Diskriminierungsmerkmale ausgeweitet⁷⁸⁵. Das Gesetz soll die Gewährleistung eines Schadensausgleichs für jeden entstandenen Schaden, also die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes, erreichen⁷⁸⁶. Rechtskreisverletzungen sollen dadurch auf der Opferseite ausgeglichen werden. Die Norm ist aber auch dazu da, die effektive Sanktionierung verbotener Benachteiligungen tatsächlich durchzusetzen⁷⁸⁷. Insbesondere § 15 II AGG soll über den Ausgleich von Schäden hinaus auch Aufgaben der Verhaltenssteuerung wahrnehmen⁷⁸⁸.

§ 15 AGG, wie er in Ansehung der Vorgaben des Europarechts verabschiedet wurde, stellt schon mit diesem weiten Anwendungsbereich zumindest teilweise eine neue Form der Ersatzleistung dar und ist nicht nur eine unwesentliche Weiterentwicklung des § 611a BGB und seiner verwandten Normen. Es kann daher nicht von vorn herein damit gerechnet werden, dass § 15 AGG ähnlich selten genutzt werden wird wie in der Vergangenheit § 611a BGB

⁷⁸¹ Vgl. dazu Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 69. Zu Zweck und Sinn von § 10 KSchG siehe z. B. KR/Spilger, § 10 KSchG Rn. 4 ff.

⁷⁸² Siehe Erfurter Kommentar/Schlachter, § 15 AGG Rn. 1.

⁷⁸³ Vgl. BT-Drucksache 16/1780, S. 38; 20. Vgl. konkret zu Schadensersatz und Entschädigung jetzt aber auch Art. 18 der RL 2006/54/EG.

⁷⁸⁴ Dazu Bauer/Göpfert/Krieger, AGG § 15 Rn. 4; Bauer/Krieger, BB Spezial 6/2004, 20 (23).

⁷⁸⁵ Vgl. Kolmhuber/Schreiner, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 128.

⁷⁸⁶ Kocher sieht dies als einzigen Zweck an, siehe Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 6.

⁷⁸⁷ Siehe Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 1.

⁷⁸⁸ Dazu Annuß, NZA 1999, 738 (741).

a. F. Vielmehr müssen Arbeitgeber sich darauf einstellen, dass das Bewusstsein für das Verbot der Diskriminierung sich fort entwickeln wird und daher die betroffenen Arbeitnehmer die Norm auch für sich nutzen werden⁷⁸⁹. Sinn und Zweck des § 15 AGG ist damit ein angemessener Schadensausgleich sowie die Sanktionierung verbotener Benachteiligungen mit einem Schwerpunkt auf der präventiven Wirkung der Norm, die Schäden materieller wie immaterieller Art auch über das Kompensationsprinzip hinausgehend ersetzbar macht⁷⁹⁰.

2. Die Rechtsnatur des § 15 AGG

Der Anspruch gegen den Arbeitgeber wird allgemein als ein vertraglicher Anspruch angesehen. Schon das AGG selbst hilft hier weiter: Diese Einordnung ergibt sich nämlich bereits aus dem Zusammenspiel mit § 7 III AGG, wonach alle zurechenbaren Verstöße des Arbeitgebers gegen das Verbot der Benachteiligung eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitgebers darstellen. Jede Benachteiligung ergibt daher schon einen Anspruch aus § 280 I BGB, der freilich an die besonderen Voraussetzungen des allgemeinen Schuldrechts wie z. B. auch Verschulden, geknüpft ist⁷⁹¹. Bei einer Benachteiligung bei der Einstellung werden demnach vorvertragliche Pflichten verletzt, da bisher noch kein Vertrag abgeschlossen wurde⁷⁹². Aus dieser Entscheidung des Gesetzgebers folgt, dass der allgemeine Teil des Schuldrechts auf § 15 AGG anwendbar ist. Die Ähnlichkeit mit § 611a BGB ist nicht zu übersehen, weshalb es nahe liegt, auch hier entweder an eine besondere Form der c. i. c. zu denken, oder auch an eine besondere Ausgestaltung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁷⁹³. Sicher sind aber die Regelungen zum Ersatz des materiellen Schadens auch in der Beurteilung zu trennen von denen zum Ersatz des immateriellen Schadens. Es bestehen außerdem die Möglichkeiten des Verzichts und des Vergleichs⁷⁹⁴.

Die Benachteiligungsverbote schützen das Recht, im Arbeitsleben nach sachgemäßen Maßstäben und nicht nach willkürlichen Gesichtspunkten beurteilt zu werden. Nicht jeder Verstoß gegen Antidiskriminierungsgesetze kann daher automatisch als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen werden⁷⁹⁵. § 7 II AGG nennt einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot außerdem explizit einen Verstoß gegen vertragliche Pflichten und damit in bestimmten Fällen eben der vorvertraglichen Pflichten.

⁷⁸⁹ So im Ausblick auch *Annuß*, BB 2006, 1629 (1636).

⁷⁹⁰ Ähnlich *Schiek/Kocher*, § 15 AGG, Rn. 1.

⁷⁹¹ Z. B. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 13 und § 7 AGG Rn. 34; *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 78.

⁷⁹² Dazu *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893.

⁷⁹³ Zur Einordnung des § 611a BGB siehe z. B. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 89 ff.

⁷⁹⁴ Hierzu *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 87.

⁷⁹⁵ Zu allgemein daher *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 32.

Die Regelungen aus Absatz 1 und 2 gehen deutlich über das hinaus, was bisher gemäß § 611a BGB möglich gewesen ist. In der Gesetzesbegründung heißt es deshalb auch, dass stets im Falle einer ungerechtfertigten Benachteiligung auch von einem immateriellen Schaden auszugehen ist. Dies spricht dafür, dass eine einfachgesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bewusst gewollt war⁷⁹⁶.

Die Ansicht, dass § 15 AGG wegen seiner rein objektiven Kriterien und dem einzig möglichen Alternativverhalten, keine Einstellung vorzunehmen, und der Tatsache, dass allein der Arbeitgeber selbst haftet, auch § 826 BGB gleiche⁷⁹⁷, widerspricht dagegen dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und damit dem Willen des Gesetzgebers. Jedenfalls die Einordnung als vertragliche Haftung dürfte damit feststehen. Dass die Grenze zum Deliktsrecht hierbei bedenklich nahe rückt, kann an der grundsätzlichen Einordnung als vertragliche Haftungsnorm nichts ändern.

Ob diese Haftungsnorm den sanktionsrechtlichen Vorgaben entspricht, die der europäische Gesetzgeber und die europäische Rechtsprechung an Rechtsfolgen von unrechtmäßigen Diskriminierungen verlangen, soll im folgenden überprüft werden. Dabei werden das Erfordernis des Vertretenmüssens und die Frage nach dem Sanktionsinhalt der Norm im Vordergrund stehen.

C. § 15 AGG und die europäischen Vorgaben

I. Probleme im Zusammenhang mit dem Verschulden

1. „Vertretenmüssen“ als Haftungsvoraussetzung

a) Europäische Vorgaben

„Vertretenmüssen“ bedeutet im deutschen Recht in der Regel „Verschulden“⁷⁹⁸. Kritisch zu betrachten ist bei einer Umsetzung mit Verschuldenserfordernis, dass die europäischen Vorgaben ausdrücklich einen verschuldensunabhängigen Schadensersatz verlangen. Dem wird der ausdrückliche Wortlaut von § 15 I AGG nicht gerecht, indem er von „Vertretenmüssen“ spricht⁷⁹⁹. Dies gilt umso mehr, als dass § 611a BGB auch kein Verschulden voraussetzte und eine erneute Einführung möglicherweise dem Absenkungsverbot zuwider liefe⁸⁰⁰. So wird bei

⁷⁹⁶ Stellungnahme zu BT-Drucksache 15/4538 von *Thüsing*, Ausschuss- Drucksache 15 (12) 440-(C) 8.

⁷⁹⁷ Dieser Ansicht *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (181 f.)

⁷⁹⁸ Siehe oben, B. II. 3. a) (cc).

⁷⁹⁹ Dazu Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 1; *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 11 f.; *Besgen*, B+P 2006, Beihefter Nr. 1 zu Heft 8, S. 7; zweifelnd *Bezani/Richter*, AGG, Rn. 267; *Nicolai*, AGG 2006, Rn. 437 ff.

⁸⁰⁰ Siehe oben, Zweiter Teil, B. I. 3.

§ 15 I AGG zu hinterfragen sein, ob die Schadensersatzpflicht tatsächlich auch im Sinne des Europarechts an ein Verschulden geknüpft sein darf⁸⁰¹. In Betracht kommen Verstöße gegen die Art. 15 der Richtlinie 2000/43/EG, Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 18 der Richtlinie 2006/54/EG sowie ein Verstoß gegen das Absenkungsverbot der Art. 8c der Richtlinie 76/207/EWG, Art. 8 der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 27 der Richtlinie 2006/54/EG⁸⁰².

Die Richtlinien stellen es jedoch in das Ermessen und die Verantwortung der Mitgliedstaaten, die Regelungen zur Umsetzung in ihrer genauen Ausgestaltung festzulegen⁸⁰³. Es wird den Mitgliedstaaten nur auferlegt, „geeignete Maßnahmen mit sanktionierender Wirkung“ zu treffen. Da die Richtlinien vage formuliert sind, müssen sie zunächst in Bezug auf das, was der Kompetenzbereich der EU tatsächlich umfasst, ausgelegt werden. Z. B. *Schiek*⁸⁰⁴ verweist hinsichtlich einer erfolgreichen Auslegung zwar auf eventuelle Sprachprobleme, die die unterschiedliche Übersetzung der Richtlinien in die einzelnen Sprachen der Mitgliedstaaten mit sich bringen könne. Zumindest hinsichtlich der gewollten Rechtsfolgen und ihrem Sanktionscharakter lassen sich solche Probleme jedoch weniger vermuten, da die Richtlinien sich insoweit strikt an ihre Vorbildregelungen halten und auch dem entsprechend in die deutsche Sprache transferiert wurden. Dieses Argument bezüglich etwaiger Missverständnisse kann also zumindest für diesen Teil des AGG ausgeklammert werden. Nicht zu vernachlässigen sind zudem die Erwägungsgründe der Richtlinien sowie auch die Erwägungsgründe des deutschen Gesetzgebers⁸⁰⁵. Eine Richtlinie oder ein Gesetz orientiert sich schließlich immer auch an der Rechtsidee, die dahinter steckt und zu ihrer Konzeption geführt hat. Grundsätzlich beginnt die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung erst nach dem Ablauf der Umsetzungsfristen⁸⁰⁶. Das europäische Recht verlangt nach der Auslegung des EuGH in seinen bereits besprochenen Entscheidungen konkret nur eine Sanktion, die mehr ist als der bloße Ersatz des negativen Interesses, aber trotzdem in einem angemessenen Verhältnis zum entstandenen Schaden steht: Nationale Sanktionen im Sinne des Europarechts müssen vergleichbar denjenigen ausgestaltet sein, die bei gleich schweren strafbaren Handlungen verhängt werden⁸⁰⁷.

⁸⁰¹ So auch Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 24.

⁸⁰² Vgl. dazu Rust/Falke/*Bücker*, AGG, § 15 Rn. 11.

⁸⁰³ Dies musste allein deshalb so geregelt werden, weil die EU keine umfassende Kompetenz hat, um das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu kontrollieren oder anzugleichen.

⁸⁰⁴ Vgl. *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 72.

⁸⁰⁵ Kritisch *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 72.

⁸⁰⁶ Vgl. dazu *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Arbeits- und Sozialrecht, § 10 Rn. 50, EuGH v. 04.07.2006 Rs. C-212/04, Slg. 2006, S. 6057 (Konstantinos Adeneler u.a./ELOG) = NJW 2006, 2465.

⁸⁰⁷ Anhaltspunkte bieten beispielsweise die Schlussanträge des Generalanwalts *Rozés* in der Entscheidung *von Colson und Kamann*: EuGH v. 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg 1984, 1891 (1908) Nr. 23 (v. *Colson und Kamann*), EAS RL 76/207/EWG Art. 6 Nr. 1 S. 16.

Über das Verschuldenserfordernis i. S. e. Vertretenmüssens ist damit freilich noch nicht viel gesagt, weil konkrete Vorgaben damit nur für Sanktionen existieren. Die Rechtsprechung des EuGH hat jedoch erhebliche Konkretisierungsarbeit geleistet. Das *Draehmpaehl*-Urteil z. B. sagt zu § 611a BGB aus, dass Sanktionen wegen Diskriminierung verschuldensunabhängig greifen müssen.

Die neue Regelung des § 15 AGG ist nun gemessen an § 611a BGB so außergewöhnlich, weil Schadensersatz und Entschädigung getrennt sind und sogar unterschiedliche Voraussetzungen haben: Es kann also unter Umständen einfacher sein, nach § 15 II AGG eine Entschädigung wegen Erleidens eines immateriellen Schadens zu erlangen, als für tatsächlich erlittene materielle Schäden Kompensation nach § 15 I AGG zu erfahren, weil nur für letzteres das Verschuldenserfordernis gilt. Deshalb wird nicht zu Unrecht in Frage gestellt, ob es sich noch um eine europarechtskonforme Regelung handeln kann.

Festhalten lässt sich, dass die Unterscheidung zwischen materiellen und immateriellen Schäden zwar anwendungstechnisch geschickt formuliert ist⁸⁰⁸, jedoch wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen für die erfolgreiche Geltendmachung eines jeden Anspruches dem, was eigentlich verlangt war, widerspricht: Der Forderung nach einer komplett verschuldensunabhängigen Haftung⁸⁰⁹. Dies spricht dafür, dass § 15 I AGG wegen des Verschuldenserfordernisses europarechtswidrig ist⁸¹⁰.

b) § 15 AGG aus europäischer Sicht

Die Kommission hat die Bundesrepublik am 31. Januar 2008 aus diesem Grunde aufgefordert, eine Stellungnahme zur Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinien abzugeben und das AGG nachzubessern⁸¹¹. Aus europäischer Sicht sei das AGG an einigen Stellen, so auch in Bezug auf das Verschuldenserfordernis und die Haftungsprivilegierung in § 15 I und III AGG, nicht europarechtskonform⁸¹². Die Kommission vertrat die Auffassung, dass insbesondere das Verschuldenserfordernis richtlinienwidrig sei. Bei dieser förmlichen Aufforderung zur Stellungnahme handelt es sich um die erste Stufe eines Vertragsverletzungsverfahrens, weshalb mit diesem ersten Schritt bereits harsche Kritik am Vorgehen der Bundesrepublik

⁸⁰⁸ Dies gilt im Vergleich zur Vorläuferregelung des § 611a BGB, die noch keinen ausdrücklichen Unterschied normierte, vgl. z. B. Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 6.

⁸⁰⁹ Vgl. *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 131; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 34, 513f.; zweifelnd auch *Otto*, EWiR 1998, 79.

⁸¹⁰ So Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 6; auch Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 24, der aber keine weiteren Konsequenzen daraus zieht.

⁸¹¹ Siehe dazu BT-Drucksache 16/8461 vom 10.03.2008.

⁸¹² Förmliche Aufforderung der Kommission vom 31.01.2008, Pressemitteilung IP/08/155. Die Kommission rügte unter anderen neben zahlreichen weiteren Punkten die mangelnde Anwendbarkeit auf Kündigungen, die Kürze der Ausschlussfrist, den zu geringen Schutz von Frauen in Bezug auf Schwanger- und Mutterschaft, die Kirchenklausel und die weit reichenden Rechtfertigungsgründe bei der Altersdiskriminierung.

deutlich wird. In der Antwort auf das Schreiben der Kommission legte die Bundesregierung jedoch dar, dass die Richtlinien nur verlangen, dass die Sanktionen - die auch Schadensersatzleistungen verlangen *können* - wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein sollen. Die Regierung vertritt die Auffassung, dass dem bereits durch § 15 II 1 AGG Genüge getan wird und diese verschuldensunabhängige Entschädigung durch die verschuldensabhängigen Ansprüche nur ergänzt würden. Darüber hinaus gäbe es nach wie vor die verschuldensunabhängigen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im BGB (§§ 12, 862, 1004 BGB), die wegen § 15 V jederzeit neben Ansprüchen aus § 15 AGG geltend gemacht werden könnten⁸¹³. Die Bundesregierung ist also zum jetzigen Zeitpunkt der Auffassung, dass das AGG nicht nachgebessert werden muss⁸¹⁴.

Die Erklärungsversuche für die Entscheidung, das Verschuldenserfordernis aufzunehmen, sind dem gemäß zahlreich: Beispielsweise wird daran angeknüpft, dass es sich bei § 15 I AGG um eine Ersatznorm handelt, die rein materielle Schäden erfasst. Sollte es den europäischen Vorgaben dagegen vornehmlich um den verschuldensunabhängigen Ersatz der immateriellen Schäden gehen, wäre die Regelung in Bezug auf ihre Voraussetzungen unproblematisch.

Befürworter des Verschuldenserfordernisses verweisen darauf, dass Schadensersatzansprüche im deutschen Raum üblicherweise an ein Verschulden des Schädigers geknüpft sind und jede andere aufgedrängte Regelung das Rechtssystem eines Mitgliedstaates grob missachte⁸¹⁵. Einige Stimmen in der Literatur wollen das Problem deshalb wie in der Stellungnahme durch die Bundesregierung lösen, indem sie schlicht darauf verweisen, dass es neben der Haftung auf Schadensersatz auch noch die zusätzliche Entschädigungsregelung gibt⁸¹⁶. Die hinreichende abschreckende Wirkung sei deshalb dadurch gegeben, dass der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf seine Intentionen gemäß § 15 II AGG hafte. Es soll, wie oben gesagt, dieser Ansicht nach ausreichen, dass zumindest dieser der beiden Absätze kein Verschulden erfordert⁸¹⁷. Die verschuldensunabhängige Haftung aus § 15 II AGG allein erfülle deshalb schon die Bedingungen des EuGH⁸¹⁸. Die volle Haftung des Arbeitgebers sei im Übrigen auch dadurch erreicht, dass die Verletzung des Geltungsanspruches und der Würde der benachteiligten

⁸¹³ Vgl. dazu Ausschuss-Drucksache des Rechtsausschusses Nr. 16(6)247 vom 21.07.2008.

⁸¹⁴ Dies gilt im wesentlichen auch für die übrigen durch die Kommission kritisierten Punkte, siehe Ausschuss-Drucksache des Rechtsausschusses Nr. 16(6)247 vom 21.07.2008.

⁸¹⁵ Z. B. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 15; *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 5; *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 15 Rn. 13.

⁸¹⁶ So *Annuß*, BB 2006, 1629 (1635); *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893; *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2581 (2589); *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1499).

⁸¹⁷ Z.B. *Erfurter Kommentar/Schlachter*, § 15 AGG Rn. 6; *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil, § 9 Rn. 40 mit Verweis auf *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893; *Annuß*, BB 2006, 1629 (1635); *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2581 (2589); *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1499).

⁸¹⁸ So *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893; BT-Drucks. 16/1780, S. 38; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 AGG Rn. 2c.

Person ausgeglichen würde⁸¹⁹. Zuletzt wird geltend gemacht, dass zumindest über die Beweislastumkehr das gleiche Ergebnis wie bei einer verschuldensunabhängigen Haftung erreicht würde⁸²⁰.

Ebenso wird vertreten, dass die Voraussetzung in der Richtlinie nur nicht ausdrücklich genannt würde, aber trotzdem ein zielgerichtetes oder zumindest billigend in Kauf nehmendes Verhalten erforderlich sei - zumindest der Begriff der Belästigung impliziere ein bewusstes Verhalten. Der Erziehungsgedanke mache auch nur dann Sinn, wenn die Sanktion wegen bewusstem Fehlverhalten erfolge⁸²¹: Verwiesen wird von den Befürwortern des Verschuldenserfordernisses darauf, dass hinter „Diskriminierung“ immer eine schlechte Gesinnung stehen muss. Das AGG würde aus diesem Grunde juristisch betrachtet Diskriminierungen als Delikte in böser Absicht darstellen. Nur von einem verschuldeten, bewussten Verhalten könne aber wirksam im Sinne der europarechtlichen Normen abgeschreckt werden, weshalb das unbewusste Verhalten gar nicht im Vorfeld wahrgenommen würde und daher durch Abschreckung überhaupt nicht zu verhindern sei⁸²². Außerdem ergebe sich aus der Gesetzesbegründung, dass bewusst vom deutschen Gesetzgeber das Verschuldenserfordernis eingefügt worden sei. Dies ergebe sich schon aus der Nähe zu § 280 BGB, der ebenfalls für den Ersatz der materiellen Schäden ein Verschulden voraus setze⁸²³.

Diese Ansichten und auch die Stellungnahme der Bundesregierung verkennen jedoch, dass die Rechtsprechung des EuGH diesbezüglich sehr eindeutig ausgefallen ist. Würde man ihnen folgen, wäre demnach zu überlegen, welche Ansätze es geben könnte, eine Umsetzung außerhalb des Schadensersatzrechts durchzuführen. Denn dieses würde sich nicht eignen, die Vorgaben zu erfüllen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich dem auch nicht verschlossen: § 21 II 2 AGG sowie die ausdrückliche Erklärung in der Regierungsbegründung, dass das Verschuldenserfordernis nur für den rein materiellen Schadensersatz gelte, sprechen zwar dafür, dass die betreffenden Aspekte zumindest in die Gesetzgebungsarbeit mit eingeflossen sind⁸²⁴. Denn der Gesetzgeber wollte auch bewusst die Pflicht zu Entschädigung wegen einer Nichtvermögensschadens verschuldensunabhängig ausgestalten. Damit ist aber noch nicht klar, dass der materielle Schaden nach dem Willen des Gesetzgebers eben nur dann ersetzt wird, wenn ein Verschulden zu bejahen ist⁸²⁵. Dies erschiene nämlich inkonsequent, wenn man davon ausgeht, dass auch beim immateriellen Schaden ein Ausgleich statt findet und eine Unter-

⁸¹⁹ So z. B. Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 2.

⁸²⁰ Diese Ansicht ist z. B. bei *Nicolai*, AGG, Rn. 438, zu finden.

⁸²¹ Vgl. *Hadeler*, NZA 2003, 77 (78).

⁸²² So z. B. *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (181).

⁸²³ Siehe BR-Drs. 329/06, S. 40. Dazu auch *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 5 ff.

⁸²⁴ BT-Drucksache 16/1780, S. 38; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2582).

⁸²⁵ BT-Drucksache 16/1780, S. 38.

scheidung insofern willkürlich und unsystematisch wirkt⁸²⁶. Außerdem kam es dem Gesetzgeber bei der Neukonzipierung gerade darauf an, die europäischen Vorgaben zu erfüllen⁸²⁷.

Der EuGH führt in seiner Entscheidung zur Rechtssache *Draehmpaehl* aus, dass es „ausreiche“, wenn der Arbeitgeber verschuldensunabhängig für den gesamten Schaden aufkommen müsse⁸²⁸. Klargestellt wird hier, dass es für die Anspruchsbegründung irrelevant ist, inwieweit den Arbeitgeber ein Vertretenmüssen trifft. Ankommen kann es laut dem EuGH nur darauf, wie sehr der Arbeitnehmer durch die Beeinträchtigung betroffen ist. Betroffen ist von der *Draehmpaehl*-Formel aber auch der wirtschaftliche Vermögensschaden. Genau genommen ist nämlich auch der verschuldensunabhängige Ersatz des Vermögensschadens verlangt. Denn ansonsten kann eine abschreckende Wirkung nur mit einem überkompensierenden Schadensersatz erreicht werden, denn der bloße Ersatz des wirtschaftlichen Schadens kann nur eine Einbuße wiedergutmachen, die durch die schädigende Handlung ohnehin bewusst vom Schädiger in Kauf genommen wurde.

Im Übrigen macht der Nichtvermögensschaden oft nur einen Teil des gesamten Schadens aus, und es ist im Hinblick auf die Vorgaben nicht einzusehen, weshalb gerade der auf der Hand liegende materielle Schaden nur im Falle eines Verschuldens ersetzt werden soll. Die Regelung des § 15 I AGG wäre mit einem Verschuldenserfordernis auch teilweise überflüssig, da gemäß § 7 III AGG dann nicht viel anderes geregelt würde als eine vertragliche Haftung für verschuldete Schäden, welche in vielen Fällen auch durch § 280 BGB schon zu ersetzen wären⁸²⁹. Bei vorvertraglichen oder nachvertraglichen Pflichtverletzungen sind gemäß § 6 I 2 AGG auch Bewerber und frühere Arbeitnehmer erfasst. Hier kann auf vorvertragliche und nachvertragliche Pflichten abgestellt werden, weshalb § 15 AGG insoweit nichts neues erreichen könnte. Dasselbe gilt bezüglich Haftungsumfang und Zurechnung⁸³⁰. Dass dies nicht im Sinne des EuGH ist, hat das Gericht bereits zur Vorgängerregel (§ 611a BGB) entschieden⁸³¹. Außerdem war hier im Sinne einer gemeinschaftsrechts- und richtlinienkonformen Auslegung⁸³² kein Verschulden erforderlich, was den Verdacht nahe legt, die neue Regelung sei einseitig zu Lasten der Arbeitnehmer ausgestaltet worden ist und es habe sich damit ihre Rechtslage in bestimmten Bereichen genau genommen verschlechtert. Eben dies ist jedoch

⁸²⁶ Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 516.

⁸²⁷ Siehe z. B. amtliche Anmerkung 1) zum AGG, in der deutlich genannt wird, dass durch das neue Gesetz die europäischen Richtlinien umgesetzt werden sollen.

⁸²⁸ *EuGH* v. 22.04.1997, NZA 1997, 645 ff. = *EuGH* RS C-180/95 / DB 1997, 983 ff. (*Draehmpaehl*).

⁸²⁹ Siehe *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (336).

⁸³⁰ So *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (336).

⁸³¹ *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 (1909), Rn. 24; *EuGH* v. 10.04.1984, Rs. 79/83 – Slg. 1984, 1921 (1941), Rn. 24; *EuGH* v. 20.08.1993, Rs. C-271/91, Slg. 1993, I 4367 (4408) Rn. 27 f.

⁸³² Zur Unterscheidung zwischen den Begriffen „gemeinschaftsrechtskonform“ und „richtlinienkonform“ siehe *Ehrlicke*, *RabelsZ* 59 [1995], 598 (603).

wegen des Absenkungsverbot zu verhindern⁸³³.

Auch die *Genderrichtlinie* zeigt in Art. 6 Abs. 2, dass Schadensersatz im Falle einer Diskriminierung wegen des Geschlechts zu zahlen ist⁸³⁴. Außerdem sollte ein Staat, der Sanktionen verhängt, eine Regelung finden, die es erlaubt, mit diesen Sanktionen den gesamten Schaden auszugleichen. Diese gesamte Wiederherstellung gehört zur Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes und muss den Anforderungen des europäischen Rechts genügen⁸³⁵.

Des weiteren wurde davon ausgegangen, dass die Regelung des Verschuldenserfordernisses gegen die Beweislastrichtlinie 97/80/EG und Art. 8 der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 10 der Richtlinie 2000/78/EG verstieße⁸³⁶. Der Vorschrift wurde nach einer Ansicht dadurch Genüge getan, dass das Vorliegen einer Diskriminierung des Beklagten durch die Einfügung des § 22 AGG vermutet wird. Diese erleichterte Beweislast kann aber nicht ersetzen, dass das Verschulden keine Voraussetzung für den Ersatz von Schäden sein darf⁸³⁷. Mit diesen Vorgaben ist nur die Beweislast hinsichtlich einer Diskriminierungshandlung erleichtert. Davon, dass kein Verschulden verlangt werden darf, ist hier nicht die Rede. Das Verschuldenserfordernis muss also losgelöst von der Beweislastregelung betrachtet werden⁸³⁸.

Merkwürdig anmuten würde im Übrigen auch, wenn der Arbeitgeber zwar bei Eintritt eines Schadens wie z. B. Verdienstausfall keinen Schadensersatz zahlen müsste, weil er über den Auslöser (z. B. Belästigungen) nie informiert worden ist, aber dennoch eine Entschädigung zahlen müsste weil es zu den Diskriminierungen gekommen ist – also aus dem gleichen Grunde⁸³⁹.

Schließlich stellt auch das Absenkungsverbot für die Anerkennung eines verschuldensabhängigen Schadensersatzes eine unüberwindbare Hürde dar. Das Verbot ist im Falle des Antidiskriminierungsrechts sogar in den Richtlinien selbst verankert und wirkt daher zwingend⁸⁴⁰. Es ist daher nicht einzusehen, warum in Anbetracht der Tatsache, dass § 611a BGB in seiner letzten Fassung auch kein Verschulden für den Ersatz materieller und immaterieller Schäden verlangte, jetzt dieses Verschulden nun wieder eine Voraussetzung sein sollte.

⁸³³ Zur Pflicht der richtlinienkonformen Auslegung siehe *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 303. Vgl. zudem Art. 8e Abs. 2 Richtlinie 76/2007/EWG; Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG. Dieser Argumentation folgt z. B. *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 131.

⁸³⁴ Siehe oben: Kapitel B. (Europarechtliche Vorgaben).

⁸³⁵ *EuGH v. 02.08.1993*, - Rs. 271/91, *EuZW* 1993, 706; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 545.

⁸³⁶ Dieser Ansicht ist z. B. *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 132, 147 ff.

⁸³⁷ Zur Beweislast z. B. *Rudolf/Mahlmann/Voggenreiter*, Gleichbehandlungsrecht, § 8 Rn. 58.

⁸³⁸ Vgl. z. B. *Münchener Kommentar AGG/Thüsing*, Einl. Rn. 37.

⁸³⁹ Vgl. die Beispiele bei *Busch*, AGG, S. 54 f.

⁸⁴⁰ Dazu *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 30 f.; vgl. auch *Rust/Falke/Bücker*, AGG, § 15 Rn. 13, der daraus folgert, dass die Regelung dem *EuGH* zur Überprüfung gemäß Art. 234 EG vorgelegt werden müsse.

2. Konsequenzen

a) Europarechtswidrigkeit des § 15 AGG

§ 15 I AGG ist wegen seines eindeutigen Wortlauts als europarechtswidrig zu werten. Daher sollte das Merkmal „Verschulden“ teleologisch und historisch bedingt in seiner Anwendung korrigiert werden. Denn es ist den mitgliedstaatlichen Gerichten nicht erlaubt, dass das nationale Recht so angewendet wird, dass der *effet utile* des Gemeinschaftsrechts gefährdet wird⁸⁴¹. Jeder Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot muss für sich genommen ausreichen, um eine Haftung auszulösen⁸⁴².

Aus diesem Grunde wird auch der Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens europarechtskonform vom Verschuldenserfordernis losgelöst werden müssen⁸⁴³. Sicher kann hierzu eine Vorlagefrage beim EuGH eingereicht werden. Mit dieser kann geklärt werden ob die jetzige Regelung mit dem europäischen Recht vereinbar ist oder nicht. Eine komplette Neukonzeption ist ebenfalls möglich, falls diese Vorlagefrage negativ beantwortet wird. Die Auslegung im Sinne des europäischen Rechts stellt aber sicher eine einfachere und praktikablere Lösung dar⁸⁴⁴.

b) Nichtanwendung

Europarechtswidrige Normen sind unter bestimmten Voraussetzungen gar nicht anwendbar⁸⁴⁵. Dann müsste aber mangels einer klaren Gesetzeslage die Frage aufgeworfen werden, ob die Richtlinien dann z. B. direkt anwendbar sind oder die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte über andere Normen im Ergebnis den europäischen Vorgaben genügen könnte⁸⁴⁶. Auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten ist die Nichtanwendung von Normen problematisch. Auch wenn mit der Zustimmung zum EG-Vertrag wegen von Art. 23 I 2 GG eine Übertragung von Hoheitsrechten und damit eine Veränderung des Verfassungsrechts erfolgen konnte, gibt es dennoch gewisse Grenzen. So sind in Art. 23 I GG von einer Übertragung die durch Art. 79 III GG geschützten Grundsätze ausgenommen. Darunter fällt der in Art. 20 GG niedergelegte Grundsatz der Gewaltenteilung, weswegen sowohl die Verwerfung als auch die

⁸⁴¹ So *Ehricke*, *RabelsZ* 59 [1995], 598 (626).

⁸⁴² So formuliert Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 15 AGG Rn. 1, im Ergebnis auch so Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 33.

⁸⁴³ Ähnlich z. B. *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 7; *Rudolf/Mahlmann/Voggenreiter*, Gleichbehandlungsrecht, § 8 Rn. 57.

⁸⁴⁴ Zur richtlinienkonformen Auslegung z. B. *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 9.

⁸⁴⁵ Vgl. z. B. speziell zum Antidiskriminierungsrecht ArbG Osnabrück vom 05.02.2007, NZA 2007, 626. In der Finanzgerichtsbarkeit: *BFH*, Urt. v. 23. 11. 2000, BStBl II 2001, 266 = NJW 2001, 847 (267); *BFH*, Urt. v. 10. 2. 2005, BStBl II 2005, 509 (510) = EuZW 2005, 284. Im Ergebnis ablehnend *Hummel*, EuZW 2007, 268 ff.

⁸⁴⁶ Vgl. dazu z. B. *Hummel*, EuZW 2007, 268 (269).

Nichtanwendung eines richtlinienumsetzenden nationalen Gesetzes durch Fachgerichte nicht möglich ist⁸⁴⁷. Zum anderen verlangt der Gewaltenteilungsgrundsatz, dass der typische Funktionsbereich der Teilgewalten unangetastet bleibt⁸⁴⁸. Dies bedeutet, dass die typische Aufgabe des Gesetzgebers, das europäische Recht in Form von Normen umzusetzen, auch bei diesem verbleiben soll. Aus diesem Grund gelten Richtlinien nicht unmittelbar, sondern sind auf einen Umsetzungsakt angewiesen⁸⁴⁹.

Sicher wäre bei einer Nichtanwendung der Umsetzungsversuch auch als fehlgeschlagen zu bewerten. Es würde ein Rechtsetzungsdefizit entstehen, wie es eigentlich durch § 15 AGG beseitigt werden sollte. Denn es wäre nicht denkbar, einfach nur das Verschuldenserfordernis nicht anzuwenden, sondern die ganze Norm wäre hinfällig. Besser ist deshalb ein anderer Weg, der zu einer europarechtskonformen Auslegung der bestehenden Norm führt⁸⁵⁰. Wie das möglich ist, soll daher nun erläutert werden.

c) Auslegung im Sinne des europäischen Rechts

Die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung ist bereits angesprochen worden⁸⁵¹. Das Grundgesetz hat sich in Art. 3 III zur Akzeptanz der Gleichstellung entschieden und sich damit verpflichtet, dahingehende europäische Vorgaben zu erfüllen. Wegen der Ausstrahlungswirkung dieser Verfassungsnorm muss dies auch im privatrechtlichen bzw. arbeitsrechtlichen Bereich aufgegriffen werden. Daraus ergibt sich aber, dass die Normen des AGG im Zweifel stets zu Gunsten von materieller Gleichheit und Gleichstellung ausgelegt werden müssen und dies auch effektiv durchgesetzt werden muss⁸⁵². Dies erscheint im Hinblick auf viele Systembrüche, die in zumindest ähnliche Richtungen gehen⁸⁵³, auch als logische Konsequenz einer Rechtsentwicklung, die sich nach und nach an ein supranationales System angleichen muss.

Das Verschuldenserfordernis sollte in der Praxis der Rechtsprechung daher so ausgelegt werden, dass es nur einer Zurechnung bedarf und keines Verschuldens im herkömmlichen Sinne. Der Begriff muss also viel extensiver ausgelegt werden: Der Begriff des Vertretenmüssens kann aber z. B. auch in einer Weise bestimmt werden, die mit den Vorgaben in Einklang stehen. Auch die Gesetzesbegründung weist schließlich darauf hin, dass die Rechtsprechung des

⁸⁴⁷ *Hummel*, EuZW 2007, 268 (269).

⁸⁴⁸ *BVerfG* v. 27. 4. 1959, BVerfGE 9, 268 (279f.) = NJW 1959, 1171; *BVerfG* v. 20. 6. 1967, BVerfGE 22, 106 (111) = NJW 1967, 2005 L; *BVerfG* v. 10. 10. 1972, BVerfGE 34, 52 (59) = NJW 1973, 451; *BVerfG* v. 17. 7. 1996, BVerfGE 95, 1 (15) = NJW 1997, 383.

⁸⁴⁹ Siehe *Hummel*, EuZW 2007, 268 (269).

⁸⁵⁰ Zu den Voraussetzungen der richtlinienkonformen Auslegung und dem durchzuführenden Verfahren siehe *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht, S. 315 ff.

⁸⁵¹ Siehe oben, Erster Teil, A. I. 3 c).

⁸⁵² Vgl. *Schiek*, AGG, § 1, Rn. 1 und Einl. Rn. 62.

⁸⁵³ Vgl. Verbraucherschutz bzw. Schuldrechtsreform, siehe z. B. *Dornheim*, Sanktionen und ihre Rechtsfolgen, 2005; *Berger*, JuS 2001, 649 ff.; *Sosnitza*, BB 2000, 2317 ff.

EuGH durch die Neuorientierung berücksichtigt werden sollte⁸⁵⁴.

Meinel/Heyn/Herms schlagen daher vor, den Begriff des Vertretenmüssens nicht mehr deckungsgleich mit dem Begriff des Verschuldens zu verwenden, sondern stellen allein auf eine Zurechnung ab, bei der es ausreicht, dass die Diskriminierung nur aus der Sphäre des Arbeitgebers kommt⁸⁵⁵. Jede zurechenbare Benachteiligung kann nach dieser Auslegung daher einen Schadensersatzanspruch auslösen, ohne dass Verschulden im herkömmlichen Sinne dazu nötig wäre.

Konsequenzen hat dieser Ansatz erstens für die Haftung für Dritte, weil es auf deren Verschulden damit nicht mehr ankommen kann, sondern nur noch auf die Zurechnung nach § 278 BGB⁸⁵⁶. Auch stellt sich zweitens die Frage der Verschuldensvoraussetzung nun nicht mehr bezüglich Absatz 2: Wenn im Rahmen einer europäischen Sicht auf die Norm schon das Verschuldenserfordernis in Absatz 1 nicht geduldet werden kann, so kann es erst recht nicht auf eine Norm übertragen werden, die einer anderen, europarechtskonformen Auslegung noch zugänglicher ist. Damit würde die besondere und wichtige eigenständige Bedeutung⁸⁵⁷ von § 15 II AGG dann allerdings entfallen⁸⁵⁸.

Diese europarechtskonforme Ansicht kann das neue Gesetz in Einklang mit den Anforderungen des europäischen Rechts bringen, ohne dass eine Neuregelung unbedingt erforderlich wird⁸⁵⁹. Das Ziel des Gesetzgebers, endlich die Vorgaben komplett zu erfüllen, würde damit erreicht. Damit mag zwar der Begriff des Vertretenmüssens aus deutscher Sicht sehr weit ausgedehnt werden, jedoch stellt diese Deutung die einzige Möglichkeit dar, in den Grenzen der nationalen Möglichkeiten das Gesetz komplett mit den Vorgaben in Einklang zu bringen, ohne wieder eine neue Regelung konzipieren zu müssen.

II. Pönale Elemente des § 15 AGG

1. Anwendung des § 15 AGG im deutschen Recht

Es ist nicht möglich, die eingangs vorgestellten Vorgaben des EuGH in Bezug auf die nach europäischem Recht geforderten „Sanktionen“ zu erfüllen, wenn § 15 AGG allein im Rahmen der bekannten Strukturen des deutschen Schadensersatzrechts angewendet wird, und diese

⁸⁵⁴ Siehe BT-Drucksache 16/1780, S. 411.

⁸⁵⁵ Siehe *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 9.

⁸⁵⁶ Dazu ausführlich *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 12 ff.

⁸⁵⁷ Siehe oben, Zweiter Teil, B. II. 2. c).

⁸⁵⁸ Vgl. z. B. *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 275; Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 5.

⁸⁵⁹ Es findet bei dieser Auslegung auch keine Auslegung *contra legem* statt, weshalb die Bedenken bei *Hummel*, EuZW 2007, 268 (272) nicht geteilt werden können.

Strukturen die eingeforderten Sanktionen und eine wirksame Abschreckung nicht erlauben. § 15 AGG dient nämlich der Umsetzung der Richtlinien und soll dazu beitragen, dass das deutsche Antidiskriminierungsrecht Neuerungen erfährt, die dem Auftrag der Gleichstellung zu Gute kommen.

Ein Problem entsteht daher spätestens, sobald die Gericht gezwungen sind, § 15 AGG anzuwenden⁸⁶⁰: Denn insbesondere die Frage nach der Höhe einer Entschädigung kann entweder darauf ausgerichtet sein, ausschließlich immaterielle Schäden auszugleichen oder aber bewusst beinhalten, dass zu Abschreckungs- und Sanktionszwecken über den bloßen Entschädigungszweck hinaus gegangen wird. Endgültige Klarheit kann in der Praxis nur die Auslegung und Anwendung durch die Gerichte bringen, und zuletzt wird der EuGH über die Europarechtskonformität zu entscheiden haben⁸⁶¹.

Zum Gesamtzusammenhang einer Rechtsordnung gehört aber auch die europäische Richtlinie. Die Rechtsprechung wird schließlich in Fällen der Fristversäumung auch aufgefordert, das nationale Recht unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten so auszulegen, dass den europäischen Vorgaben Genüge getan werden konnte⁸⁶². Die Gerichte sind deshalb dazu angehalten, nationales Recht so auszulegen, dass das Ziel einer nicht fristgemäß oder nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinie dennoch erreicht wird. Vorgehen müssen sie dabei nach den jeweiligen Methoden des Mitgliedstaates⁸⁶³. Auch die deutschen Gerichte versuchten aus diesem Grunde, die vorhandenen Gesetze im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung richtlinienkonform auszulegen⁸⁶⁴. Die Frage, wie nun das AGG und somit auch Art. 15 AGG im Hinblick auf Sanktionserfordernisse anzuwenden und auszulegen ist, kann also nur vor dem Hintergrund der normativen Grundlagen und der Konzeption des Antidiskriminierungsrechts beantwortet werden. Verschiedene Faktoren spielen dabei eine Rolle: Berücksichtigt werden müssen das europäische Recht mitsamt den völkerrechtlichen Abkommen, das deutsche Recht, die Antidiskriminierungsrichtlinien und nicht zuletzt die Rechtsprechung des EuGH⁸⁶⁵. Das deutsche Recht muss damit europarechts- und richtlinienkonform ausgelegt und angewendet werden⁸⁶⁶.

⁸⁶⁰ So auch Rust/Falke/Bücker, AGG, § 15 Rn. 13.

⁸⁶¹ Die neuere Entwicklung enthält bisher jedenfalls keine konkreten Neuheiten zum Entschädigungsrecht bei Diskriminierungen, vgl. z. B. Übersicht bei Junker/Aldea, RIW 2007, 1 ff.

⁸⁶² Z. B. Benecke/Kern, EuZW 2005, 360 (361) m. w. Nw. Zur europäischen Rechtsprechung, s. o.; zur Gesetzesbindung der Gerichte siehe Ehmman/Emmert, SAE 1997, 253 (267).

⁸⁶³ Vgl. Kandler, Sanktionsmöglichkeiten, S. 50, m. w. Nw.; Mohr, Schutz vor Diskriminierungen, S. 139

⁸⁶⁴ Dazu Mohr, Schutz vor Diskriminierungen, S. 109 und S. 141 ff.

⁸⁶⁵ Ähnlich Schiek, AGG, Einl. Rn. 59.

⁸⁶⁶ Zur Unterscheidung siehe Ehrlicke, RabelZ 59 [1995], 599 (603 ff.).

2. Raum für „Sanktionen“

a) Intention des Gesetzgebers

Die Intention des Gesetzgebers bei der Schaffung des AGG war die endgültige Umsetzung europäischer Vorgaben. Insbesondere § 15 II AGG erscheint im Hinblick auf eine europarechtskonforme Auslegungsmöglichkeit daher so gestaltet, dass Freiraum in Bezug auf dadurch durchzusetzende Sanktionen im zivilrechtlichen Bereich entsteht, weil der immaterielle Schaden nicht eindeutig bezifferbar ist und „Raum nach oben“ bietet.

Auf einen Strafcharakter der europäischen Sanktionsvorgaben deutet beispielsweise hin, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale von Diskriminierungen, die einen weiten Anwendungsspielraum zulassen, oftmals schwer als „Handlung“ in dem Sinne einzustufen sind, die einen Schadensersatz nach sich ziehen kann. Denn es ist schwer, den Begriff der Belästigung an konkreten Handlungen zu beweisen. Daher wird kritisiert, dass die Richtlinien an Verhalten Sanktionen knüpfen, das nach bisherigem Verständnis kaum rechtlich relevante Handlungen darstelle⁸⁶⁷. Es sollte daher davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf mögliche Sanktionen wegen Nichtumsetzung einen europarechtskonformen Regelungskomplex verabschieden wollte. Für ein solches Anliegen spricht auch die Entstehungsgeschichte des AGG, weil der Gesetzgeber sich stark am europäischen Recht orientierte⁸⁶⁸.

Wenn also die Richtlinien, und darauf gestützt auch der EuGH, sanktionierende Wirkungen von Schadensersatznormen im Antidiskriminierungsrecht verlangen, liegt es nahe, diese Wirkungen vor allem bei § 15 II AGG zu vermuten, da gerade die Entschädigung Spielraum für Sanktionen lässt und in Tradition des § 611a BGB steht, der ebenfalls lange Zeit als Entschädigungsnorm ausgestaltet war.

Immer noch wird vertreten, dass der EuGH seine Rechtsprechung gar nicht so stark am Sanktionsbegriff orientiert habe und daher auch der deutsche Gesetzgeber das Sanktionserfordernis weiter verstehen müsse: Der EuGH habe sich in seinen Urteilen nicht dafür ausgesprochen, dass das Schadensersatzrecht zugunsten von Prävention und Sanktion von seiner Ausgleichsfunktion gelöst werden müsse, sondern sei ausdrücklich beim Grundsatz des Bereicherungsverbotens verblieben⁸⁶⁹. Dem Europarecht gehe es nach dieser Ansicht nicht um Bestrafung im „technischen Sinne“, sondern um Prävention durch den Ausgleich des Schadens. Dabei sollen allerdings sowohl die Vermögensschäden als auch die Nichtvermögensschäden, also gleich-

⁸⁶⁷ Mitterweile ist jedoch recht deutlich bestimmt, was die einzelnen Diskriminierungshandlungen beinhalten. Damit ist diese Prognose eher weniger einschlägig. Das Problem des Verschuldens hängt aber eng damit zusammen. Denn für „Strafe“ ist nach herkömmlichem Verständnis immer Verschulden notwendig.

⁸⁶⁸ Siehe oben, Erster Teil, C.

⁸⁶⁹ Siehe *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag 2006, S. 19.

sam materielle wie immaterielle Schäden, ausgeglichen werden⁸⁷⁰.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, ohne vorerst genau auf den Zweck der neu eingeführten Regel zu sehen: Die Urteile, die maßgeblich die Entstehung der Norm gefördert haben, sprechen nämlich sehr deutlich vom Abschreckungserfordernis *und* der Notwendigkeit von Sanktionen. Zwar ist der Ausgleichsgedanke auch dem so genannten „Strafschadensersatz“ nicht völlig fremd. Die Richtlinien verlangen aber dennoch wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen im Falle von ihrem Anwendungsbereich unterfallenden Diskriminierungen. Dies ergibt sich aus Art. 15 der Richtlinie 2000/43/EG und aus Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG.

Hinzu kommt das Problem, dass laut EuGH außerdem die Schadensersatzzahlungen eine abschreckende Wirkung haben sollen, was ebenfalls präventive Ansatzpunkte zum Gegenstand hat. *Kocher* macht im Zusammenhang mit dem deutschen Recht darauf aufmerksam, dass Art. 3 II GG eine stärkere Sanktion verlange als § 611a BGB im Jahr 1998 noch zusicherte. Sie schreibt dies dem Verfassungsauftrag zu. Das deutsche Recht verlangt nach ihrer Ansicht daher ebenso wie die EG-Richtlinie eine wirklich abschreckende Sanktion⁸⁷¹.

§ 15 AGG muss also, wie diese Arbeit es zu Grunde legt, auch in diesem Lichte betrachtet und ausgelegt werden, weil der Gesetzgeber eine endgültige Umsetzung der Anforderungen gewollt hat.

b) Abkehr vom Ausgleichsprinzip

Das größte Problem stellt die Schadensersatz- und Entschädigungsregelung dar, weil diese in Verdacht geraten ist, die Grundfesten des deutschen Schadensersatzsystems und damit sogar die Grundkonzeption einer ganzen Rechtsordnung zu erschüttern, indem sanktionierende Aspekte Einzug in das deutsche Recht gefunden haben, die es bisher dort nicht gegeben hat. Konkret ergibt sich dieser Verdacht daraus, dass insbesondere im Bereich der Entschädigungsregelung des § 15 II AGG weniger auf den tatsächlich beim Opfer entstandenen Schaden gesehen wird, sondern verstärkt auf den Schädiger, für den die Rechtsfolge wirksame und abschreckende Sanktionen bereit halten muss. Das kann im Ernstfall bedeuten, dass der Arbeitgeber mehr Entschädigungszahlungen leisten muss, als es tatsächlich zur Schadenswiedergutmachung nötig wäre.

Schadensersatzzahlungen sollen laut EuGH eine abschreckende Wirkung haben, was vor-

⁸⁷⁰ *EuGH v. 20.09.2001; Rs. C-453/99 (Courage Ltd./Crehan)*, Slg. 2001, I-6297, 6323 Rn. 30; *EuGH v. 03.10.1979, Rs. 238/78 (Ireks-Arkady/Rat und Kommission der EG)* Slg. 1979, 2955, 2974 Rn. 14; *EuGH v. 21.09.2000, Rs. C-441/98 und C-442/98 (Michailidis AE/Idryma Koinonikon Asfaliseon)*, Slg. 2000, I-145, 7167 f. Rn. 31 f.

⁸⁷¹ Siehe *Kocher*, *ArbuR* 1998, 221 (222).

nehmlich präventive Ansatzpunkte zum Gegenstand hat. Damit hätte eine Sanktionsmöglichkeit mit general- und spezialpräventiver Wirkung in das deutsche Schadensersatzrecht Einzug gefunden. Schon in der Diskussion um § 611a BGB fiel auf, dass das Erfordernis eines tatsächlich eingetretenen Schadens nicht mehr so sehr im Vordergrund stand wie die Tatsache, dass diskriminierendes Verhalten verhindert und gegebenenfalls sanktioniert werden müsse. Wenn der Sanktionscharakter so stark betont würde, so Ansichten in der Literatur, so sei etwa die Ernsthaftigkeit der Bewerbung keine Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen⁸⁷². Tatsache ist, dass in erhöhtem Maße auf den Diskriminierenden geschaut wird: Tatsache ist, dass der Bewerber, der ohnehin wegen mangelnder Qualifikation nicht eingestellt worden wäre, streng genommen auch keinen Schadensersatz hinsichtlich des negativen Interesses (schlichte Bewerbungskosten) geltend machen kann, weil er diese Kosten auch ohne die Diskriminierung vergeblich auf sich genommen hätte⁸⁷³. Der Schaden würde somit wegfallen. Weil aber dennoch davon ausgegangen wird, dass diese Kosten ersetzt werden müssen, spricht das wieder für einen strafenden Zweck des § 15 AGG, weil der wirkliche Schaden außer Acht gelassen und nur auf das Handeln des Arbeitgebers abgestellt wird⁸⁷⁴. Das Prinzip des Ausgleichs ist jedoch nach herrschender Ansicht eines der Grundprinzipien des Schadensersatzrechts, dass bei einer Schwerpunktsetzung auf einer sanktionierenden Wirkung ausgehebelt würde. Hierin wird deshalb ein Bruch mit dem deutschen Recht gesehen, der nicht zu Gunsten des europäischen Rechts hinzunehmen sei.

c) Bemessung der Anspruchshöhe

Eng damit zusammen hängt auch das Problem der Bemessung der Anspruchshöhe. Die Faktoren, die in die Bemessung einer Entschädigungssumme miteinbezogen werden können, lassen nämlich ebenfalls die Annahme eines Strafcharakters der Entschädigung zu: Der deutsche Gesetzgeber versucht nicht nur, dieser Anforderung des Europarechts im Rahmen des nationalen Rechts möglichst gerecht zu werden, sondern lässt insbesondere einen Bewertungsspielraum durch die Gerichte zu, der sich an Werten, die mit der Sanktionswirkung zusammenhängen, orientiert⁸⁷⁵. Am deutlichsten wird dies durch die Berücksichtigung des Verschuldensgrades, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers und der strikten Einhaltung des Prinzips der Genugtuung. Gerade die Tatsache, dass das Leistungsvermögen des

⁸⁷² So *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (254) bezüglich § 611a BGB anlässlich einer Klage, bei der der Bewerber sich mit Kinderfotos beworben hatte und abgelehnt wurde.

⁸⁷³ *Raab*, DStR 1999, 854 (858).

⁸⁷⁴ Befürwortend *Erfurter Kommentar 2006/Schlachter*, § 611a BGB Rn. 34, *Treber*, DZWIR 1998, 177 (182); *Treber*, NZA 1998, 856 (858).

⁸⁷⁵ Dazu z. B. *Sonntag*, *Entwicklungstendenzen der Privatstrafen*, S. 12 f.

Arbeitgebers sowie auch die konkrete Art und Weise der Diskriminierung in die Rechtsfolgenbeurteilung mit einfließen, lassen ausgleichsfremde Aspekte bei der Bemessung zu⁸⁷⁶.

Ausschlaggebend ist hier der für strafende Elemente so typische Bezug auf den Schädiger selbst statt auf den Schaden des Opfers, der deutlich macht, dass nicht nur ein Nebeneffekt des Ausgleichs zu verzeichnen ist, sondern bewusst gestraft werden soll⁸⁷⁷. Schon das Einstellungsverfahren muss z. B. diskriminierungsfrei sein, weshalb keine Lösung erlaubt ist, die einem diskriminierten Bewerber den angemessenen Schadensersatz versagt, nur weil es besser qualifizierte Bewerber gegeben hat⁸⁷⁸. Die Arbeitsgerichte folgerten daraus, dass diskriminierendes Verhalten gebrandmarkt werden muss und das Opfer Schadensersatz erhalten muss⁸⁷⁹.

D. Ergebnis zum zweiten Teil

Die Sanktionserfordernisse, die durch das europäische Recht aufgegeben werden, bestehen vornehmlich in Strafe und Abschreckung für begangenes Unrecht. § 15 AGG bietet dem entsprechend Raum für Aspekte, die sowohl nach europäischem wie auch nach deutschem Recht als pönale eingestuft werden können. Sie können maßgeblich bei der Höhe der zu zahlenden Entschädigung berücksichtigt werden⁸⁸⁰. Insbesondere kann nach dem Willen des Gesetzgebers durch den verstärkten Blick auf den Schädiger eine Sanktion erreicht werden, die über das Prinzip des Ausgleichs hinausgeht. Diese Möglichkeit dient in erster Linie generalpräventiven Aspekten, um Arbeitgeber generell von Diskriminierungen abzuhalten⁸⁸¹. Zumindest in der Anwendungstheorie der Norm existieren daher pönale Elemente, die nach dem Willen des Gesetzgebers die europäischen Anforderungen erfüllen sollen. Diese präventiven Elemente dürfen nicht unterschätzt werden, weil sie vornehmlich durch die Androhung eines empfindlichen Übels, namentlich der Sanktion durch Geldzahlungen, hervorgerufen werden⁸⁸².

Geklärt ist damit, wie § 15 AGG als vertragliche Haftungsnorm nach einer Sichtweise, die stark mit dem Europäischen Recht und dessen Vorgaben konform geht, ausgelegt und angewendet werden kann. Sofern nicht auf eine erneute Korrektur durch den EuGH Wert gelegt wird, muss die Norm hinsichtlich des Verschuldenserfordernisses in § 15 I AGG unbedingt abgeändert bzw. europarechtskonform ausgelegt werden. Kompensations- und Sanktionsan-

⁸⁷⁶ Siehe auch *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 12 f.

⁸⁷⁷ Dazu z. B. *Bentert*, Das pönale Element, S. 6 f.

⁸⁷⁸ BVerfGE 89, 276 (286 f.)=NZA 1994, 745.

⁸⁷⁹ Siehe *Dieterich*, NZA 1996, 673 (675).

⁸⁸⁰ Kritischer zur Einordnung als strafende Norm z. B. *Dornheim*, Sanktionen, S. 41, zu § 241a BGB.

⁸⁸¹ Siehe *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 79.

⁸⁸² Vgl. dazu *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 79.

teile sind im Rahmen des § 15 II AGG außerdem zusammen zu führen⁸⁸³. § 15 II AGG bietet damit das durch das europäische Recht geforderte Einfalltor für sanktionierende Elemente⁸⁸⁴. Denn die Berücksichtigung einer stark auf den Schädiger gerichteten Sichtweise spricht dafür, dass § 15 II AGG maßgeblich dazu beitragen kann, Entschädigungssummen an das Verhalten des diskriminierenden Arbeitgebers zu knüpfen. Die Frage nach den tatsächlichen auszugleichenden Schäden ist nicht mehr alleiniges Kriterium bei der Bemessung der Höhe der Entschädigungszahlung. Neben den Interessenausgleich privater Konflikte treten Aufgaben der Verhaltenssteuerung, die in diesem Fall über den Schadensausgleich erreichbar werden⁸⁸⁵. Damit werden wichtige Forderungen des europäischen Gesetzgeber endlich erfüllt.

Ausgeführt worden ist damit aber noch nicht, ob nach dieser Sichtweise die Anwendung der Regeln des § 15 AGG im deutschen Recht durchführbar sind und auf welche Widrigkeiten diese stoßen kann.

Im Hinblick auf die Vorgaben des europäischen Gesetzgebers ist nämlich zunächst problematisch, dass damit Sanktionen eingeführt werden, die möglicherweise im deutschen Recht gar nicht umgesetzt werden dürfen, weil es sich hierbei um fremde Rechtsinstitute handeln könnte, die vielleicht grundlegende Entscheidungen des deutschen Gesetzgebers konterkarieren und damit einen schweren Eingriff in das deutsche Rechtssystem darstellen würden, weil der *ordre public* des deutschen Rechts nicht eingehalten wird, indem die längst abgeschaffte Privatstrafe wieder eingeführt wird.

Auch ist auch das fehlende Verschuldenserfordernis kritisch zu hinterfragen, weil auch dies im deutschen Recht dort eher fremd erscheint, wo es um eine Schadenswiedergutmachung auf Grund einer Rechtsverletzung geht.

Schließlich ist zu klären, ob § 15 AGG in seiner jetzigen Ausgestaltung nicht sogar verfassungswidrig ist: Vorliegen könnte ein unzulässiger Eingriff in die Vertragsfreiheit, weil der Arbeitgeber keine freie Entscheidung mehr über eine Einstellung treffen darf. Auch die Einhaltung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit steht in Frage, wo konkrete Obergrenzen fehlen und das Verschuldenserfordernis für viele Ansprüche ausgeklammert ist.

Wie diese Probleme aus der Sicht des deutschen Rechts zu werten sind, soll im nun folgenden Teil dieser Arbeit behandelt werden. Es wird dabei darum gehen, ob der europäisch beeinflusste § 15 AGG mit dem deutschen Recht nach der dargestellten Auslegung konform geht oder einen Fremdkörper darstellt, der in die hiesige Rechtsordnung nicht passt.

⁸⁸³ So formuliert *Annuß*, NZA 1999, 738 (742).

⁸⁸⁴ Vgl. *Annuß*, NZA 1999, 738 (741).

⁸⁸⁵ So *Annuß*, NZA 1999, 738 (741). Dazu auch *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 39.

A. Ausgangsüberlegungen

I. Einleitung

Wie sich gezeigt hat, beruht § 15 AGG im Wesentlichen auf europäischen Vorgaben. Die Anforderungen, die die Richtlinien und die Rechtsprechung des EuGH mit sich bringen, müssen bei der Umsetzung in deutsches Recht erfüllt werden⁸⁸⁶. Die Entstehungsgeschichte des § 611a BGB hat gezeigt, dass es insbesondere bei antidiskriminierungsrechtlichen Neuregelungen schwierig ist, alle europäischen Anforderungen auch tatsächlich zu erfüllen. Deshalb ist – aus europäischer Sicht - auch § 15 AGG nur dann eine gelungene Umsetzung, wenn dadurch ein entsprechender Spielraum für verhältnismäßige Sanktionen gegeben wird und für genügend Abschreckung gesorgt ist.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass § 15 AGG - trotz Problemen mit dem Verschuldenserfordernis und den unterschiedlichen Möglichkeiten der Höhenbegrenzung - eine Norm ist, die eine Akzeptanz der europäischen Vorgaben grundsätzlich widerspiegelt.

Die Erfüllung der europäischen Vorgaben ist jedoch nur eine von *zwei* Hürden, für die Normen, die auf Grund von europarechtlichen Werteentscheidungen in das nationale Recht integriert werden, zu überwinden haben: Neben der Berücksichtigung europäischer Anforderungen müssen sie sich auch noch korrekt in das innerstaatliche Recht einfügen. Denn sonst besteht die Gefahr, dass z. B. Rechtsinstitute eingeführt werden, die die Grenzen zwischen den Rechtsgebieten (Öffentliches Recht und Zivilrecht) verschwimmen lassen und damit für Unordnung im nationalen Recht sorgen. Grundlegende Entscheidungen des deutschen Gesetzgebers könnten so ignoriert und letztlich konterkariert werden. Letztlich wäre dies im Rahmen der Rechtsgemeinschaft der Mitgliedstaaten nicht hinnehmbar, da dann einzelne Staaten ihre Selbstständigkeit bei der Rechtsetzung zum Teil einbüßen müssten.

Die Integration einer Norm in das deutsche Zivilrecht kann daher auch Probleme mit sich bringen, obwohl die Staaten insbesondere bei der Richtlinienumsetzung selbst die Neuregelungen in das innerstaatliche Recht integrieren können. Kollisionsprobleme müssen deshalb einer Lösung zugeführt werden⁸⁸⁷.

Hinsichtlich des neuen Antidiskriminierungsrechts stellt sich die grundsätzliche Frage, ob § 15 AGG aus deutscher Sicht überhaupt europarechtskonform ausgelegt werden *darf* bzw. ob

⁸⁸⁶ Z. B. durch Auslegung, siehe Zweiter Teil, C. I. 1. b)

⁸⁸⁷ Dazu im Überblick *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 28 ff.; *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Arbeits- und Sozialrecht, § 9 Rn. 6 ff.

die Norm in das hiesige Rechtssystem integrierbar ist, ohne die Rechtsordnung auf den Kopf zu stellen⁸⁸⁸. Ausgangspunkt soll hier die Problematik sein, wie § 15 AGG sich im Spannungsfeld zwischen europäischen Vorgaben und deutschen Möglichkeiten verhält, damit einzelne Divergenzen aufgezeigt werden können.

II. § 15 AGG im Spannungsfeld zwischen europäischem und deutschem Recht

§ 15 AGG ist nicht ohne Kritik von den deutschen Rechtswissenschaftlern hingenommen worden. Es wurde vermutet, dass gerade die im zweiten Teil dargelegte europarechtsfreundliche Anwendung der Norm zu Brüchen im deutschen Recht führen würde. Solche Brüche können entstehen, indem z. B. Umsetzungsakte erfolgen, die die Strukturen des rein innerstaatlichen Rechts aufweichen, weil dadurch neue und bisher unbekannte Rechtsinstitute eingeführt werden. Solche neuen Vorschriften können den Rahmen des bisher abwendbaren Rechts sprengen und somit gegen einfachgesetzliche Systementscheidungen oder auch grundlegende Verfassungsprinzipien verstoßen⁸⁸⁹. Es stellt sich daher die Frage, ob § 15 AGG überhaupt in das deutsche Recht integriert werden durfte, weil damit Sanktionserfordernisse eingeführt wurden. Diese strafenden Aspekte kennt das deutsche Recht nämlich im Zivilrecht streng genommen nicht⁸⁹⁰. Außerdem wurde gerügt, dass eine Haftung ohne Verschulden im deutschen Recht so nicht denkbar sei. Nicht zuletzt wurden auch Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Norm geäußert. Somit ergeben sich einige Anhaltspunkte für eine Kollision zwischen den europäischen Vorgaben und dem nationalen Recht.

§ 15 AGG ist vor allem deshalb in Kritik geraten, weil vertreten wird, er enthalte die durch das europäische Recht verlangten scharfen Sanktionen statt bloßer im deutschen Recht bekannter Ausgleichsgesichtspunkte⁸⁹¹. Diese sanktionierende Wirkung sei rechtsfremd und könne deshalb auch zu Gunsten des europäischen Rechts nicht akzeptiert werden⁸⁹².

Dagegen wird zunächst vorgebracht, dass es sich bei § 15 AGG ausdrücklich nicht um eine

⁸⁸⁸ Überblick bei *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774 (775).

⁸⁸⁹ Vgl. *Kandler*, Sanktionsmöglichkeiten, S. 44.

⁸⁹⁰ Vgl. positive Stellungnahmen bei *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 14; Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15, Rn. 14. Kritisch dagegen *Herms/Meinel*, DB 2004, 2370 (2373); *Schiek*, NZA 2004, 873 (880); *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (393). Ablehnend stehen der Norm diesbezüglich gegenüber etwa *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (363); *Mohr*, Punitive Damages, S. 119 ff; bezüglich noch § 611a BGB ablehnend *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 213; *Kummer*, Umsetzungsanforderungen, S. 99 ff.

⁸⁹¹ Kritisch z. B. *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 ff.; *Blomeyer*, NZA 1994, 633 (640); *Franzen*, ZEuP 1995, 796 ff.; *Herms/Meinel*, DB 2004, 2370 ff.

⁸⁹² Kritisch z. B. *Herms/Meinel*, DB 2004, 2370 (2373); *Schiek*, NZA 2004, 873 (880); *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (393). Ablehnend auch *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (363); *Mohr*, Punitive Damages, S. 119 ff; bezüglich noch § 611a BGB ablehnend *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 213; *Kummer*, Umsetzungsanforderungen, S. 99 ff.

strafende Norm handle. Die Entschädigung sei als Ersatz des Nichtvermögensschadens geplant worden und somit eine Ausnahme von § 253 I BGB. Damit müsse sich die Höhe der Entschädigungssumme aber nach dem Ausmaß des immateriellen Schaden richten und damit dem Kompensationsprinzip folgen⁸⁹³.

Es spricht viel dafür, dass pönale Elemente in dieser Norm zu finden sind. Deshalb soll die Integrationsfähigkeit dieser pönalen Aspekte überprüft werden. Denn wenn die Bedenken hinsichtlich des Sanktionscharakters der Norm belegbar und zu teilen sind, kann damit die Aushebelung grundlegender Prinzipien des deutschen Rechts gegeben sein.

Zu den Problemen im Zusammenhang mit Sanktionen gesellt sich außerdem noch ein weiteres Problem, das mit dem fehlenden Verschuldenserfordernis einhergeht⁸⁹⁴. Bereits in der Entwicklung des § 611a BGB zeichnete sich die Problemstellung ab, dass das europäische Recht ausdrücklich auch dann, wenn kein Verschulden des diskriminierenden Arbeitgebers nachweisbar war, eine Haftung verlangte⁸⁹⁵. Dieses Verschuldenserfordernis wurde sodann in der letzten Fassung des § 611a BGB gestrichen⁸⁹⁶. Jetzt, mit der Neuregelung, findet sich in § 15 I AGG wiederum der Begriff des „Vertretenmüssens“. Sofern dieser Begriff Verschulden voraussetzt, ist die Norm nicht europarechtskonform. Legt man die Norm so aus, dass Vertretenmüssen nicht Verschulden meint, sondern nur eine Zuordnung zum Handlungskreis des Schädigers, so begegnet dies Kritik, weil nach deutschem Verständnis nicht Schadensersatz geleistet werden kann, ohne dass ein Verschulden vorher festgestellt wird⁸⁹⁷. Auch auf dieses Problem wird einzugehen sein, wenn Sanktionen über den Weg des Schadensersatzes verhängt werden können.

§ 15 AGG darf auch nicht der Verfassung, also dem Grundgesetz, widersprechen. Es wurde jedoch der Verdacht geäußert, dass die Rechtsfolgen des § 15 AGG nicht mehr verhältnismäßig seien und daher gegen Art. 20 GG bzw. das Rechtsstaatsprinzip verstoßen würden. Außerdem würden Freiheitsrechte des Arbeitgebers unzulässig eingeschränkt, der Grundsatz der Privatautonomie verletzt und der Arbeitgeber durch die Verhängung von Strafen im Zivilrecht seinem gesetzlichen Richter entzogen. Auch das Verfassungsrecht soll daher im Rahmen der folgenden Untersuchung eine Rolle spielen, indem § 15 AGG an dessen Maßstab überprüft wird.

⁸⁹³ Dieser Ansicht z. B. statt vieler Däubler/Bertzbach/*Deinert*, AGG, § 15 Rn. 14; Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 AGG Rn. 14 ff.

⁸⁹⁴ Siehe oben, Zweiter Teil, B. II. 3. a) (aa) (4).

⁸⁹⁵ Siehe *EuGH* v. 22.04.1997, EuGH Rs. C-180/95 (*Draehmpaehl./. Urania Immobilienservice oHG*) Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839=NZA 1997, 645 ff. Zu diesem Problembereich auch Rust/Falke/*Bücker*, AGG, § 15, Rn. 8 ff.; *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2005, 32 ff.

⁸⁹⁶ § 611a II BGB in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 29.06.1999, BGBl. I, S. 1694. Siehe dazu auch Rust/Falke/*Bücker*, AGG, § 15 Rn. 10.

⁸⁹⁷ Z. B. Dazu z. B. *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (337).

Diese dargelegten Ausgangsüberlegungen haben gezeigt, dass überprüft werden muss, ob eine Anwendung des § 15 AGG, wie das europäische Recht sie verlangt, möglich ist. Dies könnte problematisch sein, wenn ein fremdes Rechtsinstitut eingeführt wurde, Strafen generell nicht in das deutsche Zivilrecht integrierbar wären oder § 15 AGG wegen der Kopplung der Sanktionen an verschuldensunabhängigen Schadensersatz nicht verfassungsgemäß wäre.

Weil Ideen aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum maßgeblich die Richtliniensetzung und damit auch das deutsche Recht beeinflusst haben, soll daher zunächst unter B. ein Überblick über die Rechtsfolgenregelungen dieses Rechtskreises erfolgen, um anschließend zu entscheiden, ob § 15 AGG eine *punitive damages* – Regelung darstellt und bereits aus diesem Grunde nicht vertretbar ist, diese Norm im Lichte des europäischen Lichts zu sehen. Anschließend werden unter C. einige Überlegungen zur Privatstrafe erfolgen, auf Grund derer § 15 AGG eingeschätzt werden soll. Teil D. beschäftigt sich zuletzt mit der Verfassungsmäßigkeit von § 15 AGG, wobei neben der Frage nach einem unzulässigen Eingriff in die Privatautonomie auch das Verschuldenserfordernis eine zentrale Rolle spielen wird. Abschließend soll ein Ergebnis zur Integrationsfähigkeit eines europarechtskonform ausgelegten § 15 I, II AGG formuliert werden.

B. Strafende Elemente des § 15 AGG und *punitive damages*

I. Probleme bei der Einführung fremder Rechtsinstitute

Rechtsfremde Aspekte stellen in der Tat und trotz der europäischen Gesinnung des Grundgesetzes problematische Fälle dar. Generell darf die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nämlich nicht zur Auslegung nationaler Normen *contra legem* führen⁸⁹⁸. Vielmehr kann die Auslegung nur in den Grenzen der nationalen Methodenlehre stattfinden. Dies bestätigt auch der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung⁸⁹⁹. Die Pflicht zu richtlinienkonformen Auslegung besteht daher nur innerhalb des Rahmens, der dem Richter nach dem nationalen Recht zur Verfügung steht. Der hier interessante Kritikpunkt bezieht sich vor allem auf die Schadensersatzregelung an sich, weil nach europäischem Recht darin Sanktionen geregelt sein müssen. Insbesondere diese „Sanktionsregelung“ hätte in den Augen vieler Rechtswissenschaftler daher schon komplett geändert werden müssen, bevor das Gesetz überhaupt in Kraft treten konnte. Da es sich um Regelungen im Rahmen des Schadensersatzes handelt, wird genau diese Form der „Strafe“ vielfach als „Strafschadensersatz“ bezeichnet. Mit dieser Bezeichnung wird auch der Begriff der anglo-amerikanischen *punitive damages* gern übersetzt.

⁸⁹⁸ So Auer, NJW 2007, 1106 ff.

⁸⁹⁹ EuGH v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465 (Adelener).

Weil deshalb die Nähe zum anglo-amerikanischen Recht deutlich wird, wird vielfach angenommen, dass § 15 AGG solche *punitive damages* einführt und somit die Privatstrafe wiederbelebt wird, die das deutsche Zivilrecht nach herrschender Ansicht eigentlich gar nicht mehr kennt⁹⁰⁰.

Bereits nach der Einführung der zweiten Fassung des § 611a BGB und so auch nach dem Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes im Jahr 2004 wurde in den geplanten Gesetzen die Einführung von *punitive damages* in das deutsche Recht gesehen⁹⁰¹. Gestützt wurde diese Überlegung auf die Ansicht, dass die neuen Regelungen einen Entschädigungsanspruch mit Straf- und Präventionswirkung beinhalteten, weil dies im Sinne der europarechtlichen Vorgaben auch von Nöten war und nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers ausschließlich im Zivilrecht umgesetzt werden sollte. Dass solche Elemente Eingang in das deutsche Recht gefunden haben könnten, wird vor allem dadurch intendiert, dass die Richtlinien teilweise das anglo-amerikanische Recht in ihrem Wortlaut eins zu eins übernommen haben und auch der deutsche Gesetzgeber die Regelungen aus den Richtlinien in das AGG teilweise wortgleich übernommen hat⁹⁰².

Probleme tauchen beispielsweise dort auf, wo kritisiert wird, dass die aus dem amerikanischen Recht bekannten *punitive damages* „astronomisch hoch“ seien und daher dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht gerecht werden, und dass das Konzept des Strafschadensersatzes nicht dem des deutschen Schadensrechts entspreche⁹⁰³.

Vertreten wird in diesem Zusammenhang, dass aufgrund des in Amerika schon lange bekannten und praktizierten Schutzes vor Diskriminierungen die Europäischen Mitgliedstaaten Amerika als Vorbild betrachten. Dies sei bereits dadurch indiziert, dass schon die Richtlinien selbst stark durch das amerikanische Vorbild vorgeformt sind⁹⁰⁴. Die Richtlinien greifen inhaltlich vornehmlich auf das Recht Großbritanniens zurück, aber auch Ähnlichkeiten mit dem amerikanischen Recht liegen damit auf der Hand⁹⁰⁵.

Zunächst drängt sich dabei auf, dass die Idee des europäischen Antidiskriminierungsrechts keineswegs aus sich selbst heraus geboren wurde. Vielmehr gab es für die speziellen Anforderungen eine Anlehnung an ein bereits seit langem bestehendes und funktionierendes Rechtssystem, das im anglo-amerikanischen Raum sehr erfolgreich ist. Die Vorgaben der europäischen Richtlinien und die Umsetzung durch § 15 AGG erinnern deshalb stark an Verhältnisse

⁹⁰⁰ Staudinger/*Annuß*, BGB (2005), § 611a BGB Rn. 19 ff.; *Ebert*, Pönale Elemente, 354; *Adomeit*, NJW 1997, 2295; *Annuß*, NZA 1999, 738 (741); *Klumpp*, Privatstrafe, S. 13.

⁹⁰¹ Siehe *Herms/Meinel*, DB 2004, 2370; dazu auch *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 210 ff.; *Müller*, MDR 1999, 750 f.; *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (413).

⁹⁰² Vgl. *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774 f.

⁹⁰³ Vgl. *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (413).

⁹⁰⁴ Siehe *Thüsing*, NZA 2001, 939; *Wagner*, Gutachten A für den 45. Deutschen Juristentag, S. A 71.

⁹⁰⁵ Siehe *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 71; *Däubler/Bertzbach/Däubler*, AGG, Einleitung Rn. 72.

des anglo-amerikanischen Rechts. Diese Ähnlichkeit ist kein Zufall, denn das europäische Rechts hat das US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht aufgegriffen und als Vorbild verwendet⁹⁰⁶. Die englische Fassung der Richtlinien stimmt teilweise wörtlich mit amerikanischen Texten überein⁹⁰⁷. Hiernach könnte beispielsweise eine Art „Strafschadensersatz“ zur Umsetzung der neuen Regelungen in Frage kommen, der nach anglo-amerikanischem Recht bekannt ist und tatsächlich im Zivilrecht einzuordnen wäre. Dieser Gedanke liegt nahe, weil bei den europäischen Vorgaben deutlich wurde, dass eine Regelung gefunden werden musste, die eine hinreichend abschreckende Wirkung für die Diskriminierenden als auch eine Genugtuung für die Opfer bereit halten musste⁹⁰⁸.

Allerdings wird das amerikanische Recht aus deutscher Sicht eher kritisch gesehen, weil es insbesondere im Bereich des Schadensersatzrechts einige Besonderheiten aufweist und z. B. die Privatstrafe erlaubt. Privatstrafen sind vor allem deshalb in den Blickwinkel der Kritiker gerückt, weil sie aus dem anglo-amerikanischen Recht kommen und die neuen Regeln den Verdacht aufkommen lassen, dass sie sich mehr an der Reaktion auf ein bestimmtes Handeln des Arbeitgebers orientieren als am Ausgleich für einen tatsächlich entstandenen Schaden.

Die Ähnlichkeit der Regelungen des § 15 AGG zu den *punitive damages* in England und Amerika liegt auf der Hand und wäre möglicherweise problematisch, da durch die höchstrichterliche Rechtsprechung wiederholt festgestellt wurde, dass *punitive damages*-Urteile in Deutschland nicht anerkannt werden können. Die Aufnahme dieses Rechtsinstitutes würde aus diesem Grunde einen Bruch im deutschen Rechtssystem darstellen, der schwere Folgen nach sich ziehen könnte.

Um das deutsche Recht auf Übereinstimmungen und Ähnlichkeiten mit solchen *punitive damages* zu untersuchen, soll zunächst die Struktur dieses Rechtsinstitutes dargelegt werden. Danach soll untersucht werden, welche Rolle *punitive damages* im amerikanischen Arbeitsrecht spielen können.

II. *Punitive damages* als Vorbild für das AGG

1. *Punitive Damages* im Allgemeinen

a) Begriff der *punitive damages*

Im anglo-amerikanischen Rechtsraum ist es bereits seit langer Zeit möglich, bei Rechtsverletzungen neben dem Schadensersatz für materielle und immaterielle Schäden auch darüber hin-

⁹⁰⁶ So *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3.

⁹⁰⁷ So *Thüsing*, NZA 2001, 939.

⁹⁰⁸ Z. B. *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, S. 155.

aus einen „Schadensersatz mit Strafcharakter“⁹⁰⁹ zu bekommen. Dieser wird zusätzlich unter dem Aspekt gewährt, dass der Schädiger für sein Fehlverhalten gemäßregelt werden soll⁹¹⁰. Solchen Zahlungsurteilen wohnt deshalb oftmals ein besonderes Sanktionselement bei. Man nennt diese Schadensersatzleistungen *punitive damages*, bzw. *vindictive* oder *exemplary damages*⁹¹¹. Ein Vorläufer der heutigen *punitive damages* sind so genannte *multiple damages* (mehrfacher Schadensersatz), die eine Jahrtausende alte Tradition haben und sogar schon im *Codex Hammurabi* oder auch in der *Bibel* auftauchen. Sie wurden hauptsächlich bei Vermögensdelikten und Körperverletzungsdelikten gewährt⁹¹². Sie werden auch heute noch diskutiert, wenn im amerikanischen Recht Kartellstreitigkeiten vorliegen, bei welchen der Geschädigte insbesondere den genauen Schaden nicht beziffern kann, weil dieser z. B. durch den Verlust von „*goodwill*“ verursacht wird. Die konkrete Summe des Schadensersatzes wird dabei vervielfacht (*double/treble damage*). Sie verfolgen denselben Zweck wie *punitive damages* und werden auch im Arbeitsrecht verwendet, wenn es z. B. um Diskriminierungen wegen des Alters geht⁹¹³. Ins Deutsche übersetzt wird der Begriff gern mit dem Wort „Strafschadensersatz“⁹¹⁴. „*Punitive*“ entspricht in der Tat der Bedeutung von „*Straf-/strafend*“⁹¹⁵. Dies gibt demnach zumindest einen Teil der Funktion des Rechtsinstitutes wieder.

Allerdings wird in der Literatur bezweifelt, ob allein dieser Begriff eine erschöpfende Entsprechung darstellt⁹¹⁶: *Punitive damages* verfolgen, wie noch zu zeigen sein wird, wesentlich mehr Zwecke als allein Schadensersatz und Strafe. Es wird auch nicht zwangsnotwendig ein Schaden ersetzt, ist doch hierzu das Institut der *compensatory damages* vorgesehen. Der Begriff „Strafschadensersatz“ als Übersetzung für *punitive damages* soll daher zunächst hier nicht verwendet werden⁹¹⁷.

⁹⁰⁹ Diese Formulierung verwendet *Schwarze*, NZG 2003, 804.

⁹¹⁰ Zur Abgrenzung von *tort*, *crime* und *punitive damages* siehe *Prosser/Keeton*, On Torts, S. 7 ff.

⁹¹¹ Begriffe bei *Prosser/Keeton*, On Torts, S. 9; *Redden*, Punitive Damages, S. 23; *Behr*, Chicago-Kent Law Review Vol. 78 [2003] S. 105 f.; siehe auch *Klode*, NJOZ 2009, 1762 (1764).

⁹¹² Mit Hinweisen auf weitere Gesetze vom Hindu-Recht bis ins Römische Recht siehe *Redden*, Punitive Damages, S. 24 f.; vgl. *Sales/Cole*, Vabd. L. Rev. 37 [1984], 1117 (1119); Zusammenhang sieht *Graf von Westphalen*, RIW 1981, S. 143.

⁹¹³ Dazu *Grossfeld*, Die Privatstrafe, S. 71; *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (405); *Fenske*, Altersdiskriminierung, S. 232 ff.

⁹¹⁴ Vgl. v. *Hülsen*, Produkthaftungspflicht USA 1978/79, RIW 1981, S. 1 ff.

⁹¹⁵ So *Schütze* in: Festschrift für Nagel, S. 395.

⁹¹⁶ Vgl. *Bungert*, ZIP 1992, 1715; *Drolshammer/Schärer*, SJZ 1986, 309 (313); kritisch auch *Müller*, Punitive damages, S. 8.

⁹¹⁷ Ander aber z. B. *Drolshammer/Schärer*, SJZ 1986, 309 (313).

b) Historie

Der Begriff der *punitive damages* selbst existiert bereits seit über 200 Jahren und entstammt dem Haftungssystem des anglo-amerikanischen Rechtsraums⁹¹⁸. Er beschreibt eine Urteilsfindung, bei der die verhängte Rechtsfolge die Zahlung von Geld als Entschädigung zum Gegenstand hat, die jedoch nicht nur einen materiellen Schaden ausgleicht, sondern darüber hinaus geht. Der Begünstigte ist in diesem Fall nicht der Staat, sondern der Geschädigte selbst.

Der historische Begriff der *punitive damages* gehen zurück auf den *Wilkes*-Skandal im England des 18. Jahrhunderts⁹¹⁹: John Wilkes veröffentlichte im Vorfeld der Erklärung der amerikanischen Unabhängigkeit eine Schrift, in der er die Minister König George III. vehement angriff und um Sympathie für die amerikanischen Kolonien warb. Aufgrund eines Durchsuchungs- und Haftbefehls „gegen Unbekannt“ durchsuchte man daraufhin sein Haus und ließ ihn verhaften. Dabei entstand dem Opfer kein Schaden, der real bemessbar gewesen wäre. Auf seine gegen dieses Vorgehen gerichtete Schadensersatzklage hin wurden ihm ein hoher Geldbetrag zugesprochen, der über den bloßen Ausgleich der Unannehmlichkeiten hinaus ging. Zweck dieser *punitive damages* war, dass die Regierung bestraft und vor zukünftigem Rechtsmissbrauch abgeschreckt werde⁹²⁰. Ab diesem Zeitpunkt begann sich die Praxis einzubürgern, große Geldsummen für seelischen Schmerz und verletzte Gefühle zuzusprechen, die über den Ersatz des real entstandenen Schadens hinaus ging⁹²¹. Diese Zahlungsverpflichtung bezeichnete man in England als *exemplary damages*, die nicht nur dem Staat auferlegt wurden, sondern auch privaten Individuen, die vorsätzlich anderen Schaden zufügten⁹²².

Anglo-amerikanisches Deliktsrecht entwickelte sich aber erst spät als vom Strafrecht unabhängige Fallgruppe, weil man erkannte, dass Schadenswiedergutmachung und Bestrafung eng bei einander liegen. Dies erklärt auch den Einsatz von *punitive damages* für präventive und pönale Elemente⁹²³. Die Doktrin über Schadensersatz, der den Täter über Kompensation hinaus bestrafen sollte, gelangte bald auch nach Amerika und sollte sich hier erst zu ihrer vollen Größe und Bedeutung für das Schadensersatzrecht entwickeln⁹²⁴. Dort wurden dann aus den

⁹¹⁸ Vgl. *Bungert*, ZIP 1992, 1707; mit Darstellung der Entwicklung in Amerika *Note* in HarvLR 70 (1956/57) 518 ff.; *Redden*, Punitive Damages, S. 1 ff. und 23 ff. Überblick zum Rechtssystem im amerikanischen Raum: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 14, S. 177 ff. und § 17, S. 233 ff.

⁹¹⁹ Siehe *Wilkes v. Wood* 98 Eng. rep. 489 (K.B. 1763); näheres bei *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 24 f.; *Redden*, Punitive Damages, S. 26 f.

⁹²⁰ Historische Wurzeln nachzulesen bei *Siehr*, RIW 1991, 705; *Redden*, Punitive Damages, S. 26 ff. *Note* in HarvLR 70 (1956/57) 517-533 (518-520).

⁹²¹ Vgl. *Grossfeld*, Die Privatstrafe, S. 37.

⁹²² Siehe *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 23 ff.

⁹²³ Dazu *Zekoll*, VersR 1992, 1059 ff.

⁹²⁴ Zur Verbreitung z. B. *Cordewener*, JA 1998, 168 (170), *Redden*, Punitive Damages, S. 31 ff.

exemplary damages so genannte *punitive damages*⁹²⁵. *Punitive damages* werden dem Opfer neben den *compensatory damages* und den *damages for pain and suffering* als reinem Schadensersatz bzw. Schmerzensgeld zuerkannt und gehen in der Regel darüber hinaus⁹²⁶. Das Schmerzensgeld selbst hat daher keinerlei pönale Funktion, sondern gleicht ausschließlich bemessbare Beeinträchtigungen aus⁹²⁷. *Punitive damages* bezeichnet man deshalb zuweilen auch als *smart money*⁹²⁸, denn sie gehen über den bloßen Ersatz hinaus. Sie werden auch als „Zuschlag zum Schadensersatz“ qualifiziert⁹²⁹. Eine Verhältnisformel zwischen Kompensationschadensersatz und *punitive damages* besteht in den meisten Staaten nicht⁹³⁰. Ihre Anwendung ist über einen langen Zeitraum immer weiter ausgedehnt worden.

c) Verbreitung

In Amerika gibt es kein einheitliches Recht bezüglich *punitive damages*, insbesondere der Versuch, eine bundeseinheitliche Regelung einzuführen, scheiterte 1996⁹³¹. Das Deliktsrecht ist in den USA Sache der Bundesstaaten und unterliegt daher verschiedenen Gesetzen. *Punitive damages* sind aus diesem Grunde nicht in allen US-amerikanischen Staaten anerkannt⁹³². Auch das Verständnis ihrer Funktionen ist nicht überall dasselbe. Bei einigen Gerichten liegt der Schwerpunkt im Ausgleich von Schäden, in anderen Ländern werden sie nur eingeschränkt oder nur kompensierend angewendet. In einigen amerikanischen Bundesstaaten wird ein bestimmter Anteil der *Punitive damages* an die Staatskasse oder gemeinnützige Einrichtungen gezahlt⁹³³. Nur wenige, namentlich Delaware und Wisconsin, nehmen an, dass es sich bei *punitive damages* allein um strafende Faktoren handelt. Z. B. Louisiana, Massachusetts, Nebraska und Washington lehnen sie dagegen komplett ab⁹³⁴.

⁹²⁵ Vgl. *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 25; speziell zur frühen Entwicklung in Amerika siehe *Sales/Cole*, Vand L. R. 37 [1984], 1117 (1120 ff.).

⁹²⁶ Vgl. *Bungert*, ZIP 1992, 1715 – dort auch Wortlaut der Definition im Restatement (Second) of Torts § 908 (1) (1977); *Hay*, Einführung ins US-amerikanische Recht, S. 97; *Schwarze*, NZG 2003, 804; zur Unterscheidung des verschiedenen Schadenspositionen z. B. *Cordewener*, JA 1998, 168 (169).

⁹²⁷ Z. B. *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 350; auch *Behr*, Chicago-Kent Law Review Vol. 78 [2003] S. 111.

⁹²⁸ Siehe *Schütze* in Festschrift für Nagel, S. 392 (395); *Redden*, Punitive Damages, S. 23.

⁹²⁹ Z. B. bei *Müller*, Punitive damages, S. 7.

⁹³⁰ So *Bungert*, ZIP 1992, 1707 (1715).

⁹³¹ Einzelheiten bei *Mörsdorf-Schulte*, Punitive Damages, S. 56; *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 334, Fn. 55; *Schwarze*, NZG 2003, 804 (805).

⁹³² Eine umfassende Übersicht bietet *Redden*, Punitive Damages, S. 162 ff.

⁹³³ Vgl. *Bungert*, ZIP 1992, 1707 (1715).

⁹³⁴ Siehe *Bungert*, ZIP 1992, 1707 (1715); *Cordewener*, JA 1998, 168 (174); *Klode*, NJOZ 2009, 1762 (1766 f.); Übersicht bei *Sales/Cole*, Vand. L. Rev. 37 [1984], 1117 (1124 f.); *Redden*, Punitive Damages, S. 24.

d) Weitere Entwicklung des Rechtsinstitutes

Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts ist der Rechtsbehelf der *punitive damages* dazu da, zu strafen, abzuschrecken und zu rächen. Sie entstammen ursprünglich dem *Common Law* und werden aufgrund von *case law*-Präjudizien, Einzelregelungen der Bundesstaaten oder Bundesrecht zugesprochen⁹³⁵. Nur sofern keine gesetzlichen Vorschriften bestehen, kommt das ungeschriebene *common law* zur Anwendung⁹³⁶. England und Amerika beschränkten jedoch schon seit dem Ende des 19. Jahrhunderts verschiedene Wege im Schadensersatzrecht: In England trat die Straf- und Sühnefunktion langsam zurück, weil dies eine Aufgabe des Strafrechts sei.

Seit dem Urteil *Rookes v. Barnard* aus dem Jahre 1964 schließlich werden *Punitive damages* im englischen Zivilrecht⁹³⁷ auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur noch sehr zurückhaltend in bestimmten Fällen zugesprochen: Nach dem so genannten *cause of action test* gilt dies nur noch bei schweren und willkürlichen Amtspflichtverletzungen, oder bei Delikten, bei denen der Schädiger den Schadensersatz von vornherein einkalkuliert hat und trotzdem einen Nutzen vom Fehlverhalten hat, sowie bei Vorliegen gesetzlicher Ermächtigungen.

Seit 1997 ist die Rechtsprechung aber von dieser Fallgruppenbildung abgewichen und zeigt sich zusehends wieder offener gegenüber einer Ausweitung des Institutes⁹³⁸. *Punitive damages* werden nun als *punitive* oder *exemplary damages* für erlittene immaterielle Schäden zugesprochen. Sie sind zu unterscheiden von *aggravated compensatory damages* für die Verletzung von Ansehen, Ehre und Ruf⁹³⁹.

In Amerika haben *punitive damages* dagegen eine wesentlich höhere Bedeutung als in England⁹⁴⁰. Das amerikanische Recht unterscheidet sich daher vom englischen durch den Schwerpunkt des Strafzweckes und den wesentlich weiter gefassten Anwendungsbereich⁹⁴¹: *Punitive damages* finden in den USA in allen Bereichen des Deliktsrechts Anwendung⁹⁴². Dazu zählen die Verletzung der Person⁹⁴³, die Verletzung kommerzieller Interessen⁹⁴⁴ sowie Eigentumsverletzungen⁹⁴⁵. Im Bereich des Vertragsrechts gelten *punitive damages* als wirksam bei vielen Arten von Verpflichtungsverträgen und der Haftung für fremdes Verschul-

⁹³⁵ Dazu *Cordewener*, JA 1998, 168 (169); *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 322.

⁹³⁶ So *Siehr*, RIW 1991, 705 (706).

⁹³⁷ Vgl. *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129, 1221 ff (H. L. 1963).

⁹³⁸ Siehe *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 A.C. 122, 130 ff; 138, 149.(H.L. (E.) 2001). Vgl. auch *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag 2006, S. A 70.

⁹³⁹ Dazu *Siehr*, RIW 1991, 705 (706).

⁹⁴⁰ Dazu *Cordewener*, JA 1998, 168 (171).

⁹⁴¹ Dazu *Grossfeld*, Die Privatstrafe, S. 58.

⁹⁴² Zum Deliktsrecht z. B. *Hay*, Einführung in das Amerikanische Recht, S. 98 ff.

⁹⁴³ Autounfälle, Produkthaftung, „wrongful death“, Vorsätzliche Schädigung, Beleidigung und Arzthaftung, vgl. *Redden*, Punitive Damages, S. 77 ff.; zur Produkthaftung auch *Owen*, MLR 74, 1257 (1268 ff.).

⁹⁴⁴ V. a. Wettbewerbsinteressen, *Redden*, Punitive Damages, S. 99 ff.

⁹⁴⁵ Im einzelnen *Redden*, Punitive Damages, S. 101 ff.

den⁹⁴⁶. Die höchsten Summen wurden in Produkthaftungsfällen und bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts zugesprochen⁹⁴⁷. Mittlerweile werden *punitive damages* sogar bei Schadensersatzklagen gegen Wirtschaftsunternehmen wegen Fehlverhalten der Arbeitnehmer, privaten Umweltschutzklagen oder arbeits- und seerechtlichen Fällen angewendet. Bei Produkthaftungs- und Arzthaftungsfällen ist die Rechtsprechung neuerdings insgesamt etwas zurückhaltender geworden⁹⁴⁸. Häufiger werden *punitive damages* verhängt bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht und bei bösgläubigem Vertragsbruch, insbesondere zusammenhängend mit vorsätzlichen Täuschungshandlungen⁹⁴⁹.

e) Voraussetzungen der *punitive damages*

Die Voraussetzungen für die Gewährung von *punitive damages* sind im Übrigen in England und Amerika im wesentlichen dieselben: Um *punitive damages* geltend machen zu können, muss dem Geschädigten zunächst ein deliktischer Haftungsanspruch auf Schadensersatz auf Grund einer unerlaubten Handlung zuerkannt worden sein. *Punitive damages* können nicht losgelöst von einem Schadensersatzanspruch gewährt werden: Sie sind akzessorisch⁹⁵⁰. Dabei soll es ausreichen, wenn der Geschädigte, weil kein nachweislicher Schaden eingetreten ist, einen bloßen Anspruch auf symbolischen Schadensersatz hat.

Charakteristisch für die Verhängung von *punitive damages* ist das zusätzliche Hinzutreten erschwerender Umstände, die die Tat als besonders verwerflich erscheinen lassen: Das *Restatement 2nd of Torts* im Amerikanischen Recht, das Grundlinien der Rechtsprechung widerspiegelt, legt fest, dass *punitive damages* nur dann in Frage kommen, wenn der Beklagte ein verwerfliches, zielgerichtetes oder von Gewinnstreben veranlassetes Verhalten zeigte. Dies knüpft immer am Wissensmoment des Verletzenden an: Sie können immer dann gewährt werden, wenn ein besonders verwerfliches, nicht notwendigerweise absichtliches, aber mit Wissen oder Bewusstsein veranlassetes Verhalten des Schädigers vorliegt⁹⁵¹. *Punitive damages*

⁹⁴⁶ Gute Übersicht wiederum bei Redden, Punitive Damages, S. 109 ff. Kritisch Note in HarvLR 70 (1956/57) 517 (531 f.).

⁹⁴⁷ Z. B. Post, GRURint 2006, 283 ff. zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen; Schwarze, NZG 2003, 804; zu Haftpflichtfällen auch Zekoll, NJW 1999, 2163 ff.

⁹⁴⁸ Grund hierfür ist unter anderem die Kritik, dass *punitive damages* die Prämien für Haftpflichtversicherungen in die Höhe treiben und die Innovationsfreudigkeit hemmen, siehe Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 326.

⁹⁴⁹ Anwendungsfälle bei Cordewener, JA 1998, 168 (171) mit weiteren Nachweisen; auch Sunstein/Kahneman/Schkade, Yale L. J. 107 (1981), 2071 (2075); abstrakte Regeln dargestellt bei Toy, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (313 f.).

⁹⁵⁰ Vgl. Großfeld, Privatstrafe, S. 39 f., Fn. 19; Müller, Punitive damages, S. 8 f.; Prosser/Keeton, On Torts, S. 14; Cordewener, JA 1998, 168 (174 f.).

⁹⁵¹ So im Ergebnis Bungert, ZIP 1992, 1707 (1715); Graf von Westphalen, RIW 1981, S. 144; Redden, Punitive Damages, S. 128 f.

sollen daher als *ultima ratio* beschränkt sein auf Fälle eklatanten Rechtsbruches⁹⁵².

Erforderlich ist damit ein krasses Unwerturteil bezüglich des Verhaltens des Schädigers. Dies ist im angelsächsischen Rechtsraum dann der Fall, wenn die Tat „*malice*“, „*actual malice*“, „*grossly negligent*“, bzw. mit „*conscious disregard*“ unter „*violations of civil rights*“ oder „*outrageous conduct*“ verübt wird⁹⁵³. Eine bloß fahrlässige Begehung reicht für einen Anspruch auf *punitive damages* nicht aus, jedoch können sie in einigen Staaten im Einzelfall verhängt werden, wenn grobe Fahrlässigkeit (*gross negligence*), auf jeden Fall aber Rücksichtslosigkeit oder bewusste Fahrlässigkeit (*recklessness*) vorliegen⁹⁵⁴.

Bei der Entscheidung der *jury* über das Vorliegen der entsprechenden besonderen Umstände existieren Vermutungsregeln zu Gunsten des Klägers, die ihm den Nachweis der geschehenen Diskriminierungshandlung erleichtern⁹⁵⁵.

Im Bereich der Produkthaftung werden *punitive damages* auch bei *strict tort liability* zugesprochen, falls die Fehlerhaftigkeit eines Produktes ein *flagrant disregard of consumer safety* darstellt⁹⁵⁶. Typische Delikte sind im Zusammenhang mit *punitive damages* vorsätzliche Körperverletzung, Verleumdung oder böswillige Rechtsverfolgung⁹⁵⁷.

Bei Vertragsverletzungen werden *punitive damages* eigentlich nicht gewährt, weil der Vertragspartner dem Grundsatz nach nicht besser gestellt werden soll als bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrags⁹⁵⁸. Ausnahmen werden jedoch beim zusätzlichen Vorliegen deliktischer Momente gemacht, die für *punitive damages* qualifizieren⁹⁵⁹.

f) Ausgestaltung

Ein Hauptkritikpunkt bei der Verhängung *punitive damages* ist gerade in Deutschland der Umstand, dass sie oft als unverhältnismäßig angesehen werden, weil sie angeblich drastische Höhen erreichen und daher jegliche Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit außer Acht lassen würden⁹⁶⁰. Auch die Presse unterstützt diese Ansicht dadurch, dass immer wieder exorbi-

⁹⁵² Vgl. Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 323 und S. 354.

⁹⁵³ Vgl. Redden, Punitive Damages, S. 24, viele weitere Beispiele S. 42. Dazu aus deutscher Sicht BGH v. 16.10.2003, NJW 2003, 3620 f. „Übersetzung“ z. B. bei Graf von Westphalen, RIW 1981, 143 ff. Im deutschen Rechtsraum würde dies etwa bedeuten, die Tat müsse vorsätzlich verübt worden sein und eine sittenwidrige Schädigung eines Dritten oder auch der Allgemeinheit verursacht haben. Dies ist der Fall bei einer absichtlichen und zielgerichteten Schädigungshandlung, die sich als besonders verwerflich darstellt.

⁹⁵⁴ Dazu Bungert, ZIP 1992, 1707 (1715); Graf von Westphalen, RIW 1981, S. 143; Post, GRUR int 2006, 283 (288); Schwarze, NZG 2003, 804 (805).

⁹⁵⁵ Siehe Bungert, ZIP 1992 1707 (1715); Siehr, RIW 1991, 705 (707); Note in HarvLR 517 (1957), 529-531.

⁹⁵⁶ *Strict liability* bedeutet eine Art Beweisvermutung zulasten des Beklagten; dazu Prosser/Keeton, On Torts, S. 534 ff.; Stiefel/Stürner, VersR 1987, 829 ff. Zur *Product Liability* weiterführend Koenig/Rustad, In defense of tort law, S. 56 f.; Prosser/Keeton, On Torts, S. 677 ff.; im Überblick auch Owen, MLR 74, 1257 (1268 ff.).

⁹⁵⁷ Dazu Bungert, ZIP 1992, 1707 (1715).

⁹⁵⁸ Übersicht bei Zekoll, VersR 1992, 1059 (1060 ff.).

⁹⁵⁹ Vgl. Bungert, ZIP 1992, 1707 (1716); Zekoll, VersR 1992, 1059 (1060).

⁹⁶⁰ Dieser Ansicht z. B. Kandler, Sanktionsregelungen, S. 212.

tant hohe *punitive damages-awards* für Schlagzeilen sorgen⁹⁶¹.

Punitive damages werden in der Regel in einem Verfahren vor einem *jury*-Gericht festgesetzt. Die Tatsache, dass diese auch über die Höhe der *punitive damages* entscheidet, führt oft zu der exzessiven Höhe der Ersatzsummen. Insbesondere in Produkthaftungsfällen wird ein Freund-Feind-Denken aktiviert, das zur Gewährung besonders großer Beträge verleitet⁹⁶². Weil die *jury* dadurch beeinflusst wird, dass die Beklagten oftmals Firmen mit großer Finanzkraft sind, wird in Amerika auch der Begriff des *deep-pocket* - Syndromes verwendet⁹⁶³. Produkthaftungsprozesse werden so tatsächlich zu einem schwer kalkulierbaren Risiko⁹⁶⁴. Hinzu kommt, dass von der *jury* kein schriftlich begründetes Urteil verlangt wird, was zur Verhängung hoher Zahlungsbeträge verleitet⁹⁶⁵. Aus diesem Grunde wird der *jury* oft unterstellt, sie handele aus einem Vergeltungsimpuls heraus, der sachlich nicht begründbar sei und daher zu einer Unverhältnismäßigkeit führe⁹⁶⁶.

Diese Angst entspricht nicht ganz der Realität: Die so genannten „*blockbuster-awards*“, also Urteile, die extrem hohe *punitive damages* festlegen, sind auf sehr wenige und eher außergewöhnliche Fälle beschränkt⁹⁶⁷. Die Fälle, in denen sie verhängt wurden, schärfen außerdem das Bewusstsein für das Problem der Uferlosigkeit solcher Ersatzzahlungen, weshalb Vorkehrungen getroffen wurden, die nun Ungerechtigkeiten und einseitiges Denken zu Lasten des Beklagten vermeiden sollen. Damit *punitive damages*-Urteile den Durchschnittsrahmen nicht sprengen, verbieten zum Beispiel einige Staaten die Einbeziehung von Beweisen über das Einkommen oder Vermögen der Parteien für die Urteilsfindung, um willkürliche Entscheidungen zu vermeiden⁹⁶⁸. In über der Hälfte aller zu entscheidenden Fälle kommt es daher gar nicht zu einer Verhängung von *punitive damages*⁹⁶⁹.

Ebenso wurde die richterliche Kontrolle ausgeweitet: Bei exzessiven Urteilen besteht nicht nur die Möglichkeit, dass der Richter in der *remittitur* die Summe der *punitive damages* herabsetzen kann, sondern auch unter Hinzunahme weiterer Beweise oder nach weiteren *hea-*

⁹⁶¹ Dazu kritisch Toy, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 f.

⁹⁶² Vgl. Bungert, ZIP 1992, 1707 (1715); Heidenberger, RIW 1982, 872; im Bereich der Arzthaftung ebenfalls kritisch Sabella VersR 1990, 1188.

⁹⁶³ Vgl. Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 340; zur Praxis des Einbezugs der Finanzkraft des Beklagten siehe Sales/Cole, Vand. L. Rev. 37 [1984], 1117 (1147).

⁹⁶⁴ Vgl. Schütze, Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung US-amerikanischer Schadensersatzurteile in Produkthaftungssachen in der BRD. In, FS Nagel, S. 392 (393 f.); Sunstein/Kahneman/Schkade, Yale L. J. 107 (1981), 3071 (3075).

⁹⁶⁵ Siehe Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 333.

⁹⁶⁶ Dazu Wagner, AcP 206 [2006], 352 (475 f.); Zekoll, NJW 1999, 2163 (2164).

⁹⁶⁷ Vgl. Wagner, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag 2006, S. A 68; Zekoll, NJW 1999, 2163 (2164); Klode, NJOZ 2009, 1762 (1766).

⁹⁶⁸ Vgl. Cordewener, JA 1998, 168 (175).

⁹⁶⁹ Dazu Zekoll, NJW 1999, 2163 (2164).

rings die Höhe neu definieren kann⁹⁷⁰. Durch diese Praxis wird das Ermessen der *jury* zunehmend eingeschränkt, aber auch wirksam in seiner Zweckmäßigkeit kontrolliert. Die Rechtsprechung fand aber hinsichtlich dieses Problems ebenfalls Lösungen: Der *US - Supreme-Court* reagierte in seinen Urteilen mit drei Einschränkungs-Leitlinien, die auf die Höhe der *punitive damages* einwirken sollten: Nach seinen so genannten *guideposts* ist zwingend der Verschuldensgrad des Schädigers zu berücksichtigen, der Umfang des eingetretenen Schadens und die damit zusammenhängenden *compensatory damages* sowie die Schwere der strafrechtlichen Sanktionen für vergleichbare Delikte⁹⁷¹.

Es existiert ausgehend von dieser Rechtsprechung die Regel, dass das Verhältnis zwischen eingetretenem Schaden und *punitive damages* den Multiplikationsfaktor 9 nicht übersteigen darf⁹⁷² und zudem ausschließlich das schädigende Verhalten des Beklagten, soweit es den Prozess betrifft, abgeurteilt werden darf. Keinesfalls soll es zur Berücksichtigung darüber hinausgehender Verhaltensweisen kommen⁹⁷³.

Im Übrigen werden *punitive damages* in der Rechtsprechung der vergangenen Jahre auch zunehmend restriktiver durch verschiedenste Einschränkungsmöglichkeiten gehandhabt. Sie werden also in der Realität nicht gänzlich ohne Maß zugesprochen, sondern durchaus restriktiv gehandhabt: *Punitive damages* werden in einigen Staaten dadurch eingeschränkt, dass mittlerweile Obergrenzen festgelegt wurden. Diese *ceilings* oder *caps* regeln den maximal zu gewährenden Betrag, sind aber sehr unterschiedlich in den einzelnen Staaten geregelt⁹⁷⁴. Die Summen liegen je nach Staat zwischen 50 000 und 500 000 Dollar⁹⁷⁵. Ob Obergrenzen sinnvoll sind, wird allerdings eher kontrovers diskutiert, weil durch sie der Abschreckungseffekt erheblich beeinträchtigt wird und damit das Prinzip der *punitive damages* in Frage gestellt wird⁹⁷⁶. Allerdings soll vermieden werden, dass die Geschädigten im Rahmen der Ersatzleistung einen so genannten *windfall-profit* erleben und zu Unrecht unverhältnismäßig bereichert werden, weil ihre Rechte verletzt wurden⁹⁷⁷. Allein durch Obergrenzen kann dies jedoch auch

⁹⁷⁰ Vgl. Cordewener, JA 1998, 168 (175).

⁹⁷¹ Siehe Schwarze, NZG 2003, 804 (806); Wagner, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag 2006, S. A 68 nach US- Supreme Court *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575 ff. (1996).

⁹⁷² So die *single digit multiplier* in *State farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 425 (2003), die *punitive damages* der Familie Campell gegen ihren Versicherer im Verhältnis von 145:1 als unverhältnismäßig einstufte.

⁹⁷³ *State farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 425 (2003). Vgl. auch Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 341.

⁹⁷⁴ Im Überblick siehe Behr, Chicago-Kent Law Review Vol. 78 [2003] S. 117 ff.; Toy, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 ff.; zu Obergrenzen auch Klode, NJOZ 2009, 1762 (1767).

⁹⁷⁵ So Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 333; zu den unterschiedlichen Regelungen einzelner Staaten siehe Toy, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (304).

⁹⁷⁶ Siehe Toy, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (304 f).

⁹⁷⁷ Vgl. z. B. Prosser/Keeton, On Torts, S. 14; Redden, Punitive Damages, S. 34.

nicht verhindert, sondern nur eingeschränkt werden⁹⁷⁸. Obergrenzen dienen aber nicht zuletzt dazu, die pekuniären Interessen der Anwaltschaft infolge der *contingent-fee*-Verträge⁹⁷⁹ in die Schranken zu weisen⁹⁸⁰.

Außerdem existieren Modelle, bei denen auch die Staaten von den *punitive damages* profitieren, denn sie erhalten nach *State statute law* einen gewissen Teil der zugesprochenen Summe⁹⁸¹. Beliebter wird auch, die tatsächliche Höhe der *punitive damages* erst in einem zweiten Verfahren zu bestimmen, sodass zunächst nur darüber entschieden werden muss, ob sie überhaupt in Frage kommen. Eine zweite, personenverschiedene *jury* bestimmt dann über die Summe selbst. Andere Restriktionen verschärfen die Beweislast für den Kläger oder schließen bestimmte Fälle, namentlich solche im Bereich der Medikamentenherstellung, ganz von der Verhängung der *punitive damages* aus⁹⁸².

Obwohl die Höhe von *punitive damages* also in der Tat nicht originär gesetzlich festgelegt und allein dem Ermessen der *jury* unterliegt, was ein gewisses Willkürpotential nicht ausschließen kann⁹⁸³, sind sie trotzdem als Ausnahme anzusehen:

Punitive damages werden in Amerika nur in 5-10 % aller Schadensersatzklagen überhaupt zugesprochen⁹⁸⁴. Von den Fällen, die Schlagzeilen machen, wird wiederum ein beträchtlicher Teil der *punitive damages* bei der richterlichen Überprüfung gekürzt. Sie werden also keinesfalls ausschließlich millionenhohe Summen zugesprochen, wie einige wenige publik gewordene Fälle glauben machen. Diese sind als Ausnahmefälle von weniger als einem Prozent der gesamten Fälle zu betrachten⁹⁸⁵.

Als Beispiel für die entgegen der öffentlichen Meinung eher moderate Anwendung von *punitive damages* kann der *McDonalds*-Fall herangezogen werden: Die Klägerin, die sich mit 90 Grad heißem Kaffee verbrüht hatte, bekam von der *jury* 2,7 Millionen Dollar zugesprochen. Ausschlaggebend für diese hohe Summe war die Tatsache, dass bereits in einer Vielzahl von Fällen ähnliche Unfälle geschehen waren, weil McDonalds den Kaffee vergleichsweise ungewöhnlich heiß hielt⁹⁸⁶. Schon in der ersten Instanz wurde dieses exorbitante Urteil aber auf 480 000 Dollar erniedrigt. Schlussendlich einigten sich die Parteien außergerichtlich auf einen anderen, nie offen gelegten Betrag, weil nicht zu erwarten war, dass selbst dieses viel schma-

⁹⁷⁸ Vgl. Toy, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (329 f.).

⁹⁷⁹ Vereinbarungen zu Erfolgshonoraren.

⁹⁸⁰ Vorschläge bei Volz, VersR 1987, 229 ff.

⁹⁸¹ Dazu Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen S. 333; Stiefel/Stürner, VersR 1987, 829 ff.

⁹⁸² Dazu Cordewener JA 1998, 168 (175).

⁹⁸³ Dazu Stiefel/Stürner, VersR 1987, 829 (831).

⁹⁸⁴ Siehe Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 325.

⁹⁸⁵ Zu statistischen Erhebungen siehe Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 328.

⁹⁸⁶ Zu finden bei Koenig/Rustad, In defense of tort law, S. 7 f.

ler ausgefallene Urteil die zweite Instanz auch nur annähernd überleben würde⁹⁸⁷. Ebenso wurde im Falle *BMW of North America*⁹⁸⁸ die Summe nach und nach deutlich niedriger: Wo zunächst erstinstanzlich 4000 Dollar Schadensersatz und 4 Millionen Dollar *punitive damages* zugesprochen wurden, wurden diese *punitive damages* zunächst durch den *Supreme Court of Alabama* auf 2 Millionen heruntersetzt. Letztendlich blieben durch das Urteil des erneut befassten *Supreme Court of Alabama* davon noch 50 000 Dollar übrig.

Die aus deutscher Sicht exzessive Höhe US-amerikanischer Haftungsurteile ist daher Erscheinungsform eines prozessualen und haftungsrechtlichen Gesamtsystems, dass in der Realität nicht immer so spektakulär anmutet, wie es zunächst erscheinen mag⁹⁸⁹.

g) Funktionen der *punitive damages*

(aa) Allgemeines

Punitive damages erfüllen im anglo-amerikanischen Rechtsraum mehrere Funktionen, die sich im Laufe der Zeit durch die unterschiedliche Rechtsprechung der Bundesstaaten herauskristallisiert haben⁹⁹⁰. Sie verfolgen Zwecke, die in unserer Rechtsordnung in erster Linie durch das Strafrecht erreicht werden, indem sie über materiellen und immateriellen Ausgleich hinausgehen⁹⁹¹.

Allerdings sind sie nicht allein beschränkt auf ihren Strafcharakter zu bewerten. Vielmehr schreibt man ihnen vier Hauptfunktionen zu: Straffunktion, Abschreckungsfunktion, Ausgleichsfunktion und Genugtuungsfunktion⁹⁹². Andere Funktionen konnten bisher nicht durch die Rechtsprechung belegt werden⁹⁹³. Was im einzelnen durch sie bezweckt wird, soll im Folgenden dargelegt werden.

(bb) Bestrafungsfunktion

Punitive damages enthalten nach der herrschenden Auffassung vor allem pönale Elemente: Durch die Auferlegung einer Geldstrafe, die ein empfindliches Übel für den Täter bedeuten kann und auch soll, wird der Täter für sein Verhalten sanktioniert, was allein durch die Ver-

⁹⁸⁷ Gefunden bei Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 329. Zum McDonalds Fall: *Liebeck v. McDonalds Restaurants, P.T.S., Inc.*; No. CV-93-121419, 1995, WL 360309 (D.N.M. Aug. 18, 1994).

⁹⁸⁸ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 116 S. Ct. 1589 (1996). Dazu auch Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 200.

⁹⁸⁹ Vgl. Stiefel/Stürmer, VersR 1987, 829; Zekoll, NJW 1999, 2163 ff.

⁹⁹⁰ Verschiedene Herleitungsversuche dargestellt bei Redden, Punitive Damages, S. 24-31.

⁹⁹¹ Z. B. BGH v.08.05.2000 in NJW-RR 2000, 1372 f.

⁹⁹² Vgl. Bungert, ZIP 1992 1707 (1717); Grossfeld, Die Privatstrafe, S. 54; Klode, NJOZ 2009, 1762 (1765).

⁹⁹³ Z. B. Redden, Punitive Damages, S. 30, spricht noch eine Wiedergutmachung der Ungerechtigkeiten, die durch das Strafrecht entstehen können, an.

hängung von *compensatory damages* nicht erreicht werden kann⁹⁹⁴. Dies soll auch die jeweilige *jury* in ihre Überlegungen mit einbeziehen, wenn sie über die Gewährung von *punitive damages* zu entscheiden hat. Dabei ist es nicht allein ausschlaggebend, welchen Schaden das Opfer konkret erlitten hat. Vielmehr wird vor allem auf das Ziel hingewirkt, dass der Schädiger keinerlei Vorteile aus seinem Verhalten ziehen kann⁹⁹⁵. *Punitive damages* stellen die Missbilligung der Gesellschaft gegenüber einem schädigenden Verhalten dar⁹⁹⁶. Dabei wird nicht nur eine Leistung zugesprochen, der auf der Klägerseite kein Schaden entspricht⁹⁹⁷, sondern nicht selten auch bei der Bemessung berücksichtigt, welchen Schaden der Beklagte über den des Opfers hinaus auch anderen zugefügt hat⁹⁹⁸.

Dies wird besonders in Fällen der Produkthaftung deutlich: Entstehen Schäden in diesem Bereich, kann der Verletzte selbst dafür sorgen, dass der Täter auf dem Justizweg bestraft wird. Davon profitiert letztlich dann der Verletzte, dem die Ersatzzahlungen zu Gute kommen⁹⁹⁹.

Auch bei restriktiver Handhabung der *punitive damages* wird *punishment* im Sinne von *Bestrafung* als Ziel an erster Stelle gehandelt. Insofern kann man zu der Ansicht gelangen, die *jury* erhalte eine Strafgewalt über den Beklagten. In der Tat wird sogar angeführt, dass *punitive damages* das Strafrecht ergänzen können¹⁰⁰⁰.

(cc) Abschreckungsfunktion

„*Deterrence*“ ist ein präventives Element der *punitive damages*¹⁰⁰¹. Wiederholungstäter und vor allem auch potentielle Ersttäter sollen vor künftigem sozialschädlichen Verhalten abgeschreckt werden¹⁰⁰². *Punitive damages* sollten zu diesem Zwecke ursprünglich Exempel statuieren¹⁰⁰³. So sollen *punitive damages* dem Täterpotenzial entgegenwirken, wenn er nach der Tat im Endeffekt bei deliktischer Handlungsweise und Schadensersatzverpflichtung trotzdem besser stünde, als wenn er sich korrekt verhalten hätte¹⁰⁰⁴. Jeder erdenkliche Vorteil, der dem-

⁹⁹⁴ Vgl. *Brockmeier*, Punitive Damages, S. 18 ff., *Prosser/Keeton*, On Torts, S. 26.

⁹⁹⁵ Vgl. *Behr*, Chicago-Kent Law Review Vol. 78 [2003] S. 121.

⁹⁹⁶ Siehe *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 342.

⁹⁹⁷ So *Schütze* in FS Nagel, S. 392 (400).

⁹⁹⁸ Dazu *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer *punitive damages*, S. 83, 110 ff.; *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 344 f.

⁹⁹⁹ Siehe *Owen*, MLR 74, 1257 (1279). Die hängt jedoch eng mit einer ebenfalls dadurch erreichten Genugtuungsfunktion zusammen, s. u.

¹⁰⁰⁰ Diesen Schluss zieht *Wagner*, Gutachten A zum 66. deutschen Juristentag, 2006, S. A 81; a. A. *Rosengarten*, NJW 1996, 1935 (1937 f.).

¹⁰⁰¹ Vgl. *Bungert*, ZIP 1992, 1707 (1717) fasst die Abschreckungsfunktion unter den Aspekt der Straffunktion; vgl. auch *Redden*, Punitive Damages, S. 29 f.

¹⁰⁰² Im Überblick *Mörsdorf-Schulte*, Punitive Damages, S. 77 ff.; siehe auch zur Produkthaftung *Owen*, MLR 74, 1257 (1282 f.).

¹⁰⁰³ Zur *deterrence* siehe *Sales/Cole*, Vand. L. R. 37 [1984], 1117 (1124 f.); im Ergebnis auch *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (315).

¹⁰⁰⁴ So stand es im Fall *Funke v. Kerbaugh*: Dynamitsprengungen zum Eisenbahnbau hatten das Haus des Klägers beschädigt. Dem Schädiger waren aber die damit einhergehenden Schadensersatzzahlungen günstiger erschienen

jenigen, der sich rechtswidrig verhält, zu Gute gekommen ist, soll durch die Verhängung eines überkompensatorische Schadensersatzes genommen werden. Auf diese Weise hat der potentielle Täter zu fürchten, dass er, wenn er nicht nur ausgleichen sondern noch dazu zahlen soll, am Ende eine schlechtere Position einnimmt als vorher. Eine einfache Kosten-Nutzen-Rechnung zu Lasten des Opfers wird so durch das Recht verhindert¹⁰⁰⁵.

Insbesondere generalpräventive Elemente spielen hier neben spezialpräventiven eine Rolle dabei, dass amerikanische *punitive damages* - Summen in erster Instanz immer wieder Schwindel erregende Höhen erlangen. Außerdem fallen die vor den Strafgerichten verhängten Geldstrafen im internationalen Vergleich eher niedrig aus. Dies sorgt dementsprechend für eine stärkere Abschreckungswirkung als die andernorts durch die Kriminalstrafe hervorgerufen wird. So fungieren die *punitive damages* im US-amerikanischen Recht daher als eine Art Ersatzposten im Bereich der Prävention¹⁰⁰⁶. Dies gilt allerdings vornehmlich für Produkthaftungs- und Persönlichkeitsrechtsfälle¹⁰⁰⁷. Insbesondere soll allein die Möglichkeit der Verhängung von *punitive damages* die Produktsicherheit erhöhen¹⁰⁰⁸.

Punitive damages setzen demnach dort an, wo *compensatory damages* keine ausreichende Verhaltenssteuerung bieten können¹⁰⁰⁹. Der Abschreckungseffekt ist in den letzten Jahrzehnten allerdings stark beeinträchtigt worden, weil *punitive damages* bezogen auf viele Fälle versicherbar geworden sind. So erhält zwar der Kläger ein unverhofftes Geschenk, jedoch auf Kosten der Allgemeinheit der Versicherten und nicht mehr vom Schädiger persönlich¹⁰¹⁰.

(dd) Ausgleichsfunktion

Punitive damages kommen in erster Linie in Betracht, wenn es darum geht, immaterielle Nachteile auszugleichen. Dies sind solche, die nicht durch *compensatory damages* erfasst werden oder nur unzureichend abgedeckt werden¹⁰¹¹. Auch der Zeitaufwand für die Rechts-

als eine aufwändige und kostspieligere Sprengungsweise. 70 Atl. 953 (Pennsylvania 1908); vgl. *Großfeld*, Die Privatstrafe, S. 57; auch *Note* in Harvard Law Review 70 (1956/57), 517 (522 f.).

¹⁰⁰⁵ So z. B. im *Ford Pinto-Fall*, *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 174 Cal. Rptr. 328 (Cal. Ct. App. 1981) geschehen: Die Firma Ford wusste von leicht explosiven Tanks in einem ihrer Modelle, zog es aber vor, die Kunden nicht zu informieren, da es kostengünstiger erschien, die in Einzelfällen entstehenden Schadensersatzforderungen zu begleichen als die potentielle Schadensquelle aus dem Verkehr zu ziehen. Beispiel auch bei *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (319 ff.).

¹⁰⁰⁶ Vgl. *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 349.

¹⁰⁰⁷ So *Körner*, NJW 2000, 241.

¹⁰⁰⁸ Vgl. *Schütze* in Festschrift für Nagel, S. 392 (397).

¹⁰⁰⁹ Z. B. *Stiefel/Stürmer*, VersR 1987, 829 ff.

¹⁰¹⁰ Vgl. *Sales/Cole*, Vand. L. Rev. 37 [1984], 1117 (1153). Dazu auch *Hoechst*, VersR 1983, 13 ff., sowie *Stiefel/Stürmer*, VersR 1987, 829 ff.

¹⁰¹¹ Dazu *Mörsdorf-Schulte*, Punitive Damages, S. 71 ff.; *Owen*, MLR 74, 1257 (1296); *Note* in HarvLR 70 (1956/57) 517 ff.; *Redden*, Punitive Damages, S. 28 f.: Ausgleich für immateriellen Schaden und seelischen Schmerz.

verfolgung oder sonstige Ärgerlichkeiten sollen auf diese Weise ausgeglichen werden¹⁰¹². Diese Ausgleichsfunktion der *punitive damages* kann neben Ansprüchen wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geltend gemacht werden. Im Einzelnen ist die Begrenzung beider Fälle oft nicht klar festzulegen¹⁰¹³. Soweit allerdings der Täter aus seiner Tat einen unrechtmäßigen Profit erzielt hat, soll auch dieser durch die Verhängung von *punitive damages* abgeschöpft werden¹⁰¹⁴.

Eine weitere Besonderheit des amerikanischen Rechts besteht darin, dass ein Anspruch mit Verkündung des Urteiles nicht mehr existiert. Spätschäden, also Schäden, die erst nach der Verkündung des Urteils nachweislich auf das schädigende Ereignis zurückzuführen sind oder auch erst danach erkennbar werden, können aus diesem Grunde aber in keinem Folgeverfahren mehr berücksichtigt werden. Auch dafür sollen bereits im ersten Prozess zugesprochene *punitive damages* eine Sicherheit bieten¹⁰¹⁵.

Ein weiterer Aspekt der Ausgleichsfunktion ist der der Anwalts- bzw. Prozesskosten¹⁰¹⁶: Im amerikanischen Recht werden diese nicht der unterlegenen Partei, also dem Schädiger, auferlegt. Dies folgt aus der *American rule of costs*, nach der jeder Verfahrensbeteiligte seine eigenen Anwaltskosten, unabhängig von Erfolg oder Niederlage im Prozess, zu zahlen hat¹⁰¹⁷: Üblicherweise werden in den USA für Körperverletzungs- und Zahlungsklagen Erfolgshonorare (*contingent fees*) mit dem Mandanten vereinbart¹⁰¹⁸. Die Anwälte spielen im amerikanischen Recht eine aktive Unternehmerrolle und legen daher feste Prozentsätze vom Streitwert als Honorar fest¹⁰¹⁹. Die Kosten für den Anwalt belaufen sich dabei auf beachtliche 25 bis 50 %, teilweise sogar bis zu 75 % des Streitwertes¹⁰²⁰. Der Kläger trägt so zwar nicht das Risiko der Prozessführung, als Obsiegender ist er aber gezwungen, das Honorar des Anwaltes selbst zu zahlen. Durch die qualifizierten Voraussetzungen der *punitive damages* nimmt die *pre-trial-discovery* Zeit und Aufwand ein, was Anwälte in ihre Berechnungen einfließen lassen¹⁰²¹. Ob die Anwälte hier einem gewissen Risiko ausgesetzt sind und deshalb hohe *contingent fees* gerechtfertigt sind, kann für die hiesigen Überlegungen ausgeklammert werden¹⁰²².

So bleibt dem Geschädigten am Ende nur noch ein Teil der erstrittenen Summe als tatsächli-

¹⁰¹² Vgl. Müller, Punitive damages, S. 13.

¹⁰¹³ Vgl. Schütze in Festschrift für Nagel, S. 392 (396); Redden, Punitive Damages, S. 30 f.

¹⁰¹⁴ Siehe Müller, Punitive damages, S. 13.

¹⁰¹⁵ Vgl. Mörsdorf-Schulte, Punitive Damages, S. 72; Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 351; Sunstein/Kahnemann/Schkade, YLJ 1981, 2083.

¹⁰¹⁶ Ansatz bei Graf von Westphalen, RIW 1981, S. 143, dazu Redden, Punitive Damages, S. 37.

¹⁰¹⁷ Begriff z. B. bei Bungert, ZIP 1992, 1707 (1710).

¹⁰¹⁸ Vereinbart wird ein *Contingent-fee*-Vertrag, kritisch hierzu Volz, VersR 1987, 229 ff.

¹⁰¹⁹ Siehe Koch, NJW 1992, 3073 (3074).

¹⁰²⁰ Dazu Owen, 74 Michigan Law Review, S. 1296 ff.; Graf von Westphalen, RIW 1981, 147; Günther, AnwBl 1969, S. 181 (182).

¹⁰²¹ Vgl. Stiefel/Stürner, VersR 1987, 829 ff.

¹⁰²² Zum Problem Volz, VersR 1987, 929 ff.

cher Schadensersatz, die im Endeffekt oft nicht einmal mehr den tatsächlich entstandenen Schaden ausgleichen kann¹⁰²³. Dies versuchen hohe Strafsummen im Rahmen der *punitive damages* im Ergebnis auszugleichen, was eine starke soziale Prägung ausmacht¹⁰²⁴. Es soll also verhindert werden, dass das Kostenrisiko die Prozessführung erschwert¹⁰²⁵, denn unter anderen Umständen kann es billiger sein, den Prozess zu verlieren, als der Sieg nach einem langwierigen *pre-trial*¹⁰²⁶.

Jedoch werden die Mitglieder der *juries* dazu angehalten, die Prozesskosten bei der Bemessung außer Acht zu lassen, denn *punitive damages* sollen eben nicht allein dem Ausgleich von Prozesskosten dienen¹⁰²⁷. Vielmehr folgt diese Nebenfunktion aus dem Ausnahmecharakter der strafenden Funktion, nach der es gerechtfertigt scheint, dem besonders verwerflich handelnden Schädiger die Kosten aufzubürden. Insofern werden die Prozesskosten als entstehender Schaden angesehen, der nicht dem Opfer aufgebürdet werden soll¹⁰²⁸. Allein das Vorhandensein von Prozesskosten verhilft aber noch nicht zur Gewährung von *punitive damages*¹⁰²⁹. Im Übrigen führt diese Regelung zu dem ungerecht erscheinenden Ergebnis, dass der erfolgreiche Beklagte seine eigenen Kosten in jedem Falle tragen muss¹⁰³⁰. Das Ergebnis mag aus deutscher Sicht befremdlich erscheinen, zeigt aber eigentlich nur nochmals den strafenden Charakter der *punitive damages* auf, weil der unterliegende Beklagte doppelte Kosten bewältigen soll.

(ee) Genugtuungsfunktion

Die Genugtuungsfunktion hat zum Ziel, dem Opfer durch moralische Verurteilung des Schädigers Genugtuung zu verschaffen¹⁰³¹. Freilich kann dies nur in den Fällen geschehen, in denen ein immaterieller Schaden überhaupt vorliegt, was meistens eine persönliche Beziehung des Opfers zum Täter voraussetzt¹⁰³². Dies soll das Opfer auch von eigenen Racheakten abhalten¹⁰³³.

¹⁰²³ Siehe z. B. *Behr*, Chicago-Kent Law Review Vol. 78 [2003] S. 123.

¹⁰²⁴ Vgl. *Schütze* in Festschrift für Nagel, S. 392 (396); mit Verweis auf *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), S. 708 ff.

¹⁰²⁵ Vgl. *Schütze* in Festschrift für Nagel, S. 392 (396).

¹⁰²⁶ Siehe *Stiefel/Stürner*, *VersR* 1987, 829 (830).

¹⁰²⁷ Z. B. *Zekoll*, *VersR* 1992, 1059 ff.

¹⁰²⁸ Zu Prozesskosten als zu ersetzendem Schaden oder Hindernis an der Prozessführung siehe *Schütze* in Festschrift für Nagel, S. 392 (396).

¹⁰²⁹ Dazu *Sonntag*, *Entwicklungstendenzen der Privatstrafen*, S. 346 f.; zitiert nach *Zekoll* *VersR* 1992, 1059-1063 (1060); *Brockmeier*, *Punitive damages*, S. 19.

¹⁰³⁰ Dies macht allerdings eine Besonderheit des anglo-amerikanischen Rechts aus und folgt aus der *rule of costs*. Vgl. *Schütze* in Festschrift für Nagel, S. 392 (397).

¹⁰³¹ Hierzu *Bungert*, *ZIP* 1992, 1707 (1717, Fn. 134); *Note* in *HarvLR* 70 (1956/57) 517 (521 ff.).

¹⁰³² Vgl. *Müller*, *Punitive damages*, S. 12.

¹⁰³³ *BGH* v. 8.5.2000 in *NJW-RR* 2000, 1372 f. Dazu *Redden*, *Punitive Damages*, S. 31; *Volz*, *VersR* 1987, 229 ff.

Zuweilen betonen Gerichte heute noch in ihren Urteilen, dass *punitive damages* historisch bedingt einen Ersatz für die Privatrache darstellen¹⁰³⁴.

Im Übrigen verhoffen sich die Fürsprecher der *punitive damages*, dass so auch solche Fälle vor Gericht gelangen, die nur geringe *compensatory damages* erwarten lassen. Dadurch, dass *punitive damages* dem Kläger und nicht den öffentlichen Kassen zu Gute kommen, hat er einen zusätzlichen Anreiz, trotzdem zu klagen¹⁰³⁵. Auf diese Weise verspricht die Systematik, dass die Rechtsdurchsetzung – *law enforcement* - vereinfacht bzw. erst einmal ermöglicht wird, was wiederum von öffentlichem Interesse ist¹⁰³⁶. Relevant kann dies dann werden, wenn durch die Tathandlung zugleich eine Straftat geahndet werden kann, dies aber wegen der hohen Beweisanforderungen im Strafprozess und geringem Strafverfolgungsinteresse wenig Erfolg versprechend erscheint¹⁰³⁷. Tatsächlich bringt das Strafverfolgungssystem in den USA es mit sich, dass gerade ein Verhalten, das in mehreren Bundesstaaten zu schädigenden Ereignissen führt, nur schwer zu ahnden ist, weil den Behörden die Mittel zu mehr Effizienz fehlen. Hier verhilft der durch *punitive damages* künstlich geschaffene Anreiz, Klage zu erheben, zur Durchsetzung des Rechts¹⁰³⁸. Zum Teil wird vertreten, dass im Rahmen der Straf- und Abschreckungsfunktionen der Einzelne wie ein Staatsanwalt fungiere und das deliktische Verhalten des Täters ahnde¹⁰³⁹.

Die Rechtsverfolgung durch Private ist in der Tat eine wünschenswerte Funktion der zur Klage Anreiz gebenden *punitive damages*, weil sie eine Rechtsverfolgung auf dem wesentlich teureren öffentlichen Wege überflüssig macht. Ein wesentlicher Aspekt der Genugtuung liegt deshalb auch darin, den Geschädigten dazu zu bringen, sich selbstständig gegen das Unrecht zur Wehr zu setzen¹⁰⁴⁰. Jedenfalls erhält der Kläger eine Belohnung für die Ermöglichung der Rechtsverfolgung im Dienste der Allgemeinheit¹⁰⁴¹. Dies wird zuweilen auch als zusätzliche Funktion der Strafverfolgung angesehen¹⁰⁴².

¹⁰³⁴ Siehe *Morris*, Harv.L.R. 44 [1930/31], 1173 (1198 f.); *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 322; gestützt auf *Perry v. Melton*, 299 S.E. 2d. 8, 13 (W. Va. 1982).

¹⁰³⁵ Vgl. z. B. *Cordewener*, JA 1998, 168 (172); *Morris*, Harv.L.R. 44 [1930/31], 1173 (1178 f.); *Owen*, 74 Mich. L. R. 1257 (1278 ff.) (1976).

¹⁰³⁶ Vgl. *Grossfeld*, Die Privatstrafe, S. 69 f.

¹⁰³⁷ Vgl. *Müller*, Punitive damages, S. 12 f.

¹⁰³⁸ Zu den Problemen der Strafverfolgung in Amerika siehe *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 348 f.

¹⁰³⁹ Dazu *Bungert*, ZIP 1992, 1707 (1717), *Siehr*, RIW 1991, 705 (708).

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (448).

¹⁰⁴¹ Vgl. *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 2, gestützt auf *Neal v. Newburger co.*, 154 Miss. 691, 700, 123 So. 861, 863 (1929).

¹⁰⁴² *Law enforcement*, z. B. bei *Owen*, MLR 74, 1257 (1287).

(ff) Zusammenfassung

Keine Funktion der *punitive damages* kann allein ihre Existenz begründen oder als Hauptaspekt verstanden werden. Vielmehr müssen sie als weitgehend gleichwertig nebeneinander existierend betrachtet werden¹⁰⁴³. Die Sühne- und Abschreckungsfunktionen stehen jedoch als tragende Zielsetzungen auch historisch bedingt im Vordergrund¹⁰⁴⁴. Denn allein diese Funktionen können ausschließlich den *punitive damages* zugeschrieben werden, weil andere Ersatzregelungen hierauf nicht eingehen. Schadenskompensation und Genugtuungsfunktion dagegen werden vornehmlich durch andere Rechtsinstitute erreicht, namentlich den Schadensersatz – *pain and suffering* – im herkömmlichen Sinne¹⁰⁴⁵. Dabei sind die beiden letztgenannten Funktionen infolge eines engen Zusammenhanges zwischen Genugtuung und Kompensation nur sehr schwer voneinander zu unterscheiden und vor allem schwer abzugrenzen von den *compensatory damages*¹⁰⁴⁶. Insbesondere, wenn aber trotz einer widerrechtlichen Tat beim Opfer kein Schaden entstanden ist oder zumindest kein solcher, der durch die Nennung einer Geldsumme qualifiziert werden könnte, soll das Opfer nicht mit leeren Händen aus dem Rechtsstreit hervorgehen. Allein *compensatory damages* würden hier aber nicht zum gewünschten Ergebnis kommen, weshalb *punitive damages* herangezogen werden können. Dies dient wieder der Sühne und vor allem Abschreckung, was sich insbesondere im Bereich der Produkthaftung bezüglich des Wunsches nach höherer Produktsicherheit bemerkbar macht¹⁰⁴⁷. Problematisch ist dabei, dass das englische Recht historisch bedingt nicht genau zwischen *exemplary/punitive damages* und den *ordinary/compensatory damages* unterschied. Vielmehr wurden ursprünglich beide Institute zusammenfassend als *damages at large* bezeichnet¹⁰⁴⁸. Berücksichtigt wurde bei der Verhängung zusätzlich zu zahlender Summen in der Regel auch das Verhalten des Täters. Es trat aber immer deutlicher hervor, dass die *exemplary damages* bzw. später so genannten *punitive damages* ihren ausgleichenden Charakter verloren und ab Mitte des 19. Jahrhunderts sowohl in England als auch in den Staaten zunehmend mit dem Begriff der Strafe gleichgesetzt wurden. Deshalb wird vertreten, dass alle kompensatorischen Ziele der *punitive damages* eher eine Folgeerscheinung der anderen Funktionen – nämlich Strafe und Abschreckung – sind, jedoch kein selbstständiges Motiv¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴³ Vgl. Redden, Punitive Damages, S. 31.

¹⁰⁴⁴ So z. B. Kandler, Sanktionsregelungen, S. 213; ebenso Mörsdorf-Schulte, Punitive Damages, S. 112.

¹⁰⁴⁵ Grossfeld, Die Privatstrafe, S. 50; Anm. Greger zu OLG München, NJW 2000, 3103 f.; Seitz, NJW 1996, 2848.

¹⁰⁴⁶ Mit anschaulichem Beispiel zu Vertragsrecht dazu aber Toy, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (311 f.), die die Notwendigkeit von *punitive damages* daran festmacht, dass ein rechtswidriges Verhalten (z. B. Wegnahme statt Vertragsverhandlung) zu mehr Einbußen des Schädigers führen muss, wenn diesem möglich war, sich rechtmäßig zu verhalten.

¹⁰⁴⁷ Zur *deterrence* z. B. Schütze in: Festschrift für Nagel, S. 392 (397); Sunstein/Kahneman/Schkade, Yale L. J. 107 (1981) S. 2071 (2083).

¹⁰⁴⁸ Hierzu Grossfeld, Die Privatstrafe, S. 42 f.

¹⁰⁴⁹ Dazu Zekoll, VersR 1992, 1059 (1060); die Straffunktion mehr hervorhebend Klode, NJOZ 2009, 1762 (1766).

h) Der Erfolg der *punitive damages*

Die *punitive damages* haben ihren Erfolg zug im anglo-amerikanischen Rechtsraum insbesondere der Tatsache zu verdanken, dass es objektiv unmöglich ist, für jede Verletzung einen Schadensausgleich in Geld bemessen zu können. Sie werden deshalb zunehmend so verstanden, vor allem auch immaterielle Schäden des Verletzten ersetzen zu müssen. Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist zwar ebenfalls als *tort* i. S. v. „Schadensersatzrechten“ anerkannt¹⁰⁵⁰, weshalb der Ersatz dieses Schadens daher auch mit Hilfe der *compensatory damages* zu erreichen ist.

Punitive damages sollen aber die Lücken füllen, die *compensatory damages* hinterlassen¹⁰⁵¹. Im Vordergrund steht deshalb die Befriedigung des Sühneverlangens des Verletzten¹⁰⁵². Zweckmäßig ist außerdem die abschreckende Wirkung der bloßen Möglichkeit, für eine deliktische Tat an den Geschädigten selbst hohe Summen zahlen zu müssen. Diesen Effekt könnte die bloße Verhängung von *compensatory damages* wohl kaum erreichen¹⁰⁵³. Besonders wirksam ist dabei die enorme Höhe der verhängbaren Zahlungen. Dazu kommt, dass Richter wenig Einfluss auf die Urteilsfindung an sich haben, weil dies die *juries* übernehmen. Dadurch, dass die genaue Höhe damit schwer abzuschätzen ist, wird dem Arbeitgeber eine wirtschaftliche Kalkulation unmöglich gemacht, die ihn ansonsten möglicherweise dazu bewegt hätte, die Diskriminierung trotz des Verbotes hinzunehmen. Die mögliche Höhe der Zahlungen ist unter anderem auch darauf zurückzuführen, dass das amerikanische Haftsystem mit anderen Umständen rechnen muss als z. B. das deutsche¹⁰⁵⁴: Um das Recht effektiv durchsetzen zu können, müssen die Anwälte bedacht werden, die anders auftreten als hierzulande: Insbesondere die Beweisermittlung durch *pre-trial-discovery*, *class action* und die Möglichkeit der Vereinbarung von Erfolgshonoraren legen dem Kläger andere Pflichten auf. *Punitive damages* resultieren auch aus der Tatsache, dass den Staat nur geringe Fürsorgepflichten treffen, was in Schadensfällen ausgeglichen werden soll, damit der Einzelne eine gewisse Absicherung hat. Die Absicherung gegen Kriminalität ist im Übrigen den Strafverfolgungsorganen des Staates nicht möglich, weil sie das Recht nicht in ausreichend qualifizierter Weise durchsetzen können. Es ergibt sich zum Beispiel eine recht geringe Verurteilungsquote in diesem Bereich. Durch *punitive damages* gelingt es, den einzelnen Geschädigten dazu anzuhalten, sich für die Wahrheitsfindung und Sachverhaltsaufdeckung stark zu machen. Da Anwälte und Sachverständigengutachten aber insbesondere für den Kläger mit ho-

¹⁰⁵⁰ Siehe *Schütze* in: Festschrift für Nagel, S. 392 (396); *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (305 f.).

¹⁰⁵¹ Vgl. *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (305).

¹⁰⁵² So *Grossfeld*. Die Privatstrafe, S. 56; *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (304).

¹⁰⁵³ Dazu *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (304).

¹⁰⁵⁴ Hierzu *Koch*, NJW 1992, 3073 (3074).

hen Kostenpunkten verbunden sind, braucht er den Anreiz, für die Anstrengung auch etwas bekommen zu können¹⁰⁵⁵. *Punitive damages* setzen damit das öffentliche Interesse an der Ahndung von sozialschädlichem Verhalten durch¹⁰⁵⁶.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass *punitive damages* den Geschädigten für die Durchsetzung des Rechts belohnen, die Erstattung der Kosten mittelbar dem Schädiger auferlegen, verwerfliches Verhalten bestrafen und von der Begehung von Rechtsverletzungen abschrecken, aber daneben auch schwer nachweisbare Schäden zusätzlich pauschal ausgleichen¹⁰⁵⁷.

i) Qualifikation als Zivilrecht

Der Begriff „*punitive*“ *damages* lässt auf den ersten Blick darauf schließen, dass eine pönale Straffunktion im Vordergrund steht¹⁰⁵⁸. Gerade in Produkthaftungsfällen gegen Automobilhersteller bewegen deshalb generalpräventive Motive die *juries* zur Verhängung exorbitant hoher Ersatzsummen, was in vielen Fällen kritisch kommentiert wurde¹⁰⁵⁹. Andere Bedenken, denen die Einführung von *punitive damages* begegneten, waren die Tatsache, dass auch in Amerika ein Verstoß gegen die Trennung von Zivil- und Strafrecht gesehen wurde und dem Täter so die Sicherheiten fehlten, die ihm der Strafprozess eigentlich garantieren sollte¹⁰⁶⁰. *Punitive damages* sollten aus diesem Grunde an Zusatzartikel 8 der amerikanischen Bundesverfassung gemessen werden, der exzessive, grausame oder auch nur ungewöhnliche Strafen verbietet¹⁰⁶¹. Der *US-Supreme Court* stellte aber zunächst fest, dass diese Regelung für zivilrechtliche Urteile nicht gelte, mithin auch nicht für *punitive damages*¹⁰⁶². Einschränkungen in diesem Sinne werden dementsprechend nur in wenigen Bundesstaaten gemacht, die nicht die Ansicht des *Supreme Court* teilen¹⁰⁶³. Ebenso sollte das weitgehende Urteilsermessen der *jury* nicht gegen die *due process clause* des 14. Zusatzartikels der Bundesverfassung verstoßen¹⁰⁶⁴. Kritisiert wird auch, dass *punitive damages* Leistungen zusprechen, denen kein Schaden gegenübersteht, weshalb der Geschädigte ein Nutznießer präventiver Zwecke wird, was vor al-

¹⁰⁵⁵ Dazu *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 349.

¹⁰⁵⁶ So *Schwarze*, NZG 2003, 804 (805).

¹⁰⁵⁷ So auch im Überblick *Schwarze*, NZG 2003, 804 (805).

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Brockmeier*, Punitive Damages, S. 74 ff.; *Mörsdorf-Schulte*, Punitive Damages, S. 16 f.

¹⁰⁵⁹ Vgl. zum *Jury*-System z. B. *Brockmeier*, Punitive Damages, S. 7 ff.; *Schütze* in, FS Nagel, S. 392 (296 f.).

¹⁰⁶⁰ Bedenken zu finden bei *Grossfeld*, Die Privatstrafe, S. 55 f.; *Note* in HarvLR 70 (1956/57) 517 (522 ff.); *Stiefel/Stürner*, VersR 1987, 829 (831).

¹⁰⁶¹ Zu dieser Forderung *Zekoll*, VerR 1992, 1059. Vgl. *Cooper Industries, Inc. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424, 433 f. (2001).

¹⁰⁶² *Brown-Ferries Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal Inc.* 492 U.S. 257, 109 S. Ct. 2909, 106 L.Ed. 2nd 219 (1989).

¹⁰⁶³ Vgl. *Zekoll*, VersR 1992, 1059 (1060).

¹⁰⁶⁴ *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* 499 U.S. 1, 23 ff. (1991) und *BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575 ff. (1996). Dazu z. B. *Brockmeier*, Punitive Damages, S. 12.

lem die Anerkennungsfähigkeit von *punitive damages*-Urteilen anzweifeln lässt¹⁰⁶⁵.

Allein dies reicht aber nicht aus, um direkt vom Vorliegen einer strafrechtlichen Sanktionsnorm zu sprechen: Es handelt sich nach US-amerikanischem Recht nämlich gerade nicht um eine Kriminalstrafe. Diese müsste nämlich vom Staat durchgesetzt werden¹⁰⁶⁶. Bei *punitive damages* steht es dem Geschädigten dagegen frei, seinen Individualanspruch durchzusetzen. *Punitive damages* werden auch nicht automatisch verhängt beim Vorhandensein eines strafrechtlich sanktionierten Tatbestandes. Die *punitive damages* kommen in der Regel allein dem Opfer zu Gute, was bereits die Voraussetzungen strafrechtlicher Vollstreckungshilfe nicht erfüllen kann¹⁰⁶⁷. Auch gilt der Verurteilte weder als vorbestraft noch wird die Verurteilung in ein Register eingetragen. Eine bereits verhängte Kriminalstrafe wird nicht in die Berechnung mit einbezogen¹⁰⁶⁸. Aus diesem Grunde verstößt die Verhängung von *punitive damages* auch nicht gegen das im amerikanischen Strafprozess geltende Verbot der Doppelbestrafung¹⁰⁶⁹: Die Kriminalstrafe soll im Sinne der Öffentlichkeit verhängt werden, die *punitive damages* dienen dem Geschädigten¹⁰⁷⁰. So sollen sie nicht zuletzt wieder gutmachen, dass der Staat das Opfer allein gelassen hat und dieses einen oft schwer durchzusetzenden Kampf gegen das Unrecht in Kauf genommen hat. Die Summe wird also auch dafür gezahlt, dass das Opfer Strapazen auf sich genommen hat, um sich gegen das Unrecht zu wehren, was man als eine Art Anerkennungssumme und Aufwandsentschädigung werten kann¹⁰⁷¹.

An der teilweise vertretenen Ansicht, *punitive damages* – Urteile seien Entscheidungen *sui generis* kann schon deshalb gezweifelt werden, weil dies die am wenigsten überzeugende Lösung im Hinblick auf das ansonsten sehr geschlossene Haftungssystem im anglo-amerikanischen Raum darstellt. Sie lassen sich in die bestehenden Strukturen einordnen, weshalb an ihrer dortigen Integration nicht gerüttelt werden muss¹⁰⁷².

Aus diesem Grunde gehören *punitive damages* nicht dem Strafrecht an, sondern dem Zivilrecht: Sie stellen zwar eine Form des Schadensersatzes dar. Dieser enthält aber auch einen Strafgedanken¹⁰⁷³. Wo genau *punitive damages* aufhören und bereits Kriminalstrafen verhängt

¹⁰⁶⁵ Dies stellt vornehmlich eine deutsche Kritik dar, vgl. *BGH* v. 04.06.1992 in BGHZ 118, 312 (344). Auch *Schütze* in: Festschrift für Nagel, S. 392 (400).

¹⁰⁶⁶ Kritisch jedoch *Mörsdorf-Schulte*, *Punitive Damages*, S. 19 ff.

¹⁰⁶⁷ Vgl. *Stiefel/Stürner*, *VersR* 1987, 829 ff.

¹⁰⁶⁸ Z. B. *Bungert*, *ZIP* 1992, 1707 (1708); *Note* in *HarvLR* 70 (1956/57) 517 (524 f.).

¹⁰⁶⁹ Vgl. *Grossfeld*, *Die Privatstrafe* S. 56; *Müller* verweist auf Urteil des US-Supreme Court, der einen Verstoß gegen das Gebot nicht für gegeben erklärt hat, siehe *Müller*, *Punitive damages*, S. 10; *Ebke*, *RIW* 1990, 145 f.

¹⁰⁷⁰ So *Grossfeld*, *Die Privatstrafe*, S. 60.

¹⁰⁷¹ Vgl. *Mörsdorf-Schulte*, *NJW* 2006, 1184 f.

¹⁰⁷² Siehe *Stiefel/Stürner*, *VersR* 1987, 829 ff.

¹⁰⁷³ Vgl. zu dieser Einordnung z. B. *OLG München*, *NJW* 1989, 3102; *Berger/Wilske* *RIW* 2007, 245 (247); so auch *Müller*, *Punitive damages*, S. 10.

werden, kann selbst im Einzelfall jedoch nur unscharf getrennt werden¹⁰⁷⁴.

Jedenfalls in Fällen, in denen das öffentliche Interesse an der Verfolgung einer Straftat niedrig ausfällt, soll zwar die Strafe denjenigen treffen, der das Unrecht verübt hat, aber zugleich auch aus zivilrechtlichen Gesichtspunkten des Ausgleichs demjenigen zu Gute kommen, der Opfer des Unrechts ist¹⁰⁷⁵. Damit bleibt es zumindest zum jetzigen Zeitpunkt dabei, dass *punitive damages* zwischen Privaten fließen und daher auch dem Privatrecht zugeordnet werden müssen¹⁰⁷⁶.

j) Kritik an *punitive damages* in *Common Law* - Ländern

Nicht nur außerhalb des anglo-amerikanischen Rechtsraumes werden *punitive damages* kritisiert, sondern auch in den Ländern, in denen sie ihren Ursprung haben, selbst: *Punitive damages* haben einen ungewöhnlichen Status, weil sie im Rahmen zivilrechtlicher Wege der Rechtsdurchsetzung einen markant abschreckenden und strafenden Charakter haben¹⁰⁷⁷. Vor allem wegen des Versicherungsrechts und Produkthaftungsfällen ist seit den 80er Jahren in Amerika mehr und mehr umstritten, ob *punitive damages* sich heute noch ökonomisch rechtfertigen lassen, ihren Zweck erfüllen und ob nicht andere Schadensersatzregelungen besser zu handhaben seien¹⁰⁷⁸. Obwohl die unmäßige Handhabung und explosive Ausweitung des Rechtsinstituts sich gelegentlich in den wenigen ausufernden Entscheidungen zu Massenschadigungsfällen bemerkbar macht¹⁰⁷⁹, sind *punitive damages* in nahezu allen Staaten in unterschiedlicher Intensität anerkannt. Sie sind allerdings auch in fast allen amerikanischen Staaten in den letzten zwanzig Jahren deutlich eingeschränkt worden¹⁰⁸⁰.

Wo in anglo-amerikanischen Rechtskreisen noch befürchtet wird, dass die Ausweitung, die die *punitive damages* als eine Form von zivilrechtlichem Schadensersatz erfahren haben, einen Zusammensturz des zivilrechtlichen Schadensersatzsystems verursachen kann, wird teilweise für eine generelle Abschaffung plädiert wird¹⁰⁸¹. Argumentiert wird damit, dass der Ausgleich im zivilen Schadensersatzrecht an erster Stelle stehen sollte und *punitive damages*

¹⁰⁷⁴ Vgl. Berger/Wilske RIW 2007, 245 (248); Graf von Westphalen, RIW 1981, 143.

¹⁰⁷⁵ Vgl. Müller, Punitive damages, S. 13.

¹⁰⁷⁶ Vgl. Berger/Wilske RIW 2007, 245 (248).

¹⁰⁷⁷ So Post, GRUR int 2006, 283; auch Redden, Punitive Damages, S. 33.

¹⁰⁷⁸ Vgl. Owen, MLR 74, 1257 (1268); Redden, Punitive Damages, S. 40 zur Haftpflichtversicherung und S. 136 zur ökonomischen Analyse; Siehr, RIW 1991, 705 (707); Sales/Cole, Vand. L. R. 37 (1984), 1117-1172 (1162); Toy, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 f.

¹⁰⁷⁹ Vgl. Owen, MLR 74, 1257 (1320 ff.); Note in HarvLR 70 (1956/57) 517 f.; Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 324.

¹⁰⁸⁰ Z. B. durch Obergrenzen, kritisch Koenig/Rustad, In defense of tort law, S. 4 f.; vgl. auch Redden, Punitive Damages, S. 33 f.; Toy, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (323 f.).

¹⁰⁸¹ Siehe Redden, Punitive Damages, S. 38; Sales/Cole, Vand. L. R. 37 [1984], 1117 (1119).

mit ihrem vornehmlich pönalen Charakter dies konterkarierten¹⁰⁸²: „*Tort does not pay*“¹⁰⁸³.

Insbesondere wird die Systematik um *punitive damages* von den Gegnern nach wie vor als unausgewogenes pro-Kläger-System mit sich ständig ausweitender Haftung kritisiert. Sie unterliegen dem Verdacht, außer Kontrolle zu geraten und daher unverhältnismäßige Prozessergebnisse zu verursachen¹⁰⁸⁴. Dies resultiere daraus, dass der Wunsch nach Abschreckung leicht zu Überreaktionen führen könne („*overdeterrence*“)¹⁰⁸⁵: Die Kosten für Schadensersatzansprüche entsprachen nach Schätzungen zeitweise 2,7 % des Bruttosozialproduktes¹⁰⁸⁶. Befürchtet wird angesichts dieser Entwicklung vor allem, dass der Anreiz der *punitive damages* dazu führt, dass Kläger und ihre Anwälte auch in Fällen vor Gericht ziehen, in denen der tatsächlich erlittene Schaden sehr gering ist und ohne die Aussicht auf darüber hinausgehende Zahlungen gar nicht geltend gemacht werden würde¹⁰⁸⁷. Auch das Argument des *windfall profit*¹⁰⁸⁸ spielt hier eine große Rolle, weshalb die Regeln, die der Supreme Court zuletzt aufgestellt hat, auch stärker am Gedanken des Ausgleichs orientiert sind¹⁰⁸⁹.

Nicht zuletzt existiert auch im anglo-amerikanischen Rechtsraum der *ne bis in idem* – Grundsatz, der eine Doppelbestrafung verbietet¹⁰⁹⁰. Niemand soll wegen einer einmalig begangenen Tat zweimal bestraft werden. Diese Gefahr der *double jeopardy* liegt aber bei der zivilrechtlichen Gewährung von *punitive damages* und einem daran anschließenden Strafprozess durchaus nahe. Ebenso kritisch wird bedacht, dass ein vorangegangenes *punitive damages* – Urteil die Entscheidungsfindung im Strafprozess stark beeinflussen kann, dem Beschuldigten dort aber die Rechte des einer Straftat Angeklagten fehlen¹⁰⁹¹.

Weil *punitive damages* in der Literatur zunehmend als archaisches Rechtsinstitut empfunden werden, dass seines ursprünglichen Sinnes bereits weitgehend obsolet geworden ist, wird gefordert, das Strafsystem zu ändern, um Strafbarkeitslücken unabhängig von zivilrechtlichen Sanktionen zu schließen¹⁰⁹². Die Alternativen zu *punitive damages* werden allerdings nur an wenigen Stellen diskutiert. Im Raum steht z. B. die Klage auf Unterlassen oder eine grundle-

¹⁰⁸² *Fay v. Parker*, 53 N.H. 342 (1873); *Sales/Cole*, Vand. L. R. 37 [1984], 1117 (1123 f.).

¹⁰⁸³ *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (340).

¹⁰⁸⁴ Vgl. *Redden*, Punitive Damages, S. 37 f.

¹⁰⁸⁵ Siehe *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 68; *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (326 f.).

¹⁰⁸⁶ Kritisch bezüglich der Arzthaftung und *punitive damages*, *Sabella*, VersR 1990, 1186 (1189).

¹⁰⁸⁷ Vgl. Befürchtungen von *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (328 f.) sowie *Zekoll*, VersR 1992, 1059 (1060 f.).

¹⁰⁸⁸ Gemeint sind Ersatzleitungen, die über den tatsächlichen Schaden hinausgehen und somit zu einem unverhältnismäßigen Profit des Geschädigten führen.

¹⁰⁸⁹ Siehe *Schwarze*, NZG 2003, 804 (807); *Note* in HarvLR 70 (1956/57) 517 (525 f.); ähnlich *Toy*, Emory Law Journal Vol. 40 [1991], 303 (328 f.), die aber davon ausgeht, dass dieses Problem z. B. nicht durch die Einführung von Höchstgrenzen gebannt werden kann.

¹⁰⁹⁰ Siehe z. B. *Note* in HarvLR 70 (1956/57) 517 (524 ff.).

¹⁰⁹¹ Vgl. *Redden*, Punitive Damages, S. 38 f.

¹⁰⁹² So *Sales/Cole*, Vand. L. Rev. 37 [1984], 1117 (1172).

gende Änderung des *jury-Systems*¹⁰⁹³. Jedoch ist keines der Mittel, die angedacht werden, insbesondere im Bereich der Abschreckung oder in Fällen, in denen kein nachweisbarer Schaden entstanden ist, so effektiv und Erfolg versprechend wie die *punitive damages* es sind¹⁰⁹⁴. Die aktuellsten Urteile bestätigen, dass *punitive damages* auch in Zukunft nicht völlig kalkulierbar sein werden und das pönale Element nicht in den Hintergrund treten wird¹⁰⁹⁵. Nichtsdestotrotz finden *punitive damages* auch im anglo-amerikanischen Arbeitsrecht Anwendung. Welche Besonderheiten sich dabei ergeben, soll das folgende Kapitel zeigen.

2. *Punitive damages* im amerikanischen Arbeitsrecht

a) Allgemeines

Punitive damages sind für die vorliegende Untersuchung besonders interessant, soweit sie auch im amerikanischen Arbeitsrecht Anwendung finden. Denn auf diesen Ideen baut schließlich auch das europäische Antidiskriminierungsrecht in großen Teilen auf.

Das amerikanische Arbeitsrecht lässt sich aufteilen in *equal-Status-Rechte* (z. B. Diskriminierungsschutz), gesetzlich geregelte Mindestbedingungen, individuelle Rechte (z. B. Kündigungsschutz) und kollektives Arbeitsrecht¹⁰⁹⁶. Das Arbeitsrecht im amerikanischen Rechtsraum ist eine Sammlung vieler einzelner Normen. Die einzelnen Staaten verfügen über eigenes Recht, das nicht immer deckungsgleich ist mit dem bundesstaatlichen Recht, was sich beispielsweise bei der unterschiedlichen Auswahl der geschützten Diskriminierungsmerkmale zeigt¹⁰⁹⁷. Die privatwirtschaftliche Beschäftigung ist nach Zivilrecht zu beurteilen, das ebenfalls den Vertragsdoktrinen des einzelstaatlichen *Common Law* unterliegt¹⁰⁹⁸. Das amerikanische Bundesrecht verfügt über die Einrichtung einer *Equal Employment Opportunity Commission*, welche die Gleichberechtigung effektiv durchsetzen soll und zur Vermeidung langwieriger Rechtsstreitigkeiten an einem Vorverfahren vor der Klage eines Arbeitnehmers beteiligt ist¹⁰⁹⁹. Im amerikanischen Recht ist das Gerichtsverfahren in solchen Fällen darauf ausgerichtet, der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes durch Wiedergutmachung in Form von Ausgleich, Abschreckung und Bestrafung zu begegnen¹¹⁰⁰. Da aber in den USA auch

¹⁰⁹³ Für eine umfassende richterliche Kontrolle aber *Owen*, MLR 74, 1257 (1320 ff.).

¹⁰⁹⁴ Vgl. *Redden*, Punitive Damages, S. 39 ff., S. 148.

¹⁰⁹⁵ Eine Angleichung an deutsche Vorstellungen ist daher auch in naher Zukunft nicht zu erwarten. Ähnlich *Berger/Wilske*, RIW 2007, 245 (248); im Ergebnis ähnlich *Redden*, Punitive Damages, S. 135 f.

¹⁰⁹⁶ So differenziert *Brors*, RdA 2003, 223.

¹⁰⁹⁷ Vgl. *Kittner/Kohler*, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 4 ff.; *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, S. 27, 31.

¹⁰⁹⁸ *Kittner/Kohler*, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 5.

¹⁰⁹⁹ Der Arbeitnehmer muss sich z. B. zuerst mit förmlicher Beschwerde an die Kommission wenden; zum Verfahren siehe *Wiedemann*, Gleichberechtigungsgebote, S. 79.

¹¹⁰⁰ Siehe *Wiedemann*, Gleichberechtigungsgebote, S. 79.

keine Fachgerichte existieren, haben sich in Bezug auf die verschiedenen Gerichtsbezirke auch unterschiedliche Grundsätze bezüglich der Klagegründe und der Haftung des Arbeitgebers entwickelt¹¹⁰¹. Im Bereich des Arbeitsrechts sind *punitive damages* in erster Linie vor allem dort bekannt, wo Arbeitnehmer im Betrieb Schäden verursacht haben oder der Arbeitgeber Arbeitsschutzvorschriften nicht genügend beachtet hat¹¹⁰². Sie sind insofern eine „moderne Fallgruppe“¹¹⁰³. Von Interesse ist die Verwendung strafender Aspekte aber auch, wenn der Arbeitgeber auf Grund von diskriminierenden Handlungen gegenüber seinen bereits beschäftigten oder potentiellen Arbeitnehmern verurteilt wird. Speziell im Kündigungsrecht ist dies ebenfalls relevant – der diskriminierende Arbeitgeber soll für sein Fehlverhalten zahlen¹¹⁰⁴. Wie *punitive damages* in solchen Fällen gewährt werden, soll im Folgenden gezeigt werden. Neben dieser Art des Schadensersatzes kennt das anglo-amerikanische Recht aber auch eine Reihe spezieller Rechtsfolgenregelungen, die im Falle unzulässiger Diskriminierungen eingreifen.

b) Diskriminierungsverbot

(aa) Zu den Voraussetzungen

Amerika nimmt bezüglich des Antidiskriminierungsrechts weltweit eine Vorreiterrolle ein. Seinen Ursprung hat das Antidiskriminierungsrecht in den 40er Jahren, als die Nordstaaten der USA begannen, *Fair Employment Practice Laws* zu erlassen¹¹⁰⁵. Anders als in Deutschland ist das Verbot der Diskriminierung in Amerika nicht nur auf den engen Bereich arbeitsrechtlicher Regelungen beschränkt, sondern erfasst alle zivilrechtlichen Gebiete¹¹⁰⁶. Deshalb ist in Amerika - im Gegensatz zum europäischen Rechtsraum – der Schutz vor Diskriminierungen wegen Geschlecht, Rasse, Religion, Behinderung, Alter oder sexueller Orientierung schon seit vielen Jahren geltendes Recht¹¹⁰⁷. Fast jeder Staat hat aber sein eigenes Diskriminierungsrecht, was die Vielfalt der unterschiedlichen Diskriminierungsmerkmale angeht¹¹⁰⁸.

¹¹⁰¹ Vg. Kittner/Kohler, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 5 f.

¹¹⁰² Vgl. Koenig/Rustad, In defense of tort law, S. 115 ff.

¹¹⁰³ So formuliert Mörsdorf-Schulte, Punitive Damages, S. 248, 264 ff.

¹¹⁰⁴ Vgl. Thüsing, NZA 2001, 939 ff.; Zimmer/Sullivan/White, Employment Discrimination, S. 33 f.

Dies unterscheidet das amerikanische Arbeitsrecht insoweit auch von britischen Rechtsfolgen zur Diskriminierung, die entweder die Rechte der Beteiligten bloß feststellen oder Schadensersatz und ggf. Schmerzensgeld mit Höchstsummenbegrenzung gewähren, siehe Dix, Gleichberechtigung, S. 219 f.

¹¹⁰⁵ Vgl. Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 9; chronologischer Überblick bei Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 119; vgl. zur Geschichte auch Zimmer/Sullivan/White, Employment Discrimination, S. 3 ff.

¹¹⁰⁶ Vgl. Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 2.

¹¹⁰⁷ Siehe Thüsing, NZA 2001, 939 ff.

¹¹⁰⁸ Z. B. race, color, sexual orientation, membership in the national guard, marital status, disability, creed etc., vgl. Beispiele bei Kittner/Kohler, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 5; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 148; Zimmer/Sullivan/White, Employment Discrimination, S. 31.

An dieser „Zweiteilung“ des Rechts ist vor allem schwierig, dass bei Eingreifen von Bundes- und Staatenrecht oft nicht klar ist, welches Recht z. B. hinsichtlich der Rechtsfolgen maßgeblich ist¹¹⁰⁹. Amerika verfügt auch bundesweit über eine umfassende Gesetzgebung zum Antidiskriminierungsrecht, die im Jahr 1963 mit dem *Equal Pay Act* ihren Anfang fand, der sich jedoch nur mit der Benachteiligung wegen des Geschlechtes auseinandersetzt¹¹¹⁰.

Die neuere Rechtsprechung stützt sich vornehmlich auf *Title VII Civil Rights Act (CRA)*, der seit 1964 den Schutz vor Diskriminierungen regelt¹¹¹¹. Von *Title VII* erfasst wurde aber nicht jede Art der Diskriminierung. Deshalb wurde der *CRA* in der Folgezeit ergänzt durch den *Age Discrimination Employment Act (ADEA)* von 1967¹¹¹², den *Pregnancy Discrimination Act* von 1978, den *Civil Rights Act* von 1991¹¹¹³ und den *Americans with Disabilities Act (ADA)* von 1990¹¹¹⁴. Auch der *U.S. Code* enthält in *Title 42*, §§ 1981 und 1981a, spezielle Regeln zur Antidiskriminierung im Arbeitsrecht¹¹¹⁵. Die wichtigste Regelung, *Title VII*, gebietet die Gleichbehandlung aller Menschen in Bezug auf Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Religion, und nationaler Herkunft¹¹¹⁶. Neuerdings wird auch verstärkt die Gleichbehandlung in Bezug auf die sexuelle Orientierung weiter entwickelt¹¹¹⁷. Nahezu jeder Arbeitnehmer ist mittlerweile durch die Ausweitung auf einzelstaatlicher Ebene vor Diskriminierungen geschützt¹¹¹⁸.

Anspruchsgegner ist der Arbeitgeber oder auch sein Vertreter¹¹¹⁹. Die Zurechnung nach Stellvertretungsregeln lehnen die amerikanischen Gerichte gestützt auf § 217c des *restatement of Agency* und § 909 des *restatement 2nd of torts* ab. Eine Haftung des Arbeitgebers für Angestellte ist nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen möglich: Bei Anweisungen, schlechter Auswahl des Angestellten, Angestellten, die in führende Positionen agieren oder bei Genehmigung des Vorgesetzten¹¹²⁰. Andererseits kommt eine Verteidigungsmöglichkeit, die zum

¹¹⁰⁹ So *Zimmer/Sullivan/White*, *Employment Discrimination*, S. 961 f.

¹¹¹⁰ Dazu *Lewis/Norman*, *Employment Discrimination Law and Practice*, § 2.1, S. 13 und § 8.1, S. 409 ff.; *Fenske*, *Altersdiskriminierung*, S. 27 f.

¹¹¹¹ Dazu *Lewis/Norman*, *Employment Discrimination Law and Practice*, § 4.20, S. 253.

¹¹¹² Dazu *Lewis/Norman*, *Employment Discrimination Law and Practice*, § 7.1 ff., S. 366 ff.

¹¹¹³ Dieser ergänzte *Title VII*, vgl. *Lewis/Norman*, *Employment Discrimination Law and Practice*, § 2.1, S. 13.

¹¹¹⁴ Fortführung des *Rehabilitation Act* von 1973. Siehe auch *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*, Rn. 119 (Chronologischer Überblick). Weitere Nachweise bei *Günzel/Heilmann*, *RdA* 2000, 341 ff.; *Kittner/Kohler*, *BB-Beilage* 2000 Nr. 4, S. 8.

¹¹¹⁵ Dazu *Lewis/Norman*, *Employment Discrimination Law and Practice*, § 5.1, S. 325 ff.

¹¹¹⁶ Dazu umfassend *Zimmer/Sullivan/White*, *Employment Discrimination*, S. 75 ff.; *Müller*, *RIW* 1998, 765 (766) - speziell zur Geschlechtergleichbehandlung im Betrieb.

¹¹¹⁷ Dazu im Überblick *Thüsing*, *NZA* 1999, 693 (695 f.).

¹¹¹⁸ Siehe *Kittner/Kohler*, *BB-Beilage* 2000 Nr. 4, S. 8.

¹¹¹⁹ Damit gemeint ist jede natürliche oder juristische Person, die einen Gewerbebetrieb führt und 15 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigt. Definition bei *Müller*, *RIW* 1998, 765 (767). Zu den feinen Unterscheidungen zwischen Bundes- und Staatenrecht siehe z. B. *Müller*, *RIW* 1998, 765 (769).

¹¹²⁰ Dazu kritisch *Redden*, *Punitive Damages*, S. 35 f.; Voraussetzungen bei *Zimmer/Sullivan/White*, *Employment Discrimination*, S. 956; zur Haftung von Angestellten beim *quid-pro-quo-harassment* siehe *Müller*, *RIW* 1998, 765 (769).

Ausschluss der Verantwortung führt, in diesen Fallgruppen auch selten in Betracht¹¹²¹.

Einerseits soll die Regelung dafür sorgen, dass gleiche Arbeitsbedingungen für alle geschaffen werden, andererseits soll hierdurch die Unterrepräsentation von Minderheiten beseitigt werden¹¹²². Zur Verwirklichung dieses letztgenannten Zieles können so genannte *affirmative actions*, die vom Arbeitgeber eingeführt werden, um Minderheiten bei der Einstellung bevorzugt berücksichtigen zu können, als zulässig erachtet werden. Dies geht allerdings nur dann, wenn der Arbeitgeber bestimmte an seinen Betrieb anknüpfende Gründe geltend machen kann. Diese können beispielsweise darin bestehen, dass der betreffende Arbeitgeber früher diskriminierend gehandelt hat. Die allgemeine Benachteiligung einer Minderheitengruppe auf dem Arbeitsmarkt kann einen solchen Plan nicht rechtfertigen. Ein weißer Bewerber kann sich demnach erfolgreich darauf berufen, gegenüber einem Schwarzen bei der Einstellung diskriminiert worden zu sein, weil der Arbeitgeber zur Minderheitenförderung vornehmlich einen schwarzen Bewerber einstellen wollte¹¹²³.

Auffällig ist, dass der Arbeitnehmer in keinem Fall gegen seinen Willen geschützt werden soll¹¹²⁴. Insofern darf auch eine schwangere Frau sich frei entscheiden, ob sie einen gefährlichen Arbeitsplatz annehmen will oder nicht, weil die Schwangerschaft sie nicht zur Einstellung ungeeignet macht¹¹²⁵. Das amerikanische Recht unterscheidet hierbei auch zwischen mittelbarer und unmittelbarer¹¹²⁶ Diskriminierung sowie der Fallgruppe der Belästigung¹¹²⁷. Allerdings knüpft das amerikanische Recht nicht an die einzelne Diskriminierung bzw. Belästigung an, sondern verzichtet zum Beispiel auf die Arbeitgeberhaftung, wenn gleichermaßen Männer wie Frauen in seinem Betrieb belästigt werden. Denn hier finde keine Ungleichbehandlung der Geschlechter statt¹¹²⁸.

Vor allem Frauen konnten ihre Position im Bereich des Antidiskriminierungsrechts in den letzten Jahrzehnten trotzdem verbessern, denn die Zahl der Urteile, die auf Grund einer Diskriminierung wegen des Geschlechts oder wegen Belästigung am Arbeitsplatz zugesprochen wurde, nahm stetig zu¹¹²⁹. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Unternehmensehaftung

¹¹²¹ So einschränkend für den speziellen Fall der Belästigung *Müller*, RIW 1998, 765 (770).

¹¹²² Supreme Courts in *Steel Workers v. Weber* (433 U.S. 193 [1979]).

¹¹²³ Siehe *Schurr v. Resorts International Hotel* 81 FEP cases 364 v. 12.11.1999; dazu *Thüsing*, NZA 2001, 939 f.

¹¹²⁴ Vgl. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 54.

¹¹²⁵ *Automobile Workers v. Johnson Controls*, 499 U.S. 187 (1991).

¹¹²⁶ *Z. B. Hazen Paper Co. v. Biggins*, 507 U.S. 604 (1993). Dazu z. B. *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, S. 87 ff.

¹¹²⁷ Zu mittelbarer Diskriminierung grundlegend *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971).

¹¹²⁸ Vgl. *Thüsing*, NZA 2001, 939 (941). *Hohlman v. Indiana Court of appeals for the 7th Circuit* 82 Fep. cases 1287 v. 1.5.2000.

¹¹²⁹ Dazu *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 109, mit Verweis auf *Rogers v. L'Enfant Plaza Hotel*, 526 F. Supp.523 (D.D.C. 1981); *Shaffer v. National Can Corporations*, 565 F. Supp. 909 (E.D.Pa. 1983); *Laughinhouse v. Risser*, 786 F.Supp.920 (D. Kan.1992); *Valdez v. Church's Fried Chicken, Inc.*, 683 F. Supp. 596 (W.D. Tex.

im Arbeitsrecht, wenn es um *sexual harassment*, also die sexuelle Belästigung im Betrieb geht, die ebenfalls auf der Grundlage des *Title VII* verboten wird¹¹³⁰. Der Arbeitgeber haftet bei den verschiedenen Arten der Belästigung am Arbeitsplatz, insbesondere der sexuellen Belästigung (*sexual harassment*). Die Belästigung kann in verschiedenen Fällen vorliegen. Sie ist z. B. gegeben, wenn der Arbeitgeber selbst oder ein ebenfalls weisungsbefugter Mitarbeiter durch sein Verhalten ein Umfeld schafft, das Belästigungen erleichtert (*hostile work environment*), oder wenn an ein bestimmtes sexuelles Verhalten Vor- oder Nachteile geknüpft werden (*quid pro sexual harassment*)¹¹³¹. Insbesondere in letzterem Fall kommt es nicht auf finanzielle Einbußen des Arbeitnehmers an, sondern nur darauf, dass eine Bedingung innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses von einem bestimmten geschlechtlichen Verhalten abhängig gemacht wird. Ausschlaggebend ist daher in erster Linie das verbotene Ansinnen des Arbeitgebers¹¹³².

Die wichtigere Fallgruppe ist das *hostile work environment*, da es hier keinen konkreten Bezugspunkt gibt, sondern der Arbeitnehmer einer „unerträglichen Arbeitsatmosphäre“ ausgesetzt ist¹¹³³. Es liegt aber kein solches *hostile work environment* bzw. feindliches Arbeitsumfeld vor, wenn der Arbeitgeber sofort Schritte einleitet, um den belästigenden und diskriminierenden Arbeitnehmer zu disziplinieren, weil er in diesem Falle das Entstehen eines feindlichen Umfelds rechtzeitig verhindert¹¹³⁴.

(bb) Rechtsfolgen unzulässiger Diskriminierungen

(1) Allgemeines

Das amerikanische Recht verfügt über eine Vielzahl von Rechtsfolgen unzulässiger Diskriminierungen, die neben *compensatory damages*, *punitive damages* und *liquidated damages* in erster Linie Abfindungszahlungen (*equitable relief*), Unterlassungsansprüche (*injunctive relief*), Lohnnachzahlungen und Vorauszahlungen (*back pay/ front pay*)¹¹³⁵ und die Zahlung der Anwaltskosten (*attorney's fees*) umfassen¹¹³⁶. Seinen Anfang hat das Schadensersatzrecht wie

1988); *Pease v. Alford Photo Industries, Inc.*, 667 F. Supp. 596 (W.D. Tenn. 1987); *Shrout v. Black Clawson Co.* 689 F. Supp. 774 (S.D. Ohio 1986).

¹¹³⁰ Vgl. im Überblick Müller, RIW 1998, 765 ff.

¹¹³¹ Zum *sexual harassment* siehe *Lewis/Norman*, Employment Discrimination Law and Practice, § 2.22, S. 54 ff.; Definition auch bei Müller, RIW 1998, 765 (768).

¹¹³² So Müller, RIW 1998, 765 (769).

¹¹³³ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 106 S. Ct. 2399 f. (1986).

¹¹³⁴ *Brooks v. City of San Mateo* 43 Fed. Cases 55 v. 05.06.2000; *Bornett v. Tyco Corporation*, 43 Fed. Cases 1513 v. 11.02.2000. Vgl. Auch Müller, RIW 1998, 765 (770).

¹¹³⁵ Siehe z. B. Übersicht bei *Lewis/Norman*, Employment Discrimination Law and Practice, § 4.25, S. 256.

¹¹³⁶ Vgl. dazu *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, Chapter 10 – Judicial Relief, S. 941 ff.; *Günzel/Heilmann*, RdA 2000, 341 (344); Müller, RIW 1998, 765 (774).

so oft mit der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court gefunden¹¹³⁷. Schadensersatz war möglich in Form von *compensatory damages* und *punitive damages*¹¹³⁸. Diese wurden gestützt auf 42 U.S.C. § 1981¹¹³⁹. Erst 1991 wurden *compensatory* und *punitive damages* in *Title VII* fest geschrieben¹¹⁴⁰. *Punitive* und *compensatory damages* sind seither als mögliche Rechtsfolgen festgeschrieben, in der Rechtsanwendung jedoch handelt es sich weniger um klare Regeln, als viel mehr um Einzelfallentscheidungen, die zum Teil auf Jury-Urteilen basieren¹¹⁴¹.

Ergänzend existiert seit 2003 *Section 1981a*, der Lücken von *Section 1981* schließt und in bestimmten Fällen garantiert, dass ein *jury*-Verfahren durchgeführt wird. Er erlaubt *compensatory damages*, aber keine *punitive damages*¹¹⁴².

(2) Voraussetzungen

Schadensersatz für einen immateriellen Schaden kann nur dann gewährt werden, wenn tatsächlich eine Verletzung geschehen ist¹¹⁴³. Nach *Title VII, § 1981 Title I, II* ist es damit möglich, *compensatory damages* zu erhalten¹¹⁴⁴. Aber auch *punitive damages* sind denkbar, jedoch nur, sofern der Arbeitgeber besonders verwerflich gehandelt hat¹¹⁴⁵. *Punitive damages* werden neben anderen Ansprüchen wegen Diskriminierung nur in Fällen gewährt, in denen der Arbeitgeber „*with malice or reckless indifference*“ die bundesstaatlich gesicherten Rechte eines Individuums verletzt¹¹⁴⁶. Dies zeigt, dass auch im Bereich des Arbeitsrechtes strenge Anforderungen an die Gewährung der *punitive damages* gestellt werden, die nur bei Überprüfung der persönlichen Gesinnung des Arbeitgebers angenommen werden können. Bezüglich *punitive damages* bedarf es auch in arbeitsrechtlichen Entscheidungen der Arglist oder eines besonders rücksichtslosen Verhaltens des Arbeitgebers¹¹⁴⁷. Der Arbeitgeber muss sich also

¹¹³⁷ Albemarle Paper Co. v. Moody, 422 U.S. 405 (1975).

¹¹³⁸ Siehe Lewis/Norman, Employment Discrimination Law and Practice, § 4.26, S. 271.

¹¹³⁹ Dazu Zimmer/Sullivan/White, Employment Discrimination, S. 947.

¹¹⁴⁰ Siehe Lewis/Norman, Employment Discrimination Law and Practice, § 4.26, S. 271 ff.; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 119; Zimmer/Sullivan/White, Employment Discrimination, S. 945; Kittner/Kohler, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 9.

¹¹⁴¹ Johnson v. Railroad Express Agency, 421 U.S. 454 (1975). Kritisch Zimmer/Sullivan/White, Employment Discrimination, S. 947 f.; 949.

¹¹⁴² Vgl. Lewis/Norman, Employment Discrimination Law and Practice, § 4.26, S. 272; Zimmer/Sullivan/White, Employment Discrimination, S. 947.

¹¹⁴³ Carey v. Piphus, 435 U.S. 247 (1978).

¹¹⁴⁴ So z. B. bei Lewis/Norman, Employment Discrimination Law and Practice, § 4.7 b, S. 239 f.; über die Kombination dieser rechtsgrundlagen und deren weiten Anwendungsbereich siehe dies., § 6.1 ff., S. 351 ff.

¹¹⁴⁵ Übersichtlich dargestellt bei Zimmer/Sullivan/White, Employment Discrimination, S. 941; zu den besonderen Erfordernissen des Vorsatzes z. B. Günzel/Heilmann, RdA 2000, 341 (344).

¹¹⁴⁶ Z. B. Kolstad v. American Dental Association, 527 U.S. 526 (1999). Vgl. dazu Lewis/Norman, Employment Discrimination Law and Practice, § 4.26, S. 272; Günzel/Heilmann, RdA 2000, 341 (344).

¹¹⁴⁷ *Malice or reckless indifference*, 43 USC § 1981a (a) (1)). In Deutschland sind z. B. sexuelle Belästigungen ungeachtet ihrer Richtung oder diskriminierender Merkmale schon allein deshalb zu unterlassen, weil sie die Würde und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verletzen. So Thüsing, NZA 2001, 939 (941).

der rechtsverletzenden Handlung bewusst sein und es gerade darauf anlegen¹¹⁴⁸.

Bekannt sind *punitive damages* Urteile hier wegen Rassendiskriminierung, auch wenn der Bewerber später eine gleichwertige Stelle gefunden hat¹¹⁴⁹. Basierend auf dem englischen bzw. dem amerikanischen *Equal Pay Act* gilt in beiden Rechtskreise das Gebot, allen Arbeitnehmern ein gleich hohes Entgelt zu zahlen¹¹⁵⁰. Bei ungleichem Entgelt wird dort kein immaterieller Schaden eingeklagt, wohl aber wird anknüpfend an die Ungleichbehandlung durch den Arbeitgeber ein Anspruch auf die Zahlung von *punitive damages* begründet¹¹⁵¹.

In Fällen, in denen die Diskriminierung nicht vom Arbeitgeber selbst, sondern von anderen Arbeitnehmern ausgeht, muss die Haftung jedoch differenziert betrachtet werden: Eine bloß leicht fahrlässige schlechte Überwachung eines Arbeitgebers erfüllt die Voraussetzungen nicht, selbst wenn auch der diskriminierende Arbeitnehmer das Merkmal erfüllt. Der Arbeitgeber haftet aber grundsätzlich im Falle eines rücksichtslosen oder absichtlichen Fehlverhalten seines Arbeitnehmers auf *punitive damages*¹¹⁵². Der Grund für diese persönliche Haftung kann beispielsweise sein, dass er das Verhalten der anderen Arbeitnehmer durch eigenes Fehlverhalten unterstützt oder bewusst hinnimmt. Nach der *complicity rule* reicht für die Erfüllung der Haftungsvoraussetzungen, dass der Arbeitgeber den untauglichen Mitarbeiter überhaupt eingestellt hat. Diese Haftung geht freilich sehr weit und ist für den Arbeitgeber im Einzelfall schwer zu vermeiden¹¹⁵³. Die Gerichte schränken mit ihrer Rechtsprechung die Handhabung der *punitive damages*-Urteile in solchen Fällen aber durchaus spürbar ein, wobei zuweilen für die verschiedenen Anknüpfungspunkte bei Diskriminierungen andere Maßstäbe gelten¹¹⁵⁴.

Diese Regeln gelten jedoch nicht für jede Art der Diskriminierung: Insbesondere die Altersdiskriminierung beruht auf einer anderen Gesetzesgrundlage und gehorcht daher anderen Regeln¹¹⁵⁵. Auch vor dieser Art der Diskriminierung ist der Arbeitnehmer im US-amerikanischen Arbeitsrecht geschützt¹¹⁵⁶. Grundlage ist der *Age Discrimination in Employment Act (ADEA)* als spezielles Recht, s. o. Hiernach gilt generell das Prinzip der Wiedergutmachung; wie diese im Einzelnen auszusehen hat, bleibt jedoch den Gerichten überlassen. In

¹¹⁴⁸ Vgl. *Smith v. Wade*, 461 U.S. 30 (1983).

¹¹⁴⁹ Vgl. *Sunstein/Kahnemann/Schkade*, YLJ 1981, S. 2976 gestützt auf *Lane v. Hughes Aircraft Co.* 65 Cal. Rptr. 2d 889, 912 (Ct. App.).

¹¹⁵⁰ Zum englischen *Equal Pay Act* z. B. *Dix*, Gleichberechtigung, S. 63 ff.

¹¹⁵¹ Dazu *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 521; Strafaufschlag von 100% des vorenthaltenen Entgelts: *Lewis/Norman*, Employment Discrimination Law and Practice, 427.

¹¹⁵² Kritisch hierzu z. B. *Redden*, Punitive Damages, S. 35 f.; neuere Beispiele bei *Thüsing*, NZA 1999, 693 (694).

¹¹⁵³ Vgl. Beispiele bei *Redden*, Punitive damages, S. 36; *Sales/Cole*, Vand. L. Rev. 37 [1984], 1117 (1139).

¹¹⁵⁴ Vgl. *Thüsing*, NZA 2001, 939 (942), der auf die Unterschiede zwischen Geschlechtsdiskriminierung und rassendiskriminierung aufmerksam macht.

¹¹⁵⁵ Einen Vergleich zwischen Schadensersatz nach *Title VII* und *ADEA* bieten *Lewis/Norman*, Employment Discrimination Law and Practice, § 4.30, S. 296 ff.

¹¹⁵⁶ Zum Verhältnis des *ADEA* zu *Title VII* *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, S. 461 ff.

Betracht kommt Schadensersatz für entgangene Leistungen (Lohn- und Lohnnebenleistungen), doppelter Schadensersatz, Wiedereinstellung, Beförderung oder erstmalige Einstellung¹¹⁵⁷. Der *ADEA* verfolgt dabei ein individualistisches Konzept, das sich an der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers in seinem jeweiligen Lebensjahr orientiert. Leitbild ist die Altersneutralität¹¹⁵⁸.

Ansprüche auf Geld werden als *legal* bezeichnet und können nach Urteil vollstreckt werden, andere Ansprüche sind als *equitable* einzustufen und können nach der gerichtlichen Verfügung bei Nichteinhaltung mit Bußgeldern bedacht werden¹¹⁵⁹. Erfasst wird deshalb in erster Linie der materielle Schaden, der vollständig ersetzt werden muss. In den Fällen, in denen eine Diskriminierung absichtlich erfolgt, wird die Summe gemäß § 626 (b) Satz 3, 2. Halbsatz verdoppelt. Die Gerichte sind jedoch frei, einzelfallsbezogen zu entscheiden und so z. B. auch einen Einstellungsanspruch durchzusetzen: Die Naturalrestitution ist vorrangig gegenüber dem Schadensersatz¹¹⁶⁰. Die Beweislast für die Rechtsverletzung und den entstandenen Schaden trägt der Kläger. Es gibt jedoch auch die Möglichkeit, über den bloßen Schaden hinauszugehen: Bei verdoppeltem Schadensersatz, der in solchen Fällen gewährt wird, handelt es sich dann um so genannte *liquidated damages*, die gewährt werden, um auch nicht deutlich ermittelbare Schäden vollständig auszugleichen¹¹⁶¹. Verlangt wird auch hier eine besonders schwerwiegende Art des Vorsatzes bei der Diskriminierung, der aber, anders als im deutschen Recht, bei der Schadensbemessung berücksichtigt wird¹¹⁶². Wann dieser besondere Vorsatz, *willfulness*, vorliegt, ist in unterschiedlicher Weise entschieden worden. So vertritt die weiteste Auslegung, dass der Arbeitgeber nur wissen muss, dass der *ADEA* auf seine Handlungen anwendbar ist. Andere Gerichte verlangten eine konkrete Absicht, den *ADEA* zu verletzen, zumindest (fahrlässige) Kenntnis oder Wissen oder rücksichtsloses Außerachtlassen¹¹⁶³. Dieser letzten Ansicht, die auf *knowing or reckless disregard* abstellte, schloss sich auch der *Supreme Court* an¹¹⁶⁴. Auch wenn der Arbeitgeber weiß, dass er den *ADEA* rücksichtslos außer Acht lässt, liegt *willfulness* vor¹¹⁶⁵. Im Rahmen dieser Maßstäbe haben sich wiederum verschiedene Ansichten entwickelt: Manche Gerichte beriefen sich auf den Strafcharakter bei

¹¹⁵⁷ Dazu *Lewis/Norman*, *Employment Discrimination Law and Practice*, § 7.25, S. 402; *Fenske*, *Altersdiskriminierung*, S. 214 und 264 ff. Einen Vergleich zwischen den deutschen Regelungen zur Altersdiskriminierung und dem *ADEA* bietet *Hahn*, *Altersdiskriminierung*, S. 72 ff.

¹¹⁵⁸ Hierzu *Hahn*, *Altersdiskriminierung*, S. 67.

¹¹⁵⁹ So *Fenske*, *Altersdiskriminierung*, S. 215.

¹¹⁶⁰ Zu den Rechtsfolgen *Fenske*, *Altersdiskriminierung*, S. 39 f. und 271.

¹¹⁶¹ Vgl. *Fenske*, *Altersdiskriminierung*, S. 232 ff.; *Zimmer/Sullivan/White*, *Employment Discrimination*, S. 963 ff.

¹¹⁶² Dazu *Fenske*, *Altersdiskriminierung*, S. 233, Fn. 107.

¹¹⁶³ Rechtsprechungsübersicht bei *Fenske*, *Altersdiskriminierung*, S. 234 ff.

¹¹⁶⁴ *Trans World Airlines, Inc. v. Thurston*, 469 U.S. 111, 105 S. Ct. 613 (1985).

¹¹⁶⁵ Es handelt sich bei diesen Kriterien um die Wiedergabe der *Knowing or reckless regard* - Formel des *Supreme Court*, vgl. *Fenske*, *Altersdiskriminierung*, S. 270.

der Schadensverdopplung und verwiesen auf die Ähnlichkeit zu *punitive damages*, indem sie auch bei der Altersdiskriminierung *outrageousness* verlangten¹¹⁶⁶. Dies hat der Supreme Court als zu eng angesehen, jedoch weiterhin nicht deutlich entschieden, wann *willfulness* tatsächlich vorliegt. Die strengen Anforderungen der *punitive damages* gelten jedenfalls hier nicht uneingeschränkt¹¹⁶⁷.

Der Schadensersatz wegen Diskriminierung wegen des Alters stellt damit zwar eine Sanktion des Arbeitgebers dar. Ersatz der psychischen Schäden oder Schadensersatz mit Strafcharakter im Sinne von *punitive damages* kann jedoch nicht verlangt werden¹¹⁶⁸. Hier differenziert die amerikanische Rechtssprechung also nochmals deutlich zwischen strafenden Aspekten eines doppelten Schadensersatzes und *punitive damages*.

(3) Besonderheiten im amerikanischen Recht

Ein Verzicht auf Ansprüche wegen einer Diskriminierung ist in Amerika wie auch in England nicht ohne weiteres möglich. Notwendig ist die Anwesenheit eines unabhängigen Beistands, in der Regel eines Anwalts. Auf manche Ansprüche, wie die aus *Titel VII Civil Rights Act*, kann überhaupt nicht verzichtet werden. Es gibt eine Vielzahl solcher Sicherungsvorschriften, die vornehmlich das Antidiskriminierungsrecht betreffen¹¹⁶⁹. Diese Grundsatzentscheidungen betreffen vornehmlich das anglo-amerikanische Arbeitsrecht, was ein Vergleich zur deutschen Rechtslage zeigt: Im deutschen Arbeitsrecht wird der Arbeitnehmer teilweise sogar durch die Möglichkeit „gezielter“ Ungleichbehandlung vor sich selbst geschützt, indem bestimmte Ungleichbehandlungen ausdrücklich erlaubt werden: Beispielsweise gibt es die Rechtfertigungsgründe des § 10 AGG zur Altersdiskriminierung nicht ausschließlich, um dem Arbeitgeber entgegen zu kommen, sondern auch, um den Arbeitnehmer zu schützen¹¹⁷⁰. Dieser Schutzgedanke findet sich z. B. wieder, wenn eine schwangere Bewerberin sich auf einen für die Schwangerschaft gefährlichen Arbeitsplatz bewirbt. Diesen Arbeitsplatz darf der Arbeitgeber mit einer schwangere Frau aus gesundheitlichen Gründen nicht besetzen. Hier muss allerdings eine eingeschränkte Sichtweise erfolgen, weil diese Bewerberin dem Grundsatz nach trotzdem nicht diskriminiert werden darf: Sie soll deshalb trotzdem beschäftigt werden, wenn

¹¹⁶⁶ Z. B. *Weibly v. Westinghouse Electric Corp.*, 683 F. Supp. 111 (E.D. Pennsylvania 1988). Zur Schadensverdopplung: *Gifford v. B.D. Diagnostics*, 458 F. Supp. 4962 (D Ohio 1978); *Douglas v. American Cyanamid Co.*, 472 F. Supp. 298 (D. Connecticut 1979); *Shaw v. U.S.*, 853 F. Supp 1378 (M. D. Alabama 1994), entnommen aus *Fenske*, Altersdiskriminierung, S. 242.

¹¹⁶⁷ Dazu im Einzelnen *Fenske*, Altersdiskriminierung, S. 243 ff.; *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, S. 87 - Besprechung des Falles *Hazen Paper Co. V. Biggins*, 507 U.S. 604 (1993).

¹¹⁶⁸ So *Fenske*, Altersdiskriminierung, S. 258 m. w. Nw.; 271; *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, S. 941.

¹¹⁶⁹ Dazu *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 88.

¹¹⁷⁰ Z. B. bei der Staffelung der Urlaubsansprüche nach Lebensalter, *Wolff*, AuA 2005, 82 (83). Vgl. auch *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1493).

auch nicht während der Zeit der Schwangerschaft. Das bedeutet, dass ihr keine auf die Schwangerschaft gestützte Absage erteilt werden darf – und zwar selbst dann nicht, wenn sie schwangerschaftsbedingt gar nicht sofort arbeiten kann. Erst bei der tatsächlichen Aufnahme der angestrebten Tätigkeit muss die Schwangerschaft dann beendet sein, damit keine Gesundheitsgefahr mehr besteht.

Das amerikanische Arbeitsrecht kennt ebenso das Problem, dass in die „Vertragsfreiheit“ des Arbeitnehmers eingegriffen wird¹¹⁷¹. Denn Diskriminierung sei oft keine Rechtsverletzung, sondern nur ein Mittel, um sich die Freiheit zu bewahren, einen Vertrag abzuschließen mit wem man will. Auch die amerikanischen Rechtswissenschaftler gehen aber davon aus, dass diese Einschränkung letztlich mehr Gutes als Schlechtes bringt, weil eine Balance zwischen den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen erreicht werden soll¹¹⁷².

Auch das Antidiskriminierungsrecht ist deshalb zunehmend Kritik ausgesetzt, weil es zu ausufernden Entschädigungszahlungen verleitet. Gegenmaßnahmen werden sogar auf Bundesebene getroffen, indem in bestimmten Fällen (*Title VII* und *Title I*) der Schadensersatz einer Obergrenze unterliegt. Seit 1991 enthält beispielsweise *Title VII Civil Rights Act in sec. 102* normierte Höchstgrenzen in Fällen diskriminierender Einstellungspraktiken¹¹⁷³. *Punitive damages* werden nach Bundesrecht nur in Höhe des zehnfachen der Schadenssumme für zulässig gehalten. Meistens sind sie in der Praxis dann nicht höher als das zwei- oder dreifache des Schadensersatzes¹¹⁷⁴. Beispielsweise für Fälle der Diskriminierung wegen Behinderung wurde entwickelt, dass die Höchstsummen nach der Unternehmensgröße gestaffelt sind¹¹⁷⁵. Auch nach *Section 1981a (b) (3)* existieren mittlerweile Höchstgrenzen¹¹⁷⁶.

Anders ist dies in Fällen sexueller Belästigung. Hier werden zuweilen ungewöhnlich hohe Summen zugesprochen¹¹⁷⁷. So wurden in England im Fall *Villalba v. Merrill Lynch*¹¹⁷⁸ 7,5 Millionen Pfund von einer Arbeitnehmerin aufgrund einer angeblichen Diskriminierung wegen des Geschlechts gefordert. Tatsächlich vereinbart werden laut Medienberichten teilweise

¹¹⁷¹ Dazu z. B. *Kittner/Kohler*, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 5; *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, S. 45 ff.

¹¹⁷² Siehe *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, S. 59.

¹¹⁷³ Dazu *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 522; *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, S. 941, auch S. 960 f.

¹¹⁷⁴ Dazu *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 AGG Rn. 26.

¹¹⁷⁵ 50.000 Dollar bei 15-100 Arbeitnehmern, 100.000 bei 101-200 Arbeitnehmern, 200.000 bei 201-500 Arbeitnehmern, oder 300.000 bei mehr als 500 Arbeitnehmern. Vgl. *Lewis/Norman*, Employment Discrimination Law and Practice, § 10.83, S. 519; mit Verweis auf 42 U.S.C. Section 1981 *Günzel/Heilmann*, RdA 2000, 341 (344).

¹¹⁷⁶ Siehe *Lewis/Norman*, Employment Discrimination Law and Practice, § 4.26, S. 273.

¹¹⁷⁷ Allein 80 Millionen Dollar gingen im Zuge eines Vergleichs von der *Ford Motor Company* an mehrere hundert belästigte Frauen; die Beklagte versprach außerdem, weitere zehn Millionen Dollar in Aufklärungs- und Schutzmaßnahmen gegen Diskriminierung zu investieren. EEOC 162 LRR 33; siehe auch *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 AGG Rn. 26.

¹¹⁷⁸ Employment Appeal Tribunal, London, 15. Februar 2006, EC4Y 0DS.

Entschädigungszahlungen im Bereich von bis zu 1 Million Pfund¹¹⁷⁹.

In Amerika hat beispielsweise die *Morgan Stanley Bank* insgesamt 54 Millionen Dollar im Vergleichsweg gezahlt, weil eine Vielzahl von Arbeitnehmerinnen Diskriminierungen wegen des Geschlechts ausgesetzt waren. Der größte Einzelspruch erstreckte sich dabei auf 12 Millionen Dollar¹¹⁸⁰. Allerdings soll in *punitive damages* – Urteilen auch nach teilweise abweichendem Staatenrecht das Gebot der Verhältnismäßigkeit beachtet werden, sodass Höchstgrenzen in gewissem Grade entbehrlich sind¹¹⁸¹. Beachtet werden muss bei diesen Fällen auch, dass eine Vielzahl von Diskriminierungsopfern zu entschädigen waren und die großen Summen nicht etwa an einzelne gezahlt werden sollten.

In der Praxis werden *compensatory damages* und *punitive damages* zusammen gezogen und nur eine Summe (die meist deutlich unter den beantragten *punitive damages* liegt) zugesprochen, bei der oft nicht mehr genau erkennbar ist, welcher Teil der Summe welchen Ausgleich darstellt. Die Höhe der Höchstgrenzen hängt davon ab, wie viele Arbeitnehmer der Arbeitgeber beschäftigt¹¹⁸². Die Schadensersatzhaftung des Arbeitgebers ist bei verbotenen Benachteiligungen auf die Zahlung von maximal drei Jahresgehältern begrenzt¹¹⁸³.

Die Grundidee, mit der *punitive damages* im Griff gehalten werden, ist aber auch im Arbeitsrecht die, dass das Diskriminierungsopfer für denselben Rechtsverstoß nicht mehrfach einen Ausgleich erhalten soll. Wenn ein Diskriminierungstatbestand greift, soll auch nur nach dieser Norm eine Ersatzpflicht bestehen - egal, ob auch andere Schutznormen noch greifen¹¹⁸⁴.

c) Kündigungsschutz

Einen allgemeinen Kündigungsschutz gibt es im Amerikanischen Recht nicht. Vielmehr gilt die *doctrine of employment-at-will*: Sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist, können Arbeitsverhältnisse jederzeit ohne weitere Begründung von jeder Partei beendet werden¹¹⁸⁵. Allerdings enthalten Tarifverträge und andere Verträge mit kollektiver Wirkung – die in Amerika aber nur eine vergleichsweise geringe Rolle spielen¹¹⁸⁶ - oft Regelungen, die die Kündigung an bestimmte Voraussetzungen knüpfen¹¹⁸⁷.

¹¹⁷⁹ Dazu *Herms/Meinel*, DB 2004, 2370 mit Verweis auf www.eoc.org.uk. Equal Opportunities Commission; kritisch auch *Thüsing*, NZA 1999, 693 (694).

¹¹⁸⁰ Vgl. *Herms/Meinel*, DB 2004, 2370 mit Verweis auf www.aus-portal.de/aktuell/gesetze/01/index_6742.htm.

¹¹⁸¹ Siehe *Müller*, RIW 1998, 765 (774) mit Verweis auf *Kimzey v. Walmart Stores, Inc.* 107 F.3d 568, 572-73 (8th Cir. 1997) und *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575 ff. (1996).

¹¹⁸² Beispiele bei *Zimmer/Sullivan/White*, *Employment Discrimination*, S. 947 und 960 f.

¹¹⁸³ Siehe *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 AGG Rn. 26.

¹¹⁸⁴ Siehe *Zimmer/Sullivan/White*, *Employment Discrimination*, S. 961.

¹¹⁸⁵ Zur „*doctrine at will*“ z. B. *Günzel/Heilmann*, RdA 2000, 341.

¹¹⁸⁶ Dazu *Brors*, RdA 2003, 223.

¹¹⁸⁷ Allgemein zum Kündigungsschutz siehe *Kittner/Kohler*, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 4 ff.

In Amerika sind nur diskriminierende Kündigungen konkret verboten. Von *Title VII* betroffen sind z. B. gemäß § 701 (b) grundsätzlich alle Unternehmen, die mindestens 15 Personen an jedem Werktag für mindestens 20 Wochen im Jahr beschäftigen¹¹⁸⁸. Ein Arbeitnehmer, der kraft tarifvertraglicher Regelungen nur unter bestimmten Voraussetzungen gekündigt werden kann, ist jedoch hinsichtlich einer möglichen Klage besser beraten, wenn er sich auf einen diskriminierenden Tatbestand der Kündigung beruft. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Kündigung gegen *public policy* – im deutschen Recht wohl „die guten Sitten“ – verstößt. Denn nur auf diese Weise erhält er im Falle eines für ihn erfolgreichen Prozesses zusätzlich *punitive damages* und *compensatory damages for emotional distress*. Dies wäre auszuschließen, würde der Arbeitnehmer sich ausschließlich auf die Vertragswidrigkeit der Kündigung berufen¹¹⁸⁹. In letzter Zeit wird daher zunehmend vertreten, dass der Kündigungsschutz nicht vom Diskriminierungsschutz erfasst werden soll, sondern allgemein ein arbeitsverhältnis-bezogener sachlich nachvollziehbarer Grund verlangt werden muss, der die Kündigung rechtfertigen muss¹¹⁹⁰. Besonders im Bereich des Kündigungsschutzes ist daher in den letzten Jahren aufgefallen, dass der Arbeitgeber in ein und derselben Situation sowohl *punitive damages* gegenüber dem zu Kündigenden schulden kann, wenn die diskriminierende Handlung die Kündigung nicht vollends rechtfertigen kann, als auch wegen Belästigung gegenüber den Übrigen. So befindet er sich in der misslichen Lage, dass er sich gegenüber den übrigen Arbeitnehmern ersatzpflichtig macht, wenn er den geringfügig belästigenden Arbeitnehmer nicht entlässt, aber auch gegenüber dem Betroffenen selbst, wenn er ihn entlässt¹¹⁹¹.

3. Zwischenergebnis

Die Konzeption der *punitive damages* existiert seit den Zeiten des *Codex Hammurabi*. Hauptziele sind Bestrafung des Täters und Abschreckung potentieller Täter. Sie gehören dem Zivilrecht an, enthalten aber pönale Elemente. Trotz vieler Kritikpunkte sind *punitive damages* als Rechtsinstitut zu etabliert, als dass auf zukünftige Sicht mit ihrer Abschaffung gerechnet werden könnte.

Insbesondere im Vergleich mit dem deutschen Recht fällt auf, dass *punitive damages* daraus resultieren, dass das Haftungssystem im anglo-amerikanischen Raum ein anderes Konzept verfolgt als das hiesige Recht. Dabei ist speziell hervorzuheben, dass das soziale Netz dort weniger ausgeprägt ist als hierzulande, weshalb *punitive damages* in diesem Bereich Lücken

¹¹⁸⁸ Dazu Günzel/Heilmann, RdA 2000, 341.

¹¹⁸⁹ Siehe Thüsing, NZA 2001, 939 (944); *Washington Supreme Court* 163 LRRM 2358 v. 27.01.2000 (*Smith v. Bates Technical College*).

¹¹⁹⁰ Dazu Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 149; Kittner/Kohler, BB Beilage 2000, Nr. 4, 1-29.

¹¹⁹¹ Dazu Thüsing, NZA 1999, 693 (694).

schließen und dabei weitgehend Einzelfallentscheidungen betreffen¹¹⁹². Auch verschuldensunabhängige Haftungsarten wie z. B. die *strict products liability* dienen in diesem Zusammenhang als eine Art Sozialversicherungersatz¹¹⁹³. *Punitive damages* sind schließlich vornehmlich zur Bestrafung und Abschreckung gedacht, wobei sie trotzdem ein zivilrechtliches Instrument des Schadensausgleiches darstellen. Daher ist die Existenz von *punitive damages* und ihre Ausgestaltung im Einzelnen Ausdruck einer Anpassung an die dem anglo-amerikanischen Recht eigenen Hindernisse, die der Verwirklichung des Schadensausgleiches und auch der Rechtsverfolgung entgegen stehen. Beeinflusst ist dieses Recht durch *Common Law*, Gesetzesrecht und Fallrecht.

Eben dies lässt die Gerichte im anglo-amerikanischen Rechtsraum auch individuelle gesetzliche Rechte stärker bewerten und führt zu den aufgeführten Problemen, die das *jury* – Verfahren mit sich bringt¹¹⁹⁴. Man könnte den Sinn der *punitive damages* so verstehen, dass sie als eine Art *ultima ratio* dort ansetzen, wo ausnahmsweise der normale Schadensersatz keine regulierende Wirkung entfaltet und auch das Strafrecht oder andere gesellschaftliche Sanktionen versagen. Sie gewährleisten einen letzten Weg, mit dem der Einzelne einen gewissen Schutz vor Beeinträchtigungen durch Rechtsverletzungen anderer geltend machen kann¹¹⁹⁵.

Insbesondere wird dies deutlich, wenn der Verbraucherschutzgedanke bei *punitive damages* betreffend die Produkthaftungsfälle zum Tragen kommt: *Punitive damages* werden insbesondere dann zugesprochen, wenn das Opfer sich in einer wesentlich ungünstigeren Stellung befindet als der Beklagte. Dies ist oft der Fall bei Produkthaftungsfällen, Arzthaftpflichtfällen und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung¹¹⁹⁶. Insofern sprechen *Koenig* und *Rustad* von einer „latenten“ Funktion des allgemeinen Schadensersatzrechts - die Öffentlichkeit soll durch die dahingehende Rechtsprechung vor bestimmten Missständen geschützt werden¹¹⁹⁷. Insbesondere kommt bei dieser Funktion zum Tragen, dass es im anglo-amerikanischen Rechtsraum offenbar eine selbst auferlegte Pflicht des zivilen Schadensersatzrecht ist, schädigenden und profitbedachten Verhaltensweisen von Großkonzernen und Unternehmen Einhalt zu gebieten. *Punitive damages* sind also scheinbar vornehmlich dazu da, um durch ihre bloße Existenz in erster Linie für mehr Sicherheit zu sorgen¹¹⁹⁸. Dabei ist es von maßgeblicher Wichtigkeit, im Verlaufe des *discovery*-Verfahrens rücksichtslose Machen-

¹¹⁹² Vgl. z. B. *Fenske*, Altersdiskriminierung, S. 26.

¹¹⁹³ *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 84 ff.

¹¹⁹⁴ Zu diesen Begriffen siehe *Müller*, RIW 1998, 765 (774); *Sabella*, VersR 1990, 1186.

¹¹⁹⁵ Vgl. *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2006, 1184 (1185).

¹¹⁹⁶ Zum sogenannten „Konsumerismus“ siehe *Hoechst*, VersR 1983, 13 ff.

¹¹⁹⁷ Dazu *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 2.

¹¹⁹⁸ Vgl. *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 2 f.

schaften offen zu legen und so dem Image der Konzerne zu schaden, die sich auf unlautere Weise Profite verschaffen¹¹⁹⁹.

Man kann diesbezüglich so weit gehen zu vermuten, dass *punitive damages* in der momentanen Rechtspraxis vornehmlich dazu benutzt werden, um die wirtschaftliche Macht bestimmter Hersteller zu schwächen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass fast die Hälfte aller zwischen 1985 und 1991 registrierten Fälle Unternehmer als Kläger wie auch Beklagte betrafen. Negativ-Werbung eignet sich, um Konkurrenten auf dem Markt auszuschalten. Dies betrifft insbesondere immaterielle Werte wie Urheberrechte¹²⁰⁰. Dies kann durch einfache Schadensersatzzahlungen an einzelne niemals erreicht werden und braucht demnach größere Ausmaße, um überhaupt gesellschaftlich wahrgenommen zu werden. Erstaunlich ist, dass die Fälle mit hohen Zahlungsaufforderungen nicht unbedingt auch objektiv schädigend sind: Beispielsweise war die Ursprungssumme an *punitive damages* im Fall *Liebeck v. McDonalds* gerade einmal so hoch wie der Profit, den der Kaffeeverkauf dem Unternehmen in zwei Tagen einbringt¹²⁰¹. Dabei hat es sich immerhin um beachtliche 2.7 Millionen Dollar gehandelt.

Trotzdem darf nicht vergessen werden, dass die eklatanten Fälle, in denen *punitive damages* gewissermaßen als ein „Sicherheitsventil“¹²⁰² des Rechts fungieren, nur in einer verschwindend geringen Zahl von Fällen vorkommt¹²⁰³. *Punitive damages* bleiben im Gedächtnis, wenn der Beklagte durch sie in den finanziellen Ruin getrieben wird. *Hay* macht jedoch an Statistiken fest, dass z. B. im Jahre 1996 etwa 52 % der Zivilklagen erfolgreich waren, aber nur in 5 % überhaupt *punitive damages* zugesprochen wurden, deren durchschnittliche Höhe 40 000 Dollar betrug. Die höchste Summe von 138 Mio. Dollar betraf sechs Beklagte, denen 22 Kläger gegenüber standen. Auch seien die Jury-Prozesse nicht überdurchschnittlich klägerfreundlich¹²⁰⁴. Bei den meisten Gelegenheiten, in denen *punitive damages* vorkommen, sind sie nicht nur ein Notfallrecht, um das Versagen des staatlichen Rechtsgüterschutzes auszugleichen, sondern sie fungieren als eine Ausformung der Besonderheiten der anglo-amerikanischen Rechtskultur, die sich keinesfalls stets in der Zahlung exorbitant hoher Sum-

¹¹⁹⁹ So sprechen z. B. *Sales/Cole*, Vand. L. Rev. 37 [1984], 1117 (1142) von einer Vernichtung der Unternehmen als Ziel von *punitive damages awards*.

¹²⁰⁰ Beispiele für hohe Entschädigungssummen bei *Hermes/Meinel*, DB 2004, 2370; siehe auch *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 78 f.

¹²⁰¹ Vgl. *Koenig/Rustad*, In defense of tort law, S. 8.

¹²⁰² So *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2006, 1184 (1186), die auf Fälle aufmerksam macht, in denen *punitive damages* dazu dienen konnten, die wirtschaftliche Macht einzelner Unternehmen wie McDonalds und Ford in die Schranken zu weisen oder von Gruppierungen wie z. B. dem Ku Klux Klan und der Aryan Nation zu brechen.

¹²⁰³ *Redden*, Punitive Damages, S. 27 stellt zudem dar, dass auch extreme Bestrafungsmöglichkeiten in der Geschichte der *punitive damages* im Regelfall nicht ausgeschöpft wurden.

¹²⁰⁴ Dazu *Hay*, FS Stoll, S. 521 (524) gestützt auf U.S. Department of Justice, Civil Trial Cases and Verdicts in Large Counties 1996, 1999.

men zeigen muss¹²⁰⁵. Dies können diejenigen *punitive damages*-Urteile belegen, die beispielsweise wegen Trunkenheit im Straßenverkehr oder arglistigem Verhalten bei Vertragsschlüssen verhängt wurden und keineswegs nur generell die stärkere Position des überlegenen Täters schwächen wollen.

Punitive damages-Urteile werden zum Teil an Zusatzartikel 8 der amerikanischen Bundesverfassung gemessen, welcher exzessive Bußen und grausame oder ungewöhnliche Strafen verbietet¹²⁰⁶.

Auch bei den *punitive damages*, die im Arbeitsrecht verhängt werden, geht es im Ergebnis darum, der schwachen sozialen Lage des Arbeitnehmer Rechnung zu tragen und demgegenüber den wirtschaftlich überlegenen Arbeitgeber zu schwächen, weil ansonsten kein Gleichgewicht zwischen beiden erreicht werden könnte. Sie dienen daher auch im Arbeitsrecht hauptsächlich der Verwirklichung rechtspolitischer Ziele. Ob sie in ihren Hauptfunktionen vergleichbar sind mit dem, was der EuGH sich unter „wirksamen und verhältnismäßigen Sanktionen“ vorgestellt hat und ob die Neuregelungen wie das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz diesem Rechtsinstitut entsprechen, ist nun anzusprechen.

III. *Punitive damages* und Antidiskriminierungsrecht in Europa

1. Außenwirkung von *punitive damages* in europäischen Rechtskreisen

a) Der Einzug des Rechtsgedankens in europäische Rechtssysteme

Mit zunehmender Globalisierung kommen fremde Rechtskreise immer mehr in Berührung mit dem Institut der *punitive damages*¹²⁰⁷. Dabei stellt sich erstens die Frage, inwieweit *punitive damages* in den anderen Rechtsordnungen anerkennungsfähig sind bzw. vollstreckt werden können. Denn dabei wird stets nach dem günstigsten Recht gesucht und so dem *forum shopping*, der Wahl des Vorgehens und Klagens nach dem meist versprechendem Recht, Tür und Tor geöffnet¹²⁰⁸. In Deutschland wird bezüglich dieser Fragestellung insbesondere durch die Rechtsprechung vertreten, dass *punitive damages* Urteile nicht vollstreckbar sind, solange es sich um Zahlungen handelt, die nicht auf Grund konkreten Schadensausgleichs gewährt werden. Als Begründung dient der Hinweis, dass das deutsche Recht eine klare Trennung zwi-

¹²⁰⁵ A. A. Mörsdorf-Schulte, NJW 2006, 1184 (1185).

¹²⁰⁶ Dazu z. B. Redden, Punitive Damages, S. 27 zur Historie; vgl. auch Wagner, AcP 206 [2006], 352 (475).

¹²⁰⁷ Dazu z. B. Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 1 f.; im Überblick Cordewener, JA 1998, 168 ff.; vgl. Wagner, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag 2006, S. 16.

¹²⁰⁸ Dazu Wagner, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, S. 18; zur Anerkennung und Vollstreckbarkeit der *punitive damages* siehe auch Klode, NJOZ 2009, 1762 ff.

schen Straf- und Zivilrecht vollzieht und deshalb Zivilstrafen systemfremd seien¹²⁰⁹.

Zweitens ist von Interesse, ob dieses Institut von einer anderen Rechtsordnung übernommen werden kann. Denn in europäischen Rechtsordnungen lassen sich Hinweise auf den *punitive damages* ähnliche Regelungen finden: In Österreich ist es gängig, dass der Umfang des Schadensersatzes abhängig ist vom Maß der Schuld (Gradationssystem)¹²¹⁰. Das Privatrecht der Schweiz berücksichtigt ebenso das Verschulden und die Umstände des schädigenden Ereignisses¹²¹¹. Die Vollstreckbarkeit von *punitive damages* wird dagegen verneint, weil Verstöße gegen den *ordre public* und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorliegt¹²¹². Auch in Frankreich wird den Gerichten ein weites Ermessen bei der Verhängung von Schadensersatzurteilen eingeräumt, wovon oftmals durch Sanktionsüberlegungen bei grobem Verschulden Gebrauch gemacht wird¹²¹³.

Die Angst vor dem Einzug fremder Rechtsgedanken ist daher keinesfalls unbegründet: Die Rechtsprechung des *US-Supreme Court* hat das europäische Antidiskriminierungsrecht wesentlich beeinflusst und in entscheidenden Punkten voran getrieben und geformt. Die Richtlinien sind zum großen Teil auf dem Vorbild des britischen Rechts begründet worden, das seinerseits seinen Ursprung im Amerikanischen Recht hat¹²¹⁴. Die USA haben damit eine Vorreiterrolle übernommen, die sich in zahlreichen ausländischen Rechtsakten widerspiegelt¹²¹⁵. Diskutiert wurden z. B. gleich nach der Einführung des Art. 13 EG auch Instrumente wie Quotenregelungen bei Einstellung und Entlassung – Ideen, die maßgeblich vom Amerikanischen Recht beeinflusst worden sind, was in der Diskussion um die Regelungsweite des Art. 13 EG für einige Kontroversen sorgte. Denn die Situation der meisten europäischen Staaten sei mit der der USA nicht vergleichbar. Schließlich richte sich das Antidiskriminierungsrecht Amerikas vornehmlich auf das Ziel, eine Integration der afroamerikanischen Staatsbürger zu erreichen, wohingegen in Europa vornehmlich zugewanderte Ausländer diskriminiert würden¹²¹⁶. Art. 13 EG begegnete also wegen seiner Reichweite und seiner Nachahmung des amerikanischen Rechts vielen Bedenken. Er wurde deshalb auch im Zusammenhang mit der Kompetenzzuweisung möglichst eng interpretiert und nur in Zusammenschau mit Art. 6 EU

¹²⁰⁹ *BGH* v. 04.06.1992, NJW 1992, 3096 ff.; OLG München v. 09.05.1989, NJW 1989, 3102 ff.; *BVerfG* v. 07.12.1994, NJW 1995, 649 ff.

¹²¹⁰ Vgl. *Wagner*, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, S. 69; *Ebert*, Pönale Elemente im Deutschen Privatrecht, 2004, S. 138.

¹²¹¹ Z. B. Berner Kommentar/*Brehm*, Art. 47 OR, Rn. 42; vgl. Stellungnahme zu *Punitive damages* - Urteilen auch *Drolshammer/Schärer*, SJZ 1986, 309 (311 ff.).

¹²¹² Dazu *Drolshammer/Schärer*, SJZ 1986, 309 (318 ff.).

¹²¹³ Dazu *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, S. A 70.

¹²¹⁴ Zur Vergleichbarkeit der Richtlinien mit dem britischen Recht siehe Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 9; *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 35; außerdem *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3; *ders.*, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 120; dazu auch *Fenske*, Altersdiskriminierung, S. 25.

¹²¹⁵ Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 9.

¹²¹⁶ Gegen die Vergleichbarkeit z. B. *Jochum*, ZRP 1999, 278 (280).

und in Verbindung mit Art. 14 EMRK gehandhabt.

Auch § 611a BGB war beispielsweise eine Norm, die im wesentlichen britisches Recht widerspiegelte¹²¹⁷. Dies mag nicht zuletzt daran liegen, dass der *US-Supreme Court* das Vorbild für den EuGH war, der sich an der Arbeitsweise dieses amerikanischen Gerichtes maßgeblich orientiert und sich ebensolche Möglichkeiten der Rechtsfortbildung einräumt¹²¹⁸. Die Rechtsprechung der amerikanischen Gerichte hat also vor allem eine Ausstrahlungswirkung, weil sie Hinweise geben kann, wie vergleichbare Normen auch in Deutschland oder anderen Staaten angewendet werden können¹²¹⁹.

b) *Punitive damages* und Antidiskriminierungsrecht

Seinen Anfang hat die Problematik der wegen Diskriminierungen nach amerikanischem Recht gewährten *punitive damages* im Rassendiskriminierungsrecht¹²²⁰. Dabei lag der Schwerpunkt der Notwendigkeit solcher Regelungen zunächst auch im Arbeitsrecht, weil gerade hier sozialstaatliche Komponenten besonders zum Tragen kommen. Vor allem in Beruf und Beschäftigung geht es dabei schließlich vielfach um die Entfaltung der Persönlichkeit, den Stand in der Gesellschaft und nicht zuletzt um die Existenzsicherung und persönlichen Wohlstand. Die Grundidee, dass jeder Mensch die gleiche Würde erfahren soll, stammt deshalb auch aus der amerikanischen Rechtsphilosophie¹²²¹. Für den anglo-amerikanischen Rechtskreis ist die schon sehr früh entwickelte besondere Wertschätzung des Individuums und seiner Leistungsfähigkeit daher charakteristisch, weshalb auch das Verbot der Diskriminierung dort besondere Achtung erfährt. Dies erklärt auch die Einbeziehung der Belästigung als diskriminierendes Handeln, da dieses Verhalten ebenfalls auf eine Würdeverletzung des Einzelnen hinausläuft¹²²². Charakteristisch für den amerikanischen Rechtsraum ist weiterhin ein sehr stark ausgeprägter Individualismus, eine entsprechend schwache Ausbildung kollektiver Systeme der sozialen Sicherung und der industriellen Beziehungen, sowie das Nichtvorhandensein von Schutzvorschriften zu Gunsten der Arbeitnehmer: Die meisten Arbeitsverhältnisse sind frei kündbare „*at-will*“-Beziehungen¹²²³. Das individuell zur Klage berechtigende Diskriminierungsverbot erfüllt hier Funktionen des Sozialschutzes für den Arbeitnehmer: Andere Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung als Mittel des Antidiskriminierungsrechts zu nutzen, beste-

¹²¹⁷ Siehe Kapitel zu *punitive damages*; zum britisches Recht im Besonderen siehe *Schiek*, AuR 2003, 44 (48 f.).

¹²¹⁸ Siehe *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 162.

¹²¹⁹ Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 9.

¹²²⁰ Vgl. z. B. *Schiek*, AuR 2003, 44 (46).

¹²²¹ Siehe *John Rawls*, A theory of justice, 1971 – dazu *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 43.

¹²²² Dies wird in der deutschen Literatur oft als systemwidrig angesehen. Vgl. *Hanau/Thüsing*, BD 2002, 463 (466); hierzu *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 43.

¹²²³ Zur „*at-will*“-Doktrin z. B. *Kittner/Kohler*, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 4 ff.

hen gar nicht¹²²⁴.

Als positiv ist allerdings zu werten, dass in England und den USA auf eine lange Erfahrung mit erheblichen Schadensersatzbeträgen und dem Antidiskriminierungsrecht zurück geblickt werden kann, wobei insbesondere die USA zu einer der am weitesten entwickelten Arbeitsgesellschaften weltweit zählt¹²²⁵. Vermerkt wird, dass insbesondere die Entscheidungen der Gerichte in Großbritannien geeignet seien, um als Vorbilder für andere Rechtsordnungen zu fungieren¹²²⁶. Als Grund hierfür wird angegeben, dass auch das dortige Rechtssystem den europäischen Richtlinien unterfalle und Gesetze und Rechtsprechung nach den Maßstäben des EuGH geprüft würden¹²²⁷. So ist beispielsweise die Auslegung des *Sex Discrimination Act* durch britische Gerichte auch im gesamteuropäischen Recht von erheblicher Bedeutung¹²²⁸. Auch in Amerika hat man aber mittlerweile erkannt, dass die Regelungen, die für die Durchsetzung der antidiskriminierungsrechtlichen Vorschriften eingeführt wurden, nicht immer halten, was sie versprechen und oft ausufernde Folgen haben¹²²⁹. Eine zurückhaltendere Rechtsprechung ist eine erste Folge dieser Erkenntnis gewesen. Der im Regelungsbereich des amerikanischen oder britischen *Equal Pay Act* Benachteiligte erhält daher z. B. keine Entschädigung mehr für Nichtvermögensschäden. Dies wird damit begründet, dass er nicht wegen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts klage, sondern vielmehr deshalb den Rechtsweg beschreite, weil er weniger Geld bekommen hat als ihm zusteht¹²³⁰. Diese Differenz muss dann ersetzt werden. Der Betroffene erhält jedoch einen Strafaufschlag von 100 % des vorerhaltenen Entgeltes¹²³¹.

c) Die „Anregungsfunktion“ des US-amerikanischen Rechts

(aa) Anglo-amerikanisches Recht als Vorbild für europäisches Antidiskriminierungsrecht

Das (US-)amerikanische Recht, das die Richtlinien maßgeblich beeinflusste, hat jedoch auch einige erwähnenswerte Aspekte mit sich gebracht, die sich vorteilhaft für den Schutz vor Diskriminierungen auswirken können. Man kann gewissermaßen davon sprechen, dass das ame-

¹²²⁴ Siehe *Hornung-Draus*, Arbeitgeber 2000, 14 (15); *Leuchten*, NZA 2002, 1256 (1260); *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (398).

¹²²⁵ Vgl. *Kittner/Kohler*, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 3.

¹²²⁶ So sei z. B. die RL 2000/43/EG maßgeblich von englischem Recht beeinflusst, siehe *Waas*, ZIP 2000, 2151 (2152).

¹²²⁷ Vgl. *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 118, mit Verweis auf verschiedene Schadensersatzurteile aus England (<http://www.employmentappeals.gov.uk/judgements/judgements.htm>).

¹²²⁸ Vgl. *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 87.

¹²²⁹ So führen Quoten z. B. dazu, dass Angehörige der diskriminierten Gruppen nicht als gleichwertig angesehen werden, sondern als von Gesetzes wegen zu ertragende Last. Vgl. z. B. *Günzel/Heilmann*, RdA 2000, 341 (344).

¹²³⁰ Vgl. *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3 (15).

¹²³¹ Für das amerikanische Recht: *Lewis/Norman*, Employment Discrimination Law and Practice, S. 427.

rikanische Recht viele Regelungen im europäischen Rechtsraum angeregt hat. Positiv zu vermerken ist beispielsweise, dass sämtliche Entscheidungen des Arbeitgebers betreffend die Personalpolitik durch das AGG kontrollfähig werden und auch seiner Vertragsfreiheit Grenzen gesetzt werden, wo die Rechte anderer in unzumutbarer Weise berührt werden¹²³². Diese Rechtslage führt somit dazu, dass Arbeitnehmer in zumutbarer und durchsichtiger Weise Kenntnis darüber erlangen, wann und wie sie potentielle Rechte durchsetzen können. Einseitigen, schlecht begründeten und willkürlichen Entscheidungen des Arbeitgebers kann auf diese Weise Einhalt geboten werden¹²³³. Die Erfahrungen der amerikanischen Rechtskultur sind somit auch für das deutsche Recht von Nutzen. Zwar erfasst auch das amerikanische Antidiskriminierungsrecht im wesentlichen Kündigungsprozesse¹²³⁴, jedoch macht dieser Bereich allein das Diskriminierungsrecht nicht komplett aus, weil es das Problem der Diskriminierung dennoch auch in vielen anderen Bereichen des Arbeitsrechts gibt. Betroffen sind beispielsweise das Betriebsklima und die Einstellungspraktiken. Aus diesem Grunde kann ein Diskriminierungsschutz in Deutschland auch neben den Regelungen zum Kündigungsschutz durchaus eine eigenständige Bedeutung haben: Diskriminierungsschutz bleibt auch über das Kündigungsschutzrecht hinaus erforderlich¹²³⁵. Eine Harmonisierung, die über einen einheitlichen Diskriminierungsschutz erreicht wird, hat auch größere Erfolgchancen als ein angestrebter einheitlicher Kündigungsschutz. Denn das Gleichbehandlungsgebot ist zumindest in den Mitgliedstaaten gleich verbreitet und überall bekannt¹²³⁶. Das amerikanische Recht hat somit auch den Schutz vor Diskriminierungen in Europa wesentlich verbessert und maßgeblich erweitert, was im Folgenden durch einige Beispiele belegt werden soll.

(bb) Vorbildfunktionen im Einzelnen

(1) Mittelbare Diskriminierung - Das Jenkins-Urteil des EuGH

In der Entscheidung *Griggs v. Duke Power Co.*¹²³⁷ hat der Supreme Court erstmals eine Basis für den Begriff der mittelbaren Diskriminierung geschaffen. Hier wurde eine bestimmte, faktisch vornehmlich schwarze Bürger diskriminierende Einstellungspraxis für rechtswidrig er-

¹²³² Zur Kontrollfähigkeit z. B. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 74.

¹²³³ Dazu Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 74. Die mangelnde Rechtsdurchsetzung war aber bisher kein spezifisch deutsches Problem, sondern eher eines, das im anglo-amerikanischen Raum – insbesondere, wo die Rechte von Arbeitnehmern betroffen waren – angesiedelt war. Dort mussten beispielsweise massive Kontrollinstanzen geschaffen werden, die es überhaupt finanziell und mit Aussicht auf Erfolg erlaubten, eine Klage gegen den Arbeitgeber überhaupt in Erwägung zu ziehen.

¹²³⁴ Vgl. z. B. *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, 887 (888).

¹²³⁵ Dieser Ansicht z. B. *Kittner/Kohler*, BB-Beilage 4 zu Heft 12/2000, S. 8; *Schiek*, NZA 2004, 873 (878); *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3.

¹²³⁶ So *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3.

¹²³⁷ *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971); dazu im Einzelnen *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination, S. 322.

klärt. An dieser Rechtsprechung hat sich auch Großbritannien orientiert. Ein erster Versuch, mittelbare Diskriminierung zu definieren, findet sich im britischen *Sex Discrimination Act* 1975 (SDA).

Das Konzept der Chancengleichheit hat viele moderne Rechtsordnungen nachhaltig beeinflusst¹²³⁸. Auch der EuGH hat sich schließlich dazu entschieden, das Institut der mittelbaren Diskriminierung für den europäischen Rechtskreis anzuerkennen und auszuarbeiten. Das Urteil *Jenkins g. Kingsgate*¹²³⁹ befasst sich daher nicht ausdrücklich mit Rechtsfolgenseiten bei Diskriminierungen. Vielmehr entwarf der EuGH in seinem *Jenkins*-Urteil das Institut der mittelbaren Diskriminierung bei einer Benachteiligung wegen des Geschlechts. Dabei war diese in den Richtlinien nicht erwähnt. Konkret ging es um die Frage, ob die Zahlung eines niedrigeren Entgeltes an Teilzeitkräfte diskriminierende Wirkung hat, wenn die Teilzeitkräfte vornehmlich Frauen sind. Das Gericht bejahte diese Frage unter Zuhilfenahme des Institutes der mittelbaren Diskriminierung, bei der es auf die faktische Wirkung einer an sich geschlechtsneutralen Regelung geht. Damit werden durch diese Rechtsprechung Bezugspunkte zum Amerikanischen Recht aufgezeigt weil der EuGH sich insoweit an der dortigen Rechtsprechung orientierte¹²⁴⁰. Sogar die Anträge des EuGH - Generalanwaltes *Warner* beziehen sich auf die Rechtssache *Griggs v. Duke-Power*, in der der amerikanische *Supreme Court* die mittelbare Diskriminierung für das amerikanische Gleichbehandlungsrecht gleichfalls konstruiert hatte¹²⁴¹. Er vertrat die Ansicht, dass die Argumentation des *Supreme Court* als übereinstimmend mit der Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit zu werten sei. Zumindest sei der Zweck der amerikanischen Vorschriften derselbe wie der, den Art. 119 EWGV (a. F.) verfolgte¹²⁴². So ist der Begriff der mittelbaren Diskriminierung keinesfalls ein Produkt, das aus dem Recht der Europäischen Gemeinschaften erwachsen ist, sondern er wurde einzig dem britischen Recht entnommen, das wiederum vom amerikanischen inspiriert war¹²⁴³.

Der Inhalt des *Jenkins* - Urteils spricht deshalb dafür, dass rechtsvergleichende Aspekte im Rahmen der Antidiskriminierungsproblematik bei den europäischen Vorgaben eine gewichtige Rolle spielen. Die Rechtsprechung schreckt also nicht davor zurück, auch amerikanisches Recht in seine Überlegungen mit einzubeziehen und die Umsetzung solcher Vorgaben von den Mitgliedstaaten zu fordern. Was dies im Einzelnen für das Rechtssystem der einzelnen

¹²³⁸ Vgl. *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 86.

¹²³⁹ *EuGH* Urteil v. 31.03.1981, Rs. 96/80, Slg. 1981, S. 936-937.

¹²⁴⁰ Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 9; auch *Pfarr/Bertelsmann*, Gleichbehandlungsgesetz 1985, S. 92 Rn. 192.

¹²⁴¹ Dazu *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774 (778).

¹²⁴² So *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 85 f.

¹²⁴³ Vgl. *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 109 f.; *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (412).

Mitgliedstaaten bedeutet, kann weit reichende Folgen haben. Dies gilt vor allem, wenn die Gründe für die Entwicklung einer bestimmten Rechtskonzeption bedacht werden, die ausschlaggebend für bestimmte Wendungen sind: Diese Entwicklungen können nicht eins zu eins in jedem beliebigen anderen Rechtskreis übernommen werden.

(2) Beweislastregeln

In Großbritannien wird nicht nur verlangt, dass ein diskriminierter Kläger durch das Handeln des Arbeitgebers einen persönlichen Nachteil erlitten hat, sondern er muss auch mit einer schwierigeren Beweisregelung rechnen: Laut Sec. 1 (1) (b) (i) *Sex Discrimination Act 1975* liegt die Beweislast bei Diskriminierungen beim Kläger. In der Praxis haben Gerichte jedoch auch Anscheinsbeweise für ausreichend gehalten¹²⁴⁴.

Seit dem Urteil *Steel v. Union of Post Workers*¹²⁴⁵ wird dem Arbeitgeber jedoch eine Beweislast auferlegt, wenn es um bestimmte Einstellungskriterien geht. Der Arbeitgeber muss nachweisen, dass seine Anforderungen im Gesamtinteresse des Unternehmens wirklich, tätigkeitsbezogen und erforderlich sind¹²⁴⁶. Allerdings ging die Rechtsprechung mit diesen zunächst hohen Anforderungen in der Folgezeit verhältnismäßig milder um, indem beispielsweise das Merkmal „erforderlich“ durch „vernünftig“ ausgetauscht wurde¹²⁴⁷. Dies allerdings entsprach nicht den strengen Maßstäben, die das Europarecht eigentlich an die Beweislastregelungen gestellt hatte. Deshalb sind viele Regelungen, die im Bereich der mittelbaren Diskriminierung wegen des Entgelts, der Arbeitszeit oder des Urlaubs existieren und die im *Equal Pay Act 1970* fußen, durch das *Jenkins-Urteil* des EuGH¹²⁴⁸ und die anschließende Rechtsprechung des *Employment Appeal Tribunal*¹²⁴⁹ gefestigt worden.

Trotzdem hat auch der EuGH ähnliche Regelungen in seinem *Bilka-Urteil*¹²⁵⁰ aufgestellt. Lohnpolitische Entscheidungen müssen danach im Hinblick auf das Antidiskriminierungsrecht daraufhin untersucht werden, ob sie erforderlich und verhältnismäßig sind und inwieweit sie tatsächlichen Bedürfnissen des Unternehmens dienen. Dies erinnert stark an das *business necessity* – Konzept, das die amerikanische Rechtsprechung geschaffen hat¹²⁵¹.

Insbesondere im Bereich der Beweislast hat das europäische Recht und darauf gestützt auch das deutsche Regelungswerk sich an der Problembewältigung aus den USA orientiert: Im

¹²⁴⁴ Vgl. *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 88.

¹²⁴⁵ *Steel v. Union of Post Workers*, ICR 1978 (EAT), S. 181.

¹²⁴⁶ Dazu *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 90.

¹²⁴⁷ Nachweise bei *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 90.

¹²⁴⁸ *EuGH v. 31.03.1981*, Rs. 96/80 (*Jenkins g. Kingsgate Ltd.*) Slg. 1981, S. 811 ff.

¹²⁴⁹ *Jenkins v. Kingsgate Ltd.*; ICR 1981 (EAT), S. 715.

¹²⁵⁰ *Bilka-Kaufhaus/ K. Weber v. Hartz*; *EuGH v. 13.05.1986*, Rs. 170/84, NZA 1986, 599.

¹²⁵¹ Vgl. *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 98 f., dazu auch *Pfarr*, NZA 1986, S. 578.

Sinne der effektiven Durchsetzung des Rechts hilft man dem potentiellen Diskriminierungsopfer mit sehr weit reichenden Beweislasteilerleichterungen¹²⁵².

(3) *Hostile Work Environment*

Auch der Begriff der Belästigung ist dem amerikanischen Recht entnommen: Dass auch Belästigungen Diskriminierungen sein können, zeigt die US-amerikanische Rechtsprechung nun seit über 30 Jahren¹²⁵³. Die ersten Fälle beschäftigten sich natürlich allein mit der Rassendiskriminierung. Man unterscheidet dabei das Versprechen von Vorteilen oder die Androhung von Nachteilen als Antwort auf ein bestimmtes Verhalten von einem schuldhaften Verhalten des Arbeitgebers, das eine Umgebung schafft oder auch nur billigt, in der es zu Belästigungen kommt¹²⁵⁴. Allerdings muss nach dem Vorbild eines *hostile environment* das Arbeitsumfeld von den Faktoren der Belästigung geprägt sein, was bedeutet, dass eine einzelne Belästigung nicht ausreicht, sondern die Belästigung die Bedingungen am Arbeitsplatz nachhaltig beeinflussen muss.

Auch das europäische Recht verlangt für die Feststellung einer Belästigung eine gewisse Erheblichkeitsschwelle. Eine Diskriminierung ist daher erst dann anzunehmen, wenn das Arbeitsumfeld feindlich geprägt ist¹²⁵⁵. Dies verlangt zumindest der europäische Gesetzgeber, obwohl das deutsche Recht solche Erheblichkeitsschwellen nicht kannte¹²⁵⁶. Der Begriff der Belästigung, der sich am ausführlichsten in der Richtlinie 2006/54/EG definiert findet¹²⁵⁷, ist damit auch in das europäische Recht integriert worden, weil er aus dem anglo-amerikanischen bekannt war. Umgesetzt in das deutsche AGG wurde er durch § 3 III AGG, der ebenfalls ein feindliches Umfeld verlangt. Das feindliche Umfeld wird dabei definiert als ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld. Kontinuierliches Handeln ist hierfür Voraussetzung¹²⁵⁸. Es muss dazu führen, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Erfasst wird hiervon auch das bisher in der deutschen Rechtslandschaft vernachlässigte „*Mobbing*“, das bisher nach der Rechtsprechung Schadensersatz und Entschädigungsansprüche nach §§ 280, 278, § 280 (PVV), § 823 und gegebenenfalls nach § 831 BGB nach sich zog¹²⁵⁹. Als verletztes Rechtsgut

¹²⁵² So Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, S. 92.

¹²⁵³ Vgl. Nickel, NJW 2001, 2668 (2670).

¹²⁵⁴ Siehe Thüsing, ZfA 2001, 397 (412).

¹²⁵⁵ Vgl. Nicolai, AnwBl 2006, 563; Thüsing, ZfA 2001, 397 (412 f.).

¹²⁵⁶ So Thüsing, ZfA 2001, 397 (413).

¹²⁵⁷ Siehe Art. 2 I c) und Erwägungsgrund Nr. 7 der RL 2006/54/EG.

¹²⁵⁸ Dazu Wisskirchen, DB 2006, 1491.

¹²⁵⁹ Zum Begriff des *Mobbing* z. B. Benecke, NZA-RR 2003, 225 ff. (zu den Anspruchsgrundlagen S. 227); Nicolai, AnwBl 2006, 563, die zum AGG konkret Parallelen sieht.

wird auch hier an das allgemeine Persönlichkeitsrecht gedacht¹²⁶⁰. Erfasst werden können allerdings nur solche „*Mobbing*“-Tatbestände, die auf einem der im AGG aufgeführten Diskriminierungsmerkmale aufbauen.

(4) *Unternehmerische Maßnahmen als Notwendigkeit*

Auch die Tatsache, dass Arbeitgeber eine immer größer werdende Verantwortung auf ihren Schultern tragen, wenn es z. B. um das Wohl der Angestellten geht, findet mittlerweile Einzug in das deutsche Recht. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe, weshalb mindestens verlangt wird, dass es für Diskriminierungsopfer einen geeigneten Beschwerdeweg gibt, der unternehmensintern schon zur Rechtsdurchsetzung führen kann. Weitere Maßnahmen zur Verhinderung von Diskriminierungen am Arbeitsplatz müssen jedoch auch eingeleitet werden, damit der Arbeitgeber die Haftung für das Handeln anderer eindämmen kann. Gemeint sind z. B. Informationen über Hilfe bei Diskriminierungen und über das Verbot der Ungleichbehandlung sowie entsprechende Schulungen. Das Haftungsrisiko muss daher hierzulande wie auch im anglo-amerikanischen Rechtsraum gleichermaßen schon im Vorfeld minimiert werden¹²⁶¹.

2. Ergebnis

Dass das anglo-amerikanische Recht das europäische und damit auch das deutsche Antidiskriminierungsrecht maßgeblich beeinflusst hat, liegt damit auf der Hand. Die deutschen Normen wurden über den „Umweg“ des europäischen Rechts dem anglo-amerikanischen Recht nachempfunden und stellen eine Annäherung an dessen Dogmatik dar¹²⁶². Ob das allerdings auch bedeutet, dass wegen dieses Einflusses auch dasselbe Rechtsinstitut wie im anglo-amerikanischen Rechtsraum - namentlich *punitive damages* als Rechtsfolgen - in das AGG integriert wurden, ist im folgenden zu untersuchen.

Es sind diesbezüglich zwei Hauptprobleme zu unterscheiden: Erstens ist zu hinterfragen, ob § 15 AGG tatsächlich dasselbe regelt, wie es bei der Gewährung von *punitive damages* im anglo-amerikanischen Raum der Fall ist. Ist dies nicht der Fall muss überlegt werden, als welche Art von Norm § 15 AGG statt dessen zu verstehen ist. Zweitens ist darüber hinaus zu überlegen, ob Strafen im deutschen Zivilrecht, gleich, ob als *punitive damages* oder auch als nur vergleichbares Rechtsinstitut, im deutschen Recht überhaupt möglich sind.

¹²⁶⁰ So *Benecke*, NZA-RR 2003, 225 (227).

¹²⁶¹ Vgl. dazu nur *Müller*, RIW 1998, 765 (774 f.).

¹²⁶² Dazu *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 126; vgl. auch *Schiek*, AuR 2003, 44 (46), die konkret die Zielsetzungen der RL 2000/43/EG mit der „colour blindness“ aus dem amerikanischen Rechtsraum vergleicht.

IV. *Punitive damages* als Teil des deutschen AGG?

1. Zur generellen Anerkennungsfähigkeit von *punitive damages*

a) Konflikte mit dem deutschen Recht

Hinsichtlich der *punitive damages* gibt es seit langem einen Justizkonflikt mit Deutschland und den USA, weil sich *punitive damages* nicht ohne Probleme in Deutschland durchsetzen lassen¹²⁶³. In den USA kann ein Kläger *punitive damages* bzw. auch *multiple damages* verlangen¹²⁶⁴. Ansprüche einer Vielzahl von Geschädigten können im Wege der Sammelklage verfolgt werden. Außerdem zwingt die Praxis der *pre-trial-discovery* dazu, Beweismaterialien zu übergeben. Nicht verwunderlich ist es daher, dass deutsche Unternehmen versuchten, anhängige Verfahren gegen sie zu stoppen, indem von vorn herein die Zustellung der Klage in Deutschland nach dem Haager Zustellungsübereinkommen (HZÜ) abgewehrt werden sollte¹²⁶⁵. Insbesondere die Ansicht, dass strafende Momente nicht in das deutsche Recht passen, wird auch durch die Rechtsprechung im Grundsatz bestätigt¹²⁶⁶. Trotzdem wurden *punitive damages* zunächst als Zivilsachen im Sinne des HZÜ¹²⁶⁷ eingestuft¹²⁶⁸. Das Bundesverfassungsgericht entschied 1994, dass die Zustellung solcher Klagen rechtmäßig sei, da Art. 13 I HZÜ sehr restriktiv gehandhabt werden müsse und allein bei der Zustellung einer Klage noch nicht klar sei, dass es tatsächlich zu einer Verurteilung komme. Außerdem wurde verneint, dass die Zustellungsblockade ein effektives Mittel sei, um wirksamen Rechtsschutz der deutschen Prozesspartei zu erreichen¹²⁶⁹. Schon 2003 wurde jedoch durch das BVerfG eine Zustellung wiederum für unrechtmäßig erklärt, da das Gericht davon ausging, dass durch exorbitant hohe drohende Summen die Beklagte zu einem Vergleich erpresst werden sollte¹²⁷⁰. Da die Verfassungsbeschwerde zurückgenommen wurde, blieben die Probleme in der Folge jedoch zunächst weiterhin ungelöst.

In einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts wurde 2007 nun aber zumindest die Zustellung einer Klage auf *punitive damages* gestattet¹²⁷¹. Inhaltlich wird gegenüber der alten

¹²⁶³ Grundlegend: *Mörsdorf-Schulte*, *Punitive Damages*, S. 26 ff.; *Brockmeier*, *Punitive Damages*, S. 70 ff.

¹²⁶⁴ Zu *multiple damages* z. B. *Brockmeier*, *Punitive Damages*, S. 23 ff.

¹²⁶⁵ Dazu z. B. v. *Hein*, RIW 2007, 249 ff.

¹²⁶⁶ Vgl. z. B. *Behr*, *Chicago-Kent Law Review* Vol. 78 [2003] S. 107.

¹²⁶⁷ Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15. November 1965.

¹²⁶⁸ OLG München v. 09.05.1989, NJW 1989, 3102; OLG Frankfurt v. 21.03.1991, IPrax 1992, 166; OLG Düsseldorf v. 19.02.1992, NJW 1992, 3110; OLG München v. 15.07.1992, NJW 1992, 3113.

¹²⁶⁹ BVerfG v. 03.08.1994, BVerfGE 91, 140; dazu *Juenger/Reimann*, NJW 1994, 3274 ff.; zu den Gründen vgl. v. *Hein*, RIW 2007, 249 (250).

¹²⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 25. 7. 2003, BVerfGE 108, 238 ff. = NJW 2003, 2598. Dazu v. *Hein*, RIW 2007, 249 (250 f.) m. w. Nw.

¹²⁷¹ BVerfG vom 24.01.2007 – 2 BvR 1133/04 – RIW 2007, 211.

Rechtsprechung allerdings kaum etwas neues damit festgestellt: Das Bundesverfassungsgericht will sich nämlich trotzdem weiterhin die Möglichkeit offen halten, eine Zustellung in bestimmten Fällen dennoch verweigern zu können. Hinsichtlich dieser Verweigerung macht jedoch allein ein evident und schwerer Rechtsmissbrauch ein Einschreiten der Justiz notwendig¹²⁷². Unabhängig von der Möglichkeit der Zustellung ist aber auch die Vollstreckbarkeit von *punitive damages* - Urteilen fraglich. Das Bundesverfassungsgericht hat bisher die Frage der Vereinbarkeit von *punitive damages* mit dem deutschen Recht offen gelassen, hielt sie allerdings nur so lange für unbedenklich, wie sie zugleich dem Ausgleich immaterieller Schäden oder von Verfahrenskosten dienen¹²⁷³. Der BGH dagegen hält grundsätzlich den US-amerikanischen „Strafschadensersatz“ für unvereinbar mit der deutschen Zivilrechtsordnung¹²⁷⁴. Regelmäßig sei nach Ansicht des Gerichts allein der verhältnismäßige Ausgleich der durch den rechtswidrigen Eingriff gestörten Vermögensverhältnisse das angemessene Ziel des Zivilprozesses¹²⁷⁵. Der Bundesgerichtshof entschied deshalb, dass US-amerikanische Schmerzensgeldzusprüche dem Grunde nach anzuerkennen seien. Dies gelte sogar dann, wenn sie deutsche Maßstäbe überschritten. Das Gericht stellte aber auch den Grundsatz auf, dass die endgültige Vollstreckbarkeitserklärung amerikanischer *punitive damages* - Urteile regelmäßig am deutschen *ordre public* scheitere, weil §§ 723 II 2 und 328 I Nr. 4 ZPO entgegen stünden. Anerkennungsfähig seien demnach ausschließlich die ausgleichenden Anteile von zugesprochenen *punitive damages*¹²⁷⁶. Bei der Anerkennung von ausländischen Entscheidungen greift demnach regelmäßig gemäß § 328 I Nr. 4 ZPO der materiell-rechtliche *ordre-public*-Vorbehalt ein¹²⁷⁷. Nicht nur die Anerkennung von ausländischen Urteilen bereitet jedoch Probleme, sondern auch die Akzeptanz des Institutes der *punitive damages* an sich: Das Bundesgericht führte im Rahmen seiner Urteile auch aus, dass Schadensersatz, der über das Kompensationsziel hinausschießt, generell gegen den verfassungsrechtlich gebotenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoße¹²⁷⁸. Der Staat hat demnach ein Strafmonopol, handelt diesbezüglich in öffentlichem Interesse und legt bestimmte Verfahrensgrundsätze zu Grunde, die dem Schutz des Betroffenen dienen sollen. Die Bestrafung auf Veranlassung von Privaten, die schließlich selbst dadurch begünstigt werden, durchbricht das Rechtssystem in seiner Unterteilung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht und läuft dem Rechtsstaats-

¹²⁷² Besprechung und Rechtsprechungsentwicklung bei v. Hein, RIW 2007, 249 (251 ff., 254).

¹²⁷³ Siehe BVerfGE 91, 335 (344)=NJW 1995, 649.

¹²⁷⁴ Siehe BGH v. 04.06.1992, BGHZ 118, 312 (388)=NJW 1992, 3096 (3103).

¹²⁷⁵ Dazu BGH v. 04.06.1992, BGHZ 118, 312 (388)=NJW 1992, 3096 (3103).

¹²⁷⁶ Vgl. Hay, FS Stoll, S. 521 (523); Siehr, RIW 1991, 705; Stiefel/Stürner, VersR 1987, 829.

¹²⁷⁷ Zum *ordre-public*-Verstoß z. B. Hay, FS Stoll, S. 521 (523 ff.); Mohr, Schutz vor Diskriminierungen, S. 123 f.

¹²⁷⁸ Vgl. BGH v. 04.06.1992 – IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312 ff.

prinzip zuwider¹²⁷⁹. Die besonderen Regeln sollen zu einer Richtigkeitsgewähr verhelfen und dem Verbot der Doppelbestrafung – Art. 103 II GG - entgegen wirken, sofern ein weiterer Strafprozess denkbar ist¹²⁸⁰. Problematisch ist auch, dass im Zivilprozess tragende Prinzipien des Strafprozesses, wie die Unschuldsvermutung oder der Amtsermittlungsgrundsatz, dem Beklagten nicht zu Gute kommen und der Prozess der Dispositionsmaxime der Parteien unterworfen ist¹²⁸¹. Die extreme ablehnende Ansicht der Rechtsprechung, dass der *ordre public* verletzt sei, begründet sich auch darin, dass *punitive damages* nicht nur Verhaltenssteuerung erreichen wollen, sondern noch andere Zielsetzungen darüber hinaus verfolgen, die im deutschen Recht nicht anerkannt werden können¹²⁸².

b) Neuere Auffassungen

In der Literatur werden *punitive damages*- Urteile jedoch mittlerweile vereinzelt als konformgehend mit dem deutschen Recht angesehen. Begründet wird dies damit, dass sie wegen der Anwaltskostenregelung ausgleichende Funktion haben und auch der Schmerzensgeldanspruch im deutschen Recht wegen der Genugtuungsfunktion einen Strafcharakter enthält. Außerdem wird immer öfter vertreten, dass die Rechtsprechung das Sanktionsprinzip zunehmend als festen Bestandteil des Schadensersatzrechts akzeptiere¹²⁸³. Neuere, moderatere Ansichten gehen daher davon aus, dass *punitive damages* durchaus anerkennungsfähig sind, vertreten dies teilweise jedoch nur bis der Höhe, die in Anbetracht des Ausgleichsprinzipes noch verhältnismäßig ist¹²⁸⁴. Es bleibt daher festzuhalten, dass eine generelle Einführung von *punitive damages* vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsprinzipes nur so weit möglich ist, wie ausgleichende Aspekte bei Sanktionen berücksichtigt werden. Es ist nicht möglich, allein den Handlungsunwert des Täters heranzuziehen, wenn es um die Höhe einer Entschädigung geht. Diese muss vielmehr stets in einem noch angemessenen Verhältnis zum Schaden des Opfers stehen. Dies bestätigen auch die neueren, moderateren Ansichten, die zwar nicht generell die Anerkennungsfähigkeit von *punitive damages* verneinen, aber dennoch ihre Durchsetzung an Ausgleichsgesichtspunkten festmachen.

¹²⁷⁹ So *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 214 f.; anderer Ansicht z. B. *Müller*, Punitive Damages, S. 20.

¹²⁸⁰ Vgl. *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im europäischen Arbeitsrecht, S. 123, anderer Ansicht aber *Müller*, Punitive Damages, S. 20.

¹²⁸¹ Siehe *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 215.

¹²⁸² *BVerfG v. 25.07.2003*, BVerfGE 108, 238 (241)= NJW 2003, 2598 (2599); *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (472).

¹²⁸³ Siehe *Müller*, Punitive damages, *Müller*, JA 2000, 119 f.; *Treber*, DZWir 1998, 177, 184; *Schäfer*, AcP 2002, 397.

¹²⁸⁴ So im Ergebnis *Bentert*, Das pönale Element, S. 164 f.; *Müller*, Punitive Damages, S. 371.

2. Zur Einführung von *punitive damages* im Antidiskriminierungsrecht

a) Argumente gegen *punitive damages*

Ob das amerikanische Antidiskriminierungsrecht hinsichtlich der Rechtsfolgen im Sinne von *punitive damages* unbedingt „kopiert“ werden sollte, ist aber auch vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung höchst zweifelhaft. Denn die Tatsache, dass fremde Urteile anerkannt werden können, sagt noch nichts darüber aus, ob auch die Einführung dieses Institutes sinnvoll und möglich ist. Vieles spricht dagegen: Es liegt vor allem der Verdacht nahe, dass dieses fremde Rechtsgut unreflektiert in das deutsche Recht übernommen wurde, ohne die Besonderheiten zu beachten, die jeweils das amerikanische wie auch das deutsche Recht prägen¹²⁸⁵. Hierzulande kann dadurch eine Regelung entstanden sein, die einseitig zugunsten der Arbeitnehmer ausgestaltet ist und so zu einem Ungleichgewicht mit weit reichenden Konsequenzen führt.

Die Grundproblematik, auf der das amerikanische Antidiskriminierungsrecht fußt, ist nämlich eine ganz andere, als es hierzulande der Fall ist. Denn in den USA sollten durch das Antidiskriminierungsrecht vor allem Ungerechtigkeiten ausgeglichen werden, die der afro-amerikanischen Bevölkerung zugefügt worden waren. Dieses Ziel war vor allem durch eine sozialstaatliche Dimension geprägt, weil die Ausgrenzung dieser Bevölkerungsgruppe zu ihrer Verarmung und Ausgrenzung führte¹²⁸⁶. So beschäftigte sich die Entscheidung *Griggs v. Duke Power* damit, dass bei der Einstellung der Arbeitnehmer bestimmte Ausbildungskriterien vom Arbeitgeber verlangt wurden, die die Bewerber der Minderheitengruppen schon allein deshalb nicht mitbringen konnten, weil ihnen lange Zeit auf Grund ihrer Hautfarbe viele Bildungschancen verweigert wurden. Hieraus ergab sich eine mittelbare Diskriminierung, der auf dem Rechtswege begegnet werden sollte¹²⁸⁷.

Die Ideen zur Verhinderung von Diskriminierungen sind äußerst vielschichtig. Ein Mittel zur Bekämpfung der Rassendiskriminierung sind beispielsweise so genannte *affirmative actions* als aktive Förderungsmaßnahmen für Minderheiten. Darunter versteht man zum Beispiel die Einführung einer Quotenregelung im Betrieb. *Affirmative Actions* sollen dafür sorgen, dass auch Vertreter von ethnischen Minderheiten proportional vertreten sind. Insbesondere wird mit dem Institut der *affirmative actions* in Amerika aber dem Umstand Rechnung getragen, dass die Bevölkerungsstruktur dort eine andere ist als in Europa: Noch in den sechziger Jahren mussten in Amerika die Folgen der Sklaverei überwunden werden, wobei etwa ein Fünftel

¹²⁸⁵ Siehe Jochum, ZRP 1999, 278 (281).

¹²⁸⁶ Vgl. Schiek, AGG, Einl. Rn. 44.

¹²⁸⁷ Dazu Kyriazis, Sozialpolitik, S. 85.

der Bevölkerung vor diesem historischen Hintergrund dort wegen der Hautfarbe diskriminiert wurde¹²⁸⁸.

Die Situation gestaltet sich aber für den Europäischen Raum schon in Bezug auf die soziale Realität anders und hat mit anderen Problemen zu kämpfen. Speziell in Deutschland z. B. wird hinsichtlich der Arbeitsmarktsituation sehr viel Wert auf die Stabilisierung bestehender Arbeitsverhältnisse gelegt. Für das amerikanische Recht dagegen steht die Mobilität des Kapitals im Vordergrund¹²⁸⁹. Daher ist es nach verbreiteter Ansicht nicht ratsam, die amerikanische Konzeption einfach auf das deutsche oder weiter gefasst das kontinentaleuropäische Recht zu übertragen¹²⁹⁰. So ist die Gleichbehandlungsmaterie trotz der Erfahrungen, die man im anglo-amerikanischen Recht in der Vergangenheit damit gemacht hat, für Europa keinesfalls ausgereift oder klar ausgeformt¹²⁹¹. Als problematisch zu betrachten wäre es daher jedenfalls, wenn durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz Rechtsinstitute aus fremden Rechtskreisen eingeführt würden, in denen die Arbeitnehmer ohne spezielle Ausgleichsmechanismen faktisch schutzlos gestellt sind, weil kein „soziales Netz“ vorhanden ist. Unsere Rechtsordnung verfügt nämlich im Gegensatz zum amerikanischen Rechtskreis über ein umfassendes System zu Schutz vor Ungleichbehandlungen jedweder Art, was selbstverständlich insbesondere auch die Arbeitnehmer mit einschließt. So bestehen in Deutschland und auch in vielen anderen EU-Staaten hoch entwickelte Systeme der kollektiven sozialen Sicherung und der Arbeitnehmerschutz wird sowohl individuell durch restriktive gesetzliche Kündigungsschutzvorschriften als auch kollektiv durch Arbeitnehmervertretungen realisiert¹²⁹². Gerade das bestehende Kündigungsschutzrecht übernimmt in Deutschland so bedeutende arbeitnehmerschützende Funktionen, dass Regelungen wie § 611a BGB oder auch § 81 II SGB IX in der Praxis keine große Bedeutung erlangen konnten¹²⁹³.

Die Einführung amerikanischer *punitive damages* wurde demnach zunächst abgelehnt, weil man in Deutschland davon ausging, dass ein solches Rechtsinstitut auf Grund des Strafmono- poles des Staates nicht integrationsfähig sei¹²⁹⁴: *Punitive damages* liefen insbesondere im arbeitsrechtlich relevanten Antidiskriminierungsrecht auf einen übermäßig und einseitig zugunsten der Arbeitnehmer ausgestalteten Schutz hinaus, wenn Auffangregelungen übernommen würden, die hierzulande für einen ausreichenden Rechtsschutz gar nicht vonnöten seien.

¹²⁸⁸ Dazu Schiek, AGG, Einl. Rn. 44; dies. AuR 2003, 44 (48).

¹²⁸⁹ Aus diesem Grunde ist z. B. auch der Kündigungsschutz wesentlich anders ausgestaltet, vgl. Kittner/Kohler, BB-Beilage 2000 Nr. 4, S. 3.

¹²⁹⁰ Vgl. hierzu Jochum, ZRP 1999, 278 (280); Schiek, AuR 2003, 44 (48).

¹²⁹¹ Vgl. Reichold, ZfA 2006, 257 (267).

¹²⁹² Vgl. zum Ganzen Hornung-Draus, Arbeitgeber 2000, 14 (15); Kolmhuber/Schreiner, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 10 mit Verweis auch auf Reichold/Hahn/Heinrich, NZA 2005, 1270 (1273).

¹²⁹³ Vgl. Leuchten, NZA 2002, 1254 (1260).

¹²⁹⁴ Vgl. Überblick bei Jochum, ZRP 1999, 278 (281).

Vielmehr würde durch solche Vorschriften die Vertragsfreiheit gefährdet, die in unserer Rechtsordnung eigentlich garantiert wird und deren Bestand nur in ganz eklatanten Fällen, in denen Menschenrechte sonst umgangen würden, aufgeweicht werden könne¹²⁹⁵.

Aber nicht nur der Arbeitgeber erfährt durch die Regelungen Nachteile, sondern es kommt auch zu Verschiebungen der Rechte der Arbeitnehmer untereinander: Nach der jetzigen Rechtslage, § 15 AGG europarechtskonform interpretiert, ist es für diejenigen Arbeitnehmer, die sich diskriminiert fühlen, einfacher, hohe Summen zu erstreiten als zum Beispiel für andere Geschädigte, die sich an die §§ 249 ff. BGB halten müssen. Dies führt zu einer Privilegierung, weil das Europarecht in vielen Teilen wesentlich eindeutiger regelt, was im Amerikanischen Recht nur angedeutet wird¹²⁹⁶.

Für den Arbeitnehmerschutz wird deshalb nichts gewonnen, sondern einzig und allein die Einstellung oder Beförderung an sich verkompliziert¹²⁹⁷, was die Situation für den einzelnen Arbeitnehmer wie auch Arbeitgeber *ad absurdum* führe: Der Arbeitgeber werde Bewerber aus denselben Gründen wie eh und je nicht einstellen, zurückstellen und sogar schlechter bezahlen: Nur die Begründung für seine Entscheidung müsse er nun geschickter formulieren als bisher. Dass es also nun an der Wortwahl auf einem Ablehnungsschreiben liege, ob der Arbeitnehmer auf dessen Grundlage hohe Schadensersatz- und Entschädigungszahlungen erwarten dürfe oder nicht, mute nahezu grotesk an. Im Übrigen drohe die Gefahr, dass die Besserstellung bisher vernachlässigter Gruppen auf eine Diskriminierung derjenigen hinauslaufe, die ursprünglich mit wenigen Problemen zu kämpfen hatten: Kollektivverträge und gesetzliche Regelungen brachten oft Vorteile für ältere Arbeitnehmer, Arbeitnehmer mit Familien etc¹²⁹⁸. Diese Überlegungen waren größtenteils rechtspolitischen Ursprungs und beruhten weniger auf rechtssystematischen Erwägungen. Es wurde daher auch als größtes Problem angesehen, dass die Folge einer zu großzügigen Umsetzung „in erster Linie eine Deformation der Sprache und des Umgangs miteinander“¹²⁹⁹ werden würde.

¹²⁹⁵ Vgl. *Hornung-Draus*, Arbeitgeber 2000, 14 (15); *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 10; *Thüsing/Hoff*, NJW 2007, 21 ff.; *Picker* JZ 2003, 540 (544).

¹²⁹⁶ Z. B. zur Geschlechtsdiskriminierung wegen Schwangerschaft *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 5.

¹²⁹⁷ Z. B. durch umfassende Aufbewahrungs- und Dokumentationspflichten des Arbeitgebers, vgl. *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 10.

¹²⁹⁸ Dazu z. B. *Hornung-Draus*, Arbeitgeber 2000, 14 (15). Diese Besserstellung ist jedoch so nicht mehr haltbar gewesen und musste umgearbeitet werden, weshalb das AGG z. B. über einen Rechtfertigungs- bzw. Ausnahmekatalog verfügt, der aber seinerseits damit zu kämpfen hat, dass nach EG-Recht Rechtfertigungsgründe eigentlich nicht vorgesehen waren.

¹²⁹⁹ Vgl. *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 10.

b) Punitive damages und das AGG

Aufbauend auf diesen Überlegungen wäre als erstes Urteil über das AGG festzuhalten, dass zumindest dann § 15 vor dem Hintergrund des deutschen Rechts unhaltbar wäre, wenn diese Norm mit ihren Rechtsfolgen die Gewährung von *punitive damages* ausdrücklich regeln würde. Hinsichtlich dieser extrem ablehnenden Ansicht ist jedoch kritisch zu untersuchen, ob die herangezogenen Argumente der Rechtsprechung, die *punitive damages* strikt ablehnt, überhaupt auf die Entschädigungsregelungen im AGG angewendet werden können. Diese Rechtsprechung erging nämlich zunächst nicht konkret zu Gleichberechtigungsfragen, sondern bezüglich Verbraucherschutzregelungen. Der Grund, der in Fragen des Verbraucherschutzes gegen die Durchsetzung von *punitive damages* spricht, muss schließlich nicht gegen die Neueinführung einer Art *punitive damages* – Regelung in das deutsche Schadensersatzrecht im Rahmen des Schutzes vor Diskriminierungen sprechen.

Es ist immerhin denkbar, dass das Antidiskriminierungsrecht anderen Regeln gehorcht, weil es hier einen Bedarf für strafende Elemente gibt, der sich auch aus der extremen Beeinflussung dieser Rechtsnormen von außen erklärt. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte des deutschen Antidiskriminierungsrechts: Beispielsweise § 611a BGB – die Vorgängernorm des § 15 AGG – sollte zwar auch den Schutz des Verhältnismäßigkeitsprinzips genießen und das Gebot des Strafmonopols des Staates nicht untergraben¹³⁰⁰. § 611a BGB wurde aber in der Vergangenheit ohnehin vielfach als „Strafschadensersatznorm“ angesehen¹³⁰¹ und daher auch direkt mit *punitive damages* in Verbindung gebracht¹³⁰². Wenn § 15 AGG ebenfalls einen solchen Inhalt hat, ist es klärungsbedürftig, ob *punitive damages* anererkennungsfähig sind. Von Interesse ist daher zunächst, ob das AGG tatsächlich einen so genannten „Strafschadensersatz“ im Sinne von *punitive damages* enthält. Denn dann muss entschieden werden, ob sie im deutschen Recht bestehen können. Viele Aspekte der gewollten Rechtsfolgen sprechen für strafende Elemente. Eine Ähnlichkeit zu dem amerikanischen Rechtsinstitut der Zivilstrafe zeichnet sich daher durchaus ab. Aber nicht alles, was auf den ersten Blick gleich aussieht, hat auch tatsächlich denselben Sinn und Inhalt. So verhält es sich auch mit § 15 AGG und den *punitive damages*: Diese Wege unterscheiden sich viel mehr, als zunächst vermutet werden kann. Bezüglich des Gleichbehandlungsrechts lässt sich dies am besten mit einer Darstellung der speziellen Unterschiede des deutschen zum anglo-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht aufzeigen, wie es im Folgenden versucht wird.

¹³⁰⁰ Die Verfassung sichert diese Grundsätze über Art. 23 I i. V. m. Art. 79 III GG auch für das Antidiskriminierungsrecht als unveränderbar ab – strafende Regelungen wären daher streng genommen unzulässig, vgl. *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im europäischen Arbeitsrecht, S. 123.

¹³⁰¹ Z. B. *Annuß*, NZA 1999, 738 (741); *Müller*, MDR 1999, 750 (751); *Müller*, Punitive Damages, S. 162; außerdem *Klode*, NJOZ 2009, 1762 (1763).

¹³⁰² Statt vieler z. B. *Herrmann*, ZfA 1996, 19 ff; *Adomeit*, NJW 1997, 2295; *Volmer*, BB 1997, 1582.

c) Unterschiede zwischen anglo-amerikanischem und europäischem Recht

(aa) Differenzierungsmöglichkeiten nach europäischem Recht

Die Richtlinien gehen vielfach über das hinaus, was im anglo-amerikanischen Rechtskreis verlangt wird¹³⁰³: So ist beispielsweise schon in den Richtlinien die Möglichkeit einer Rechtfertigung für diskriminierendes Verhalten angelegt. Nach der Richtlinie 2000/43/EG z. B. ist eine Differenzierung gerechtfertigt, wenn der Fall gegeben ist, dass ein genanntes Diskriminierungsmerkmal mit unverzichtbaren Voraussetzungen zur Ausübung der beruflichen Tätigkeit kollidiert.

Vorbild der europäischen Regelung war zwar wohl Art. 5 (2) des britischen *Race Relation Act 1976*, wonach Authentizität, z. B. eines Schauspielers, eine Diskriminierung rechtfertigen kann¹³⁰⁴. Eine generelle „Toleranzschwelle“ für Diskriminierungen im Erwerbsleben ist jedoch im anglo-amerikanischen Recht eigentlich nicht in dieser Allgemeinheit bekannt.

Der EuGH übernahm dazu beispielsweise aus dem britischen Recht das Prinzip der mittelbaren Diskriminierung, verzichtete aber auf das Erfordernis einer spezifischen Anforderung, die sich wie eine Barriere auswirkte und die Effektivität des Verbotes einschränkte¹³⁰⁵. So ist z. B. im anglo-amerikanischen Recht bei der diskriminierenden Zahlung ungleichen Entgeltes nur der materielle Schaden zu ersetzen. Ein Nichtvermögensschaden wird dagegen nicht ersetzt¹³⁰⁶. Dies gilt zumindest in Fällen der mittelbaren Diskriminierung, weil nicht eingeklagt wird, dass die Persönlichkeit verletzt wurde, sondern dass weniger Lohn ausgezahlt wurde¹³⁰⁷. Bei einer extensiven Anwendung des § 15 II AGG inklusive Ausgleich des Nichtvermögensschadens kann dieses Prinzip, gestützt auf die europäischen Vorgaben, jedoch nicht mehr eingehalten werden. Deshalb geht der hiesige Schutz vor Diskriminierungen teils erheblich über das Recht hinaus, das hier ursprünglich als Vorbild diente¹³⁰⁸. Das Gebot der Geschlechtergleichheit hat in Europa außerdem Vorrang vor dem Verbot der rassistischen Diskriminierung¹³⁰⁹.

(bb) Diskriminierende Absicht

Subjektive Elemente im Verhalten des Arbeitgebers haben in den Rechtskreisen, in denen *punitive damages* verhängt werden können, für verschiedene Aspekte eine Bedeutung. Die

¹³⁰³ So *Schiek*, AuR 2003, 44 (50).

¹³⁰⁴ Vgl. *Schiek*, AuR 2003, 44 (47 f.).

¹³⁰⁵ Siehe dazu *Schiek*, AuR 2003, 44 (49).

¹³⁰⁶ Vgl. für USA z. B. *Lewis/Norman*, *Employment Discrimination Law and Practise*, 2004, S. 427.

¹³⁰⁷ Die Diskriminierung ist kein Teil des Arbeitslebens, sondern wirkt sich nur „auf dem Gehaltsscheck“ aus. Vgl. hierzu Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, § 15 Rn. 11.

¹³⁰⁸ Kritisch *Thüsing*, NZA-Sonderbeilage 2004/Heft 20, S. 3 (15).

¹³⁰⁹ Dazu *Schiek*, AuR 2003, 44 (49).

gilt insbesondere dafür, ob eine Diskriminierung überhaupt bejaht werden kann. Die Frage, ob überhaupt eine Diskriminierung vorliegt, muss dazu unterschieden werden von der Frage, ob der Arbeitgeber sich durch sein Verhalten ersatzpflichtig macht. Im anglo-amerikanischen Recht wird für die positive Feststellung einer Diskriminierung nicht verlangt, dass eine diskriminierende Absicht hinter dem Verhalten des Arbeitgebers steht¹³¹⁰. Einzig die Entscheidung *Washington v. Davis*¹³¹¹ stellt fest, dass nur die vorsätzliche Diskriminierung von einem Verbot umfasst sei.

Der Arbeitgeber kann sich allerdings von einer Ersatzpflicht befreien, wenn er nachweist, dass er keinerlei Benachteiligungsabsicht hatte¹³¹². Die Höhe der Ersatzpflicht dagegen wird durchaus daran bemessen, welcher Grad des Verschuldens vorliegt.

Das Europarecht verlangt dagegen eine Sanktion, die völlig unabhängig davon existieren soll, ob der Arbeitgeber für sein Verhalten persönlich Verantwortung übernehmen muss oder nicht. Dies folgt aus dem Anspruch, eine Gleichstellung zu erreichen und bringt damit die Anforderung mit sich, eine Art Gefährdungshaftung in das nationale Recht einzubringen. Schon in der *Bilka*-Entscheidung¹³¹³ hat der EuGH keine subjektiven Faktoren mehr herangezogen, sondern bezüglich der Feststellung der mittelbaren Diskriminierung objektive Tatbestandsmerkmale herangezogen. So sollte die diskriminierende Maßnahme uniform angewendet werden, geschlechtsneutral formuliert sein und eine unverhältnismäßig größere Wirkung auf die Angehörigen eines Geschlechts haben. Letztlich sollte eben die neutrale Formulierung Grund für die faktische Schlechterstellung einer Gruppe sein¹³¹⁴.

Damit haben die subjektiven Faktoren in beiden Rechtsordnungen aber sehr unterschiedliche Bedeutung. Dies gilt nicht nur bei der Entscheidung über das Vorliegen einer Diskriminierung an sich, sondern auch bei der Höhe einer zu gewährenden Sanktion. *Punitive damages* werden - sofern sie denn gewährt werden - klar daran bemessen, wie hoch das Verschulden des Arbeitgebers eigentlich zu werten ist. Denn er soll für sein Handeln bestraft werden. Zufallsprodukt ist die Bereicherung des Geschädigten, der allerdings auch Verfahrens- und Anwaltskosten zu tragen hat. Hier zeigt sich wieder, dass *punitive damages* verschiedenste Zwecke verfolgen, von denen manche auch nach deutschem Verständnis eher dem Ausgleich als der Strafe und Abschreckung dienen und daher gar nicht mehr so fremdartig erscheinen¹³¹⁵.

¹³¹⁰ Für den Bereich der mittelbaren Diskriminierung machten dies z. B. die Urteile *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971) und *Jenkins v. Kingsgate* ICR 1981 (EAT), S. 715 deutlich; siehe *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 96.

¹³¹¹ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976); ähnlich auch *Personnel Administrator v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979).

¹³¹² Siehe *Dix*, Gleichberechtigung, S. 151, zum britischen Recht.

¹³¹³ *Bilka-Kaufhaus/K. Weber v. Hartz*, EuGH v. 13.05.1986, Rs. 170/84, NZA 1986, 599.

¹³¹⁴ Zusammenfassend *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 97.

¹³¹⁵ So *Hay*, FS Stoll, S. 521 (524).

Auch das Schmerzensgeld kennt präventive Funktionen. Allerdings ist in diesen Fällen auch das Verschulden des Verletzenden ausschlaggebend, was der europäische Gesetzgeber aber speziell im Bereich des Antidiskriminierungsrechts für nicht richtlinienkonform erklärt hat, obwohl es auch für das anglo-amerikanische Recht und somit für *punitive damages* darauf ankommt¹³¹⁶. Das Europarecht verlagert den Schwerpunkt der erwünschten Wirkungen des Antidiskriminierungsrechts auf die Prävention: Denn wenn der Arbeitgeber davon ausgehen muss, dass es selbst bei einer ungewollten Zufallsdiskriminierung haften muss, wird er die reale Gleichstellung aller tatsächlichen und potentiellen Arbeitnehmer sehr ernst nehmen.

So zumindest ist das Ziel zu verstehen, dass der Rechtsprechungspraxis des EuGH zu Grunde liegt. Bei der Frage nach der Integrationsfähigkeit solcher Regeln in die nationalen Rechtsordnung findet sich allerdings eine große Kluft zwischen dem, was vom EuGH verlangt wird und dem, was den nationalen Rechtsordnungen zumutbar ist.

Hinzu kommt die Problematik, dass das Antidiskriminierungsrecht nicht in seiner Gesamtheit aus einem funktionierenden System übernommen wurde, sondern dass nur gewisse Aspekte in der Rechtsprechung des EuGH adaptiert wurden. Diese gewissermaßen nur als „Ausschnitte“ einer bestehenden Rechtsordnung fungierenden Teile übergreifend in das nationale Recht der Gemeinschaften zu übertragen, stellt möglicherweise eine Aufgabe dar, der die Mitglieder nicht gewachsen sind. Denn bisher waren bei der Konstruktion verbindlicher Allgemeinwerte die Eigenheiten der Mitgliedstaaten ausschlaggebend, nicht dagegen ein völlig neuer Aspekt. Denn das Gemeinschaftsrecht kann nur existieren, wenn eine Konsensfähigkeit besteht, auf der gemeinsame Statuten aufgebaut werden können.

Man darf hierbei nicht davon ausgehen, dass allenfalls der kleinste gemeinsame Nenner eine Basis darstellen kann. Denn dann gäbe es keinerlei Ziel zu verwirklichen, dass den Mitgliedstaaten eine Weiterentwicklung ermöglicht. Dennoch muss der gemeinsame Nenner als die Basis dessen akzeptiert und auch beachtet werden, was möglich ist um das Ziel auch tatsächlich zu erreichen. Das bloße Vorschreiben gesetzlicher Mindeststandards kann aber nicht zum Ziel führen, wenn das Recht der einzelnen Nationen dadurch Anforderungen ausgesetzt wird, die es spalten und in sich nicht mehr stimmig erscheinen lassen.

Bisher hat in Deutschland das Kündigungsschutzrecht die Aufgaben wahrgenommen, die andere europäische Antidiskriminierungsgesetze oder auch das US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht speziell im Bereich der Gleichbehandlungsgrundsätze wahrnehmen¹³¹⁷.

¹³¹⁶ Vgl. *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (26); *Kern*, AcP 1991, 247 (249).

¹³¹⁷ Vgl. *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (398).

(cc) Besondere Maßnahmen: *Affirmative actions*

Im Bereich von „besonderen Maßnahmen“ zur Gleichstellung einzelner Gruppen, die spezielle Förderungsmaßnahmen beinhalten, gibt es im amerikanischen Recht deutlichere Regeln als im Europäischen. Getreu den Vorgaben aus den USA hat man auch hier die Möglichkeit von z. B. „Frauen-Quoten“ anerkannt, nach der Rechtsprechung des *US-Supreme Court* müssen in diesem Fällen jedoch die Verhältnismäßigkeitsgrundsätze sehr genau beachtet werden. Die Erfahrung im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist viel größer als im europäischen Rechtskreis. Jedoch hat das nicht davon abgehalten, auch diese Maßnahmen nunmehr auf europäischem Terrain zu erproben. In diesem Bereich ist deshalb eine Angleichung zu verzeichnen, wenn auch keine komplette Übereinstimmung erfolgt ist¹³¹⁸.

(dd) Strafe als Selbstzweck

Punitive damages haben schließlich als strafende Elemente im zivilrechtlichen Schadensersatzsystem eine Sonderstellung. Sie werden getrennt von ausgleichendem Schadensersatz zugesprochen und erfüllen so einen Selbstzweck, der losgelöst von anderen Elementen des Schadensersatzes betrachtet und bewertet werden kann. *Punitive damages* richten sich vornehmlich auf Sühne und Vergeltung und vernachlässigen den Gedanken des Ausgleichs, bzw. nehmen die Ausgleichfunktion als Nebenprodukt hin¹³¹⁹. Dafür spricht auch, dass *punitive damages* an Zusatzartikel 8 der amerikanischen Bundesverfassung gemessen und damit die Problematik der „Strafe“ erkannt wird¹³²⁰.

Im deutschen Recht dagegen hat diese Trennbarkeit in § 15 AGG keinen Niederschlag gefunden: § 15 AGG erfasst mit den beiden ersten Absätzen nur materielle und immaterielle Ansprüche, was dem Konzept des deutschen Rechts eher entspricht als man es z. B. bei der Vorgängernorm des § 611a BGB, der pauschal nur von Entschädigung sprach, behaupten konnte¹³²¹. Eine darüber hinausgehende Norm, die festlegt, dass gesondert noch eine Strafe zu verhängen ist, existiert aber bewusst nicht. *Punitive damages* sind demgegenüber zwar eine Gesamt-Entschädigungssumme, die ganz anders strukturiert ist¹³²². Allerdings ist im Falle ihrer Verhängung stets gesondert ausgewiesen, welcher Teil der Summe auf den Strafzweck entfällt. Auch die konkrete Ausgestaltung der Rechtsfolgen ist daher sehr unterschiedlich.

¹³¹⁸ Vgl. *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (417).

¹³¹⁹ Zur Ausgleichfunktion siehe oben, B. II. 5. d). Dazu *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (475).

¹³²⁰ Wiederum *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (475). Dies gilt jedoch nicht für alle Bundesstaaten siehe B. II. 6.

¹³²¹ So bewertet i. E. auch *Staudinger*, NJW 2006, 2433 (2434).

¹³²² Zu diesem Erfordernis z. B. *Hay*, FS Stoll, S. 521 (529).

3. Ergebnis

a) Einordnung des § 15 AGG als Regelung i. S. v. *punitive damages*

Die Entschädigung in § 15 II AGG ist als Ersatz des Nichtvermögensschadens gedacht und damit eine Ausnahme zu § 253 BGB¹³²³. Die Höhe der Entschädigung bemisst sich nach dem Ausmaß des entstandenen Schadens und hat daher eine vornehmlich ausgleichende Wirkung. Zwar soll sie durch ihre Höhe vor diskriminierendem Verhalten abschrecken und berücksichtigt dabei ebenso das Vermögen des Arbeitgebers. Auch, wenn der Aspekt des Ausgleichs nicht völlig aus dem Auge verloren werden darf, kann dabei sogar überkompensierend entschieden werden¹³²⁴. Wegen dieser sanktionierenden Wirkung hat die AGG-Regelung auf den ersten Blick viele Gemeinsamkeiten mit *punitive damages*.

Die Frage, ob § 15 AGG als eine Norm zu verstehen ist, die *punitive damages* in den deutschen Rechtsraum einführt, muss jedoch in Anbetracht von Sinn, Struktur und Anwendung dieser *punitive damages* in ihrem Heimatrechtskreis nach diesen Ausführungen aber deutlich verneint werden. Dies liegt nicht nur daran, dass das amerikanische Haftungsrecht kaum vergleichbar mit dem kontinentaleuropäischen oder auch dem englischen ist¹³²⁵. § 15 AGG verfolgt zu viele andere, teilweise übergeordnete Zwecke, und geht zum Teil deutlich über das hinaus, was *punitive damages* eigentlich ausmachen. Charakteristisch ist, dass im deutschen Recht insbesondere die pönalen nie so deutlich von ausgleichenden Aspekten getrennt werden können, während *exemplary* und *punitive damages* dagegen in den meisten Fällen doch sehr viel klarer abgegrenzt werden können¹³²⁶. § 15 AGG geht darüber hinaus sogar noch viel weiter, als es das anglo-amerikanische Recht tut, indem das Verschuldenserfordernis zumindest für Entschädigungen gestrichen wurde. Dies alles sind große Unterschiede, die entschieden an der Einordnung des § 15 AGG als Norm für klassische *punitive damages* zweifeln lassen.

Vielmehr erscheint es daher so, als habe der deutsche Gesetzgeber im Hinblick auf die europäischen Anforderungen ein völlig neues Rechtsinstitut geschaffen, dass man durchaus als „Strafschadensersatz“ bezeichnen könnte, sofern man hier nicht davon ausgeht, dass dieser Begriff den *punitive damages* entspricht¹³²⁷. Aufgenommen werden sogar bisher oft als „verboten“ bezeichnete Gedanken des Ersatzrechts, die zum großen Teil aus rechtspolitischen Gründen systematisch im Zivilrecht angeordnet sind. Die Regelung wirkt aus diesem Grunde

¹³²³ Vgl. Münchener Kommentar AGG/Thüsing, § 15 Rn. 14.

¹³²⁴ Anderer Ansicht dagegen Münchener Kommentar AGG/Thüsing, § 15 Rn. 16.

¹³²⁵ Dies vertritt Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 26 f.

¹³²⁶ Vgl. z. B. Müller, Punitive Damages, S. 48.

¹³²⁷ Anders aber Münchener Kommentar AGG/Thüsing, § 15 Rn. 14.

auch ausschließlich sozialpolitisch motiviert¹³²⁸.

§ 15 AGG wirkt strafend, aber geht sogar weiter als es das internationale Vorzeigebispiel für die Privatstrafe, die *punitive damages*, tun. Insbesondere ist in den Fällen, die mit Diskriminierungen zu tun haben, niemals von *strict liability* die Rede, was immerhin das Abhandenkommen des Verschuldenserfordernisses anhand des anglo-amerikanischen Rechts erklären könnte¹³²⁹. § 15 AGG wirkt außerdem nur bezüglich bestimmter Aspekte strafend, weshalb ebenfalls die sich bisher aufdrängende Nähe zu *punitive damages* verneint werden muss¹³³⁰.

Daraus folgt, dass allein der Sanktionsgedanke aus einer Schadensersatz- und Entschädigungsnorm wie § 15 AGG noch keine Anspruchsnorm auf *punitive damages* macht. Allein die Tatsache, dass europäisches Recht sich von amerikanischen Ideen hat inspirieren lassen, macht aus deutschem Recht auch noch kein amerikanisches¹³³¹. Man kann die jetzt vorhandene Regelung daher nicht als Grundlage für *punitive damage* bezeichnen.

b) Strafcharakter der Norm

Trotzdem sind § 15 AGG präventive und sanktionierende Aspekte nicht abzusprechen. Wenn diese nicht komplett mit dem Vorbild der *punitive damages* zusammen passen, ist die Frage aufzuwerfen, wie diese Merkmale statt dessen zu verstehen sind. Denn dass § 15 AGG strafende Aspekte enthält, ist im Hinblick auf das europäische Recht notwendig, nicht mehr zu leugnen und vielleicht sogar vorteilhaft¹³³²: § 15 AGG ist zwar keine Norm, die konkret ein amerikanisches Rechtsinstitut in das deutsche Recht transferiert. Daran, dass seine Funktion aber dennoch eng mit Strafzwecken verbunden ist oder zumindest verbunden sein soll, ändert das aber nichts. Schon mit der Neufassung des § 611 a BGB nach *Draehmpaehl* sah der Gesetzgeber im Pönalgedanken nicht mehr nur einen abwägungserheblichen Gesichtspunkt, sondern eine tragende Säule der Entschädigungsregelung bei geschlechtsspezifischen Benachteiligungen¹³³³. Mit der Gesetzesbegründung zur 2. Fassung des § 611a BGB ließ der Gesetzgeber sogar ausdrücklich die dem Zivilrecht fremde Verfolgung pönaler und generalpräventiver Zwecke zu, weil es möglich sein sollte, das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis einer abschreckenden Wirkung der Sanktion mit zu berücksichtigen¹³³⁴.

¹³²⁸ Ebenso kritisch zur Grundlage des Sozialstaatsprinzips *Eisemann*, AuR 1988, 225 (231) und *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (28), der auch auf praktische Probleme dieser sozialpolitischen Rechtsfindungssystematik aufmerksam macht.

¹³²⁹ Vgl. *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 84 ff. Zu den Fallgruppen der *strict liability* siehe *Prosser/Keeton*, On Torts, S. 534 ff.

¹³³⁰ Siehe *Behr*, Chicago-Kent Law Review Vol. 78 [2003] S. 146.

¹³³¹ Vgl. auch *Wendeling/Buschkröger*, FS Däubler, S. 131; weniger kritisch *Klode*, NJOZ 2009, 1762 (1763).

¹³³² Vgl. dazu Zweiter Teil, C.

¹³³³ So *Annuß*, NZA 1999, 738 (740); gestützt auf BT-Drucks. 13/10242, S. 6.

¹³³⁴ Dieser Ansicht *Annuß*, NZA 1999, 738 (740).

Sofern nun nicht bestätigt werden kann, dass ein bestimmtes, bereits bekanntes Rechtsinstitut - namentlich *punitive damages* - bei der Ausgestaltung des AGG eingeführt wurde, hat § 15 AGG mit dieser im anglo-amerikanischen Recht existenten Rechtsfolge aber dennoch gemeinsam, dass ein bestimmtes unerlaubtes Verhalten sanktioniert werden soll. § 15 AGG muss daher als eine andere Erscheinung des Rechts eingeordnet werden und sein pönaler Inhalt trotzdem auf die Integrationsfähigkeit hinsichtlich des deutschen Rechts überprüft werden. Schließlich wurde schon nach dem Urteil *v. Colson und Kamann* kritisiert, dass der Europäische Gerichtshof damit seine Kompetenzen überschritten habe und einen „Strafschadensersatz“ in die Gleichbehandlungsrichtlinie interpretiert habe¹³³⁵. Im deutschen Recht lag es zwar nahe, zunächst eine Anpassung des geltenden Schadensersatzrechts ins Auge zu fassen, indem im Falle von Diskriminierungen Sanktionsregelung dort integriert werden. Dies kommt auch den Anforderungen der Richtlinien vom Wortlaut her am nächsten und ist außerdem aus anderen Rechtskreisen bereits bekannt.

Ob die Einführung pönaler Aspekte in das nationale Zivilrecht aber überhaupt möglich ist, wird bezweifelt und sehr kontrovers diskutiert. In der Literatur wird vielfach darauf verwiesen, dass ein so genannter „Strafschadensersatz“ kein Mittel des deutschen Schadensersatzrechts sein könne und deshalb die Regelung des § 15 II AGG auch keinesfalls so verstanden werden dürfe. Dann wären die Vorgaben der Gemeinschaft aber nicht zu erfüllen. Ob eine solche Integration bei den strafenden Elementen, die die Norm auf Grund der Anforderungen des europäischen Rechts beinhaltet, auch unabhängig von der Deckung mit anglo-amerikanischen Grundsätzen möglich ist, welcher Kritik sie begegnet und wie die konkrete praktische Anwendung der Norm im Einzelnen aussehen muss, soll der nun folgende Teil der vorliegenden Arbeit zeigen.

C. Pönale Elemente im deutschen Privatrecht

I. Ausgangsüberlegungen: Das Problem der Strafe im Zivilrecht

Ob „Strafen“ in das deutsche Zivil-, oder genauer Schadensersatzrecht überhaupt integriert werden können, war in der Vergangenheit immer wieder Diskussionsgegenstand in Literatur und Rechtsprechung.

Vor dem Inkrafttreten des AGG war es möglich, eine Entschädigung auf Grund einer Klage wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, gestützt auf § 823 BGB, zu erhal-

¹³³⁵ Siehe z. B. schon frühe Kritik bei *Blomeyer*, NZA 1994, 633 (638), *Franzen*, ZEuP 1995, 796 (809).

ten¹³³⁶. Auch § 611a BGB bot in seiner letzten Fassung Möglichkeiten, wegen Diskriminierungen und Ungleichbehandlungen Ersatz zu verlangen¹³³⁷. Im Rahmen solcher Regelungen wurde jedoch nur der in Geld bemessbare immaterielle Schaden ersetzt, den das Opfer erlitten hat. Es wurde bisher nicht sanktioniert. Eine Ausnahme bildete insofern nur die letzte Fassung des § 611a BGB.

Nach bisher herrschender Ansicht dürfen pönale und präventive Aspekte im deutschen Schadensersatzrecht keine Rolle spielen, weil sie einen Fremdkörper in diesem System darstellen. Das hiesige Schadensersatzrecht ist nach dieser Auffassung einzig und allein darauf ausgerichtet, bestehende Schäden auszugleichen, was prinzipiell dem Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 BGB) folgt¹³³⁸. Nur, wenn der Schaden nicht real wieder gutzumachen ist, darf er auch in Geld ersetzt werden. Bezüglich immaterieller Schäden zeigte sich das deutsche Recht bisher besonders einschränkend: Grundsätzlich sollen solche Schäden nur in den Fällen ersetzt werden, in denen das Gesetz diese Möglichkeit auch ausdrücklich vorschreibt. Die Betonung liegt dabei auf dem *Ausgleich* des Schadens. Die Entschädigung nach dem AGG ist ebenfalls als Ersatz des Nichtvermögensschadens gedacht und damit eine Ausnahme zu § 253 I BGB¹³³⁹. Folglich muss die Entschädigung in erster Linie auf Kompensation zielen, nicht aber auf Abschreckung oder gar Strafe. Überlegungen, die Strafzwecke verfolgen, dürfen demnach zur Entscheidungsfindung vor Gericht gar nicht einbezogen werden.

Obwohl die Aufnahme von Sanktionserfordernissen in das zivilrechtliche Antidiskriminierungsrecht bisher zwar nicht kategorisch verneint wurde, wurden entsprechende Regelungen trotzdem meistens in der Literatur für unzulässig erklärt. Dies erstaunt, weil das europäische Recht sie doch eindeutig verlangt. Die Auffassung von der Unzulässigkeit sanktionierender Wirkungen verträgt sich daher auch nicht mit dem europäischen Verständnis einer Staatengemeinschaft, die auf Harmonisierung hinarbeitet. Die Union und alle ihre Mitgliedstaaten sieht sich einem fortschreitenden Prozess im Hinblick auf das Ziel einer Angleichung hin ausgesetzt. Wenn Kompetenzen abgegeben werden, müssen die Staaten damit rechnen, dass von ihnen auch Veränderungen im Sinne der Zielverwirklichung eines vereinten Europas verlangt werden¹³⁴⁰. Dies spiegelt sich in nicht unbedeutender Weise auch in den einschlägigen Bestimmungen des deutschen Grundgesetzes wider, das alle Bestrebungen hinsichtlich eines

¹³³⁶ Vorschlag bei *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 44.

¹³³⁷ Kritisch dazu z. B. Erfurter Kommentar 2006/*Schlachter*, BGB, § 611a, Rn. 36 und Staudinger 2005/*Annuf*, BGB, § 611a BGB Rn. 93.

¹³³⁸ Vgl. z. B. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einleitung III 2, S. 12; Palandt/*Heinrichs*, Vorb. Zu § 149 BGB, Rn. 4.

¹³³⁹ BT-Drucksache 16/1780 S. 38; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 526.

¹³⁴⁰ Zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts siehe *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Arbeits- und Sozialrecht, § 9 Rn. 6 ff.

einheitlichen Europas unterstützt und dem Staat gewissen Verpflichtungen auferlegt¹³⁴¹.

Die Zulässigkeit des Gesetzes kann daher nicht nur anhand streng dogmatischer Regeln gemessen werden, sondern muss auch im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen betrachtet werden. Sie unterliegt wegen der Veränderung dieser Faktoren einem stetigen Wandel¹³⁴². Hierfür spricht in besonderem Maße, dass es dem europäischen Gesetzgeber auch nach Ansicht des EuGH freisteht, durch Gemeinschaftsrecht neue Rechtsfiguren einzuführen¹³⁴³. Solche neuartigen Elemente könnten auch durch § 15 AGG Gesetz geworden sein, wenn der Inhalt dieser Norm nicht mit dem übereinstimmt, was nach dem deutschen Rechtsverständnis möglich ist. Denn hinsichtlich der strafender Aspekte im Zivilrecht, die ja mit Sicherheit in § 15 AGG veranlagt sind¹³⁴⁴, kann die Rechtsordnung gravierend erschüttert werden. Es stellt sich also die Frage, ob die Regelung des § 15 AGG auch außerhalb der Anwendung der klassischen *punitive damages* Elemente beinhaltet, die dem Zivilrecht völlig fremde, pönale Aspekte des Schadensersatzrechts umfassen.

Inwiefern solche Regelungen Einzug in das deutsche Recht finden können, muss daher anhand der deutschen Rechtssystematik und im Hinblick auf eine historische Entwicklung von Straf- und Schadensersatzrecht analysiert werden. Es ist dabei die Frage zu erörtern, ob strafende Aspekte im deutschen Zivil- bzw. Antidiskriminierungsrecht tatsächlich Schaden anrichten oder ganz im Gegenteil nicht sogar als feste Institute sinnvoll sein können. Dabei geht es erstens darum, ob Strafen die gewünschten Effekte der Abschreckung vor Diskriminierungen und Gleichstellung überhaupt erreichen können. Zweitens muss jedoch auch die Frage gestellt werden, ob sie generell im deutschen Zivilrecht ohne Probleme integrierbar sind oder gegen grundlegende Prinzipien verstoßen.

II. Vorteile strafender Aspekte für die Rechtsdurchsetzung

1. Effektive Rechtsdurchsetzung

Strafende Aspekte können das Potential für diskriminierende Maßnahmen gering zu halten, weil sie bereits abschrecken. Insofern bieten sie theoretisch viele Vorteile: Die Erfahrungen des anglo-amerikanischen Rechtsraumes zeigen, dass pönalisierende Aspekte im Privatrecht nicht nur Nachteile haben, sondern für Aufmerksamkeit sorgen und damit besonders effektiv

¹³⁴¹ So Raab, DSStR 1999, 854 (857).

¹³⁴² BVerfG v. 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (293)= NJW 1973, 1221 ff. (Soraya).

¹³⁴³ Z. B. Bauer, NJW 2001, 2672 (2677) geht davon aus, dass schon die Entstehungsgeschichte des § 611a II BGB zeige, dass die Umsetzung der Richtlinien ohne Schwierigkeiten und Systembrüche kaum möglich sei. Ähnlich Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, S. 90.

¹³⁴⁴ Siehe oben, z. B. Zweiter Teil, C. 2.

gegen Diskriminierungen eingesetzt werden können¹³⁴⁵. Die Lösung über eine Art „Privatstrafe“ könnte den Gleichstellungsauftrag deshalb effektiv durchsetzen, weil dem Arbeitnehmer aus zwei Gründen die Verfolgung seiner Interessen als nahe liegend erscheinen wird: Erstens ist er selbst derjenige, der von einer Verurteilung für das Fehlverhalten profitiert. Zweitens fügt er durch Klage niemand anderem als dem Arbeitgeber Schaden zu. Anders wäre dies z. B. bei einer Naturalrestitution, die im schlimmsten Falle einen anderen Arbeitnehmer von seiner gerade erlangten Position wieder verdrängt¹³⁴⁶.

Fraglich ist nur, warum gerade im Bereich des Antidiskriminierungsrechts solche Besonderheiten notwendig sein sollen. Dies lässt sich wie folgt erklären: Normalerweise kann diskriminierendes Verhalten durch einfache Marktgesetze natürlich sanktioniert werden: Bessere – nicht diskriminierende – Anbieter werden in der Regel den schlechteren Anbietern vorgezogen¹³⁴⁷. Anders ist dies jedoch gerade im Arbeitsrecht. Dies gilt in besonderem Maße in Zeiten, in denen Arbeitsplätze eher Mangelware sind. Objektiv betrachtet wird das Gesetz zudem eher gebrochen, wenn der „rechtsuntreue“ Arbeitgeber von vorn herein weiß, dass er bei einer Diskriminierung keinerlei Konsequenzen zu fürchten hat. Das Risiko, bei einem Gesetzesübertritt entdeckt zu werden, erscheint bei einer Kosten - Nutzen - Rechnung also vergleichsweise gering, wenn nichts schlimmeres winkt als die Herstellung der Rechtslage vor dem Verbotsübertritt.

Weil die Möglichkeit der Klage durch den Arbeitnehmer vergleichbar mit der Anzeige einer Straftat sei, wird daher vertreten, dass es sogar notwendig sei, dass Gesetzgeber und die Rechtsprechung mit einschlägigen Mitteln agieren, um eine effektive Rechtsdurchsetzung überhaupt erst zu ermöglichen¹³⁴⁸. Nach dieser Ansicht wird jedes andere Verhalten als indifferent und ignorant gegenüber der Realität beurteilt, weil Gesetze generell dazu gemacht seien, Regelungsziele zu verwirklichen und es nicht nur bei einem ideellen Wunschbild – z. B. der Freiheit von Diskriminierungen – zu belassen. Insofern müsse auf den praktischen Umgang des Bürgers mit dem Gesetz reagiert werden, der sich ohne Verlustrisiko nicht an die Normen halten muss¹³⁴⁹.

Allerdings darf bei diesen präventiven Aspekten nicht gleichzeitig davon ausgegangen werden, dass Prävention pauschal nur durch besonders hohe Strafandrohungen erreicht werden kann. Insofern muss das Recht, bzw. die Rechtsprechung nur genau so weit gehen, wie es für

¹³⁴⁵ Besonders in Amerika konnten diesbezüglich Erfolge vermerkt werden, siehe oben, Dritter Teil, B. III. 2 oder B. IV. a. E.

¹³⁴⁶ So z. B. die genannten Vorteile bei *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 82.

¹³⁴⁷ Siehe *Reichold/Hahn/Heinrich*, NZA 2005, 1270 (1272).

¹³⁴⁸ So *Müller*, MDR 1999, 750 f.

¹³⁴⁹ So *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (425), der die Steuerungsfunktion des Privatrechts mit diesem Argument ökonomisch zu begründen versucht.

eine effektive Rechtsdurchsetzung ökonomisch betrachtet notwendig ist¹³⁵⁰. Die Tatsache, dass die Rechtsdurchsetzung effektiver erreicht werden kann, wenn der einzelne selbst einen höheren Anreiz hat, seine Rechte auch geltend zu machen, muss ebenfalls als positiv betrachtet werden. Insofern ist die Rechtsdurchsetzung durch Private mittlerweile in vielen Bereichen durch den europäischen Gesetzgeber als Strukturprinzip eingesetzt worden¹³⁵¹.

Daran, dass diese Art der Reaktion auf eine unzulässige Ungleichbehandlung äußerst effektiv ist und auf Grund der abschreckenden Wirkung auch zum gewünschten Erfolg der Gleichstellung verhelfen kann, besteht daher zunächst kein Zweifel.

2. Verwirklichung des Zieles der Gleichstellung

Auch im Hinblick auf das von den europäischen Institutionen verfolgte Ziel erscheint die Lösung mit pönalen Aspekten Erfolg versprechend: Im Bereich des Arbeitsrechts wurde zunächst bezüglich vieler Diskriminierungsmerkmale versucht, über z. B. Quotenregelungen eine Gleichbehandlung zu erzwingen. Vom europäischen Ziel der Gleichstellung war diese Praxis jedoch weit entfernt, weil so der stigmatisierte Arbeitnehmer dem Arbeitgeber in einer Art „Mitleidsakt“ aufgedrängt wurde¹³⁵². Damit ist seine Stellung in der Gesellschaft jedoch nicht verbessert, sondern lediglich das Symptom der Arbeitslosigkeit gemildert worden.

Die Vorstellung, dass „der arme Behinderte“ oder „die schwache Frau“ eben keine gleichwertigen Arbeitnehmer sind, bleibt damit unverändert bestehen und wird durch die Verpflichtung, sich dieser Gruppen anzunehmen, sogar noch weitgehend verstärkt¹³⁵³.

Das AGG setzt mit seinem Sanktionscharakter genau bei dieser Lücke an: Indem der Arbeitgeber sich frei für ein diskriminierungsfreies Verhalten entscheiden kann, stellt er bei korrektem Verhalten automatisch alle Arbeitnehmer gleich. Die Botschaft lautet: „Wer diskriminiert, verhält sich falsch“ und nicht etwa „wer trotz Diskriminierungsmerkmal einstellt, tut minder Qualifizierten etwas Gutes“. So gibt die Privatstrafe die Möglichkeit, den gleichen Rang der Diskriminierungsopfer zu betonen, wohingegen andere Rechtsfolgen nur oberflächlich an einzelnen Situationen etwas ändern können.

§ 15 AGG kann damit tatsächlich durch seine strafenden Aspekte eine Verbesserung der Situation von (potentiellen) Diskriminierungsopfern erreichen. Damit diese Aspekte jedoch nutzbar sind, müssen sie sich in das deutsche Recht jedoch auch integrieren lassen, was im folgenden zu klären bleibt.

¹³⁵⁰ Dazu Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 393 ff.; daran anknüpfend Wagner, AcP 206 [2006], 352 (426 f.).

¹³⁵¹ EuGH v. 05.06.1963; Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 7 (26); Wagner, AcP 206 [2006], 352 (446); Ruffert, DVBl 1998, 59 (71).

¹³⁵² Vgl. nur Günzel/Heilmann, RdA 2000, 341 (344).

¹³⁵³ Im Ergebnis ähnlich Brors, RdA 2003, 223 (228).

III. Die Trennung von öffentlichem Recht und Zivilrecht

1. Zur „systemsprengenden“ Wirkung des europäischen Rechts

Durch § 15 AGG ist grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet, strafende Aspekte in eine Urteilsfindung mit einzubeziehen. Eine andere Frage ist jedoch, ob dies im deutschen Zivilrecht auch umgesetzt werden kann, ohne dass grundlegende Prinzipien verletzt werden.

Pönale Aspekte im Zivilrecht wurden und werden in Deutschland immer wieder diskutiert, aber sehr unterschiedlich beurteilt. Insbesondere im Schadensersatzrecht haben Strafe und Abschreckung – wenn auch in sehr abgeschwächter Form – aber auch im deutschen Rechtsraum eine Art Tradition¹³⁵⁴. Die Begriffe „Strafe“ und „Abschreckung“ müssen dabei jedoch streng voneinander getrennt werden. Wenn also von einem so genanntem „Strafschadensersatz“ die Rede ist, muss zunächst der Begriff des Strafzwecks geklärt werden.

Noch nicht geklärt ist damit dann aber Frage, ob Vergeltung in irgend einer Form eine zulässige Funktion des Zivilrechts darstellen kann. Dies begegnet schon ganz praktischen Problemen: Adressat bei zivilrechtlichen Ansprüchen kann z. B. oft eine juristische Person sein, die jedenfalls in Deutschland nicht im herkömmlichen Sinne „bestraft“ werden kann. Daher kommt eine vergeltende Wirkung in vielen Fällen gar nicht in Betracht. Deshalb kann auch eine arbeitsrechtliche Schadensersatz- und Entschädigungsregel nach herkömmlichem Verständnis nicht auf eine *allein* strafende Funktion reduziert werden¹³⁵⁵.

Anders verhält es sich dagegen mit präventiven Zielen, die eine verhaltenssteuernde Wirkung haben, was auch im Zivilrecht ohne weiteres möglich ist. *Wagner* verweist insofern auf die Wirkung steuerlicher Anreize und schließt daraus, dass die gleiche Wirkung auch von Verhaltensanreizen ausgehen könne. Dies sei sogar verschuldensunabhängig möglich, wie die Beispiele verschuldensunabhängiger Haftungstatbestände beweisen¹³⁵⁶.

Die Einführung strafender Elemente im Antidiskriminierungsrecht wird speziell in Deutschland mit Skepsis behandelt, weil gerade das Zivilrecht nicht für Steuerungszwecke, die rechtspolitischen Erwägungen dienen, eingesetzt werden soll. Kritiker bemängeln vor allem, das Zivilrecht verliere dadurch seine Eigenständigkeit und werde für öffentliche Zwecke instrumentalisiert¹³⁵⁷. Vielfach wird deshalb verlangt, dass der europäische Gesetzgeber den Bedürfnissen der Mitgliedsstaaten weiter entgegenkommen müsse, weil fraglich sei, ob die

¹³⁵⁴ Vgl. *Müller*, MDR 1999, 750; *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (361).

¹³⁵⁵ Eine pönale Wirkung im Sinne der absoluten Straftheorien kommt im Übrigen auch bei einem verschuldensunabhängigen Anspruch nicht in Betracht. Vgl. *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (363).

¹³⁵⁶ Siehe *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (364). Seinem Beispiel der Sorge einer Luftfahrtsgesellschaft um ihre Gäste ist allerdings mit Vorsicht zu begegnen, da diese sich der Gefahren der Luftfahrt bewusst ist, was beim Einstellungsvorgang durch den Arbeitgeber aber fern liegt.

¹³⁵⁷ Siehe *Kloepfer*, NuR 1990, 337 (339).

Staaten sich uneingeschränkt nach dem neu geschaffenen Recht richten und ihr eigenes Recht anpassen müssen. Vertreter dieser einschränkenden Ansicht sind deshalb auch der Auffassung, dass eine supranationale Rechtsordnung, die sich gegenüber anderen Regelungen aus den betreffenden Mitgliedstaaten den Vorrang einräumt, verpflichtet sein sollte, die nationalen Besonderheiten mit in die Rechtsfortbildung einzubeziehen und so deren Wertungen zu berücksichtigen¹³⁵⁸. Dies läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass nur der Mindeststandard festgesetzt werden kann, der dem Rechtszustand gleichkommt, der auch im letzten Mitgliedsstaat einführbar ist.

Für diese Ansicht spricht, dass auch Wertänderungen in einzelnen Staaten, die politisch und ideologisch animiert sein können, jederzeit berücksichtigt werden müssten. Im Schadensersatzrecht hat so z. B. der deutsche Gesetzgeber eine Grundwertung getroffen, die die Entscheidung für das Ausgleichsprinzip beinhaltet. Es ist daher nicht einzusehen, warum bei bestimmten Fällen ein Ersatz über den Schaden hinaus gewährt werden soll.

Gemessen an § 15 AGG bedeutet das, dass die Kopplung von Entschädigungs- und Schadensersatzregelungen an ein noch nicht einmal verschuldetes Verhalten des Arbeitgebers eine Grundentscheidung des deutschen Gesetzgebers unterläuft¹³⁵⁹. Zur Rechtfertigung einer Neuregelung ist es nach Ansicht der Kritiker daher nicht möglich, sich einfach auf die Erfordernisse von Richtlinien und den EuGH zu berufen¹³⁶⁰. Außerdem vertreten sie die Ansicht, dass der EuGH auf Grund mangelnder Kenntnis des deutschen Rechts durch seine Entscheidungen den Bestand und das Gleichgewicht des deutschen Arbeitsrechtssystems stark gefährde¹³⁶¹. Eine so genannte *Juridical correctness* zwingt daher dazu, Normen wie Art. 141 EG oder Art. 3 II 2 GG streng nur nach ihrem Wortlaut auszulegen. Ob das Ergebnis der Auslegung am Ende mit dem Willen des Gesetzgebers oder dem tatsächlichen Ziel, der Verhinderung einer Schlechterstellung bestimmter Menschen, noch etwas gemeinsam hat, ist jedoch äußerst fraglich¹³⁶². Z. B. *Franzen* vertritt zudem die These, dass Richtlinien in jedem Einzelfall hinsichtlich der Frage überprüft werden müssen, ob eine Auslegung des nationalen Rechts notwendig ist. Keinesfalls dürfe das Recht jedenfalls einseitig nur zu Gunsten des Gemeinschaftsrechts ausgelegt werden. Dies gelte umso mehr, als Richtlinien ja gerade ein Instrument zur Schonung des nationalen Rechts darstellen¹³⁶³. Seine Ansicht baut darauf, dass durch Richtlinien ein großer Druck erzeugt wird und ihre Auslegung oft zulasten des nationalen Rechts geschieht.

¹³⁵⁸ Vgl. *Adomeit*, JZ 1993, 846 (848); *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 107.

¹³⁵⁹ Dazu *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (26); *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 90.

¹³⁶⁰ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 226.

¹³⁶¹ Dazu *Heinze*, RdA 1994, 1 ff.; *Zwanziger*, BB 1995, 1404.

¹³⁶² Zum Begriff der *Juridical correctness* und den Schlüssen daraus siehe *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (26).

¹³⁶³ Vgl. *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 471 f.

Gerade wechselnde Prinzipien- und Wertungswidersprüche innerhalb eines großen Systems bzw. Rechtsraums verletzen aber den Gedanken der Gerechtigkeit und stellen deshalb einen Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsätze dar¹³⁶⁴. Vertreter einer weniger konservativen Ansicht verweisen deshalb darauf, dass durch den europäischen Einfluss nur ein bestimmter Bereich des Arbeitsrechts überhaupt betroffen sei. Da die EG-Staaten aber eine vergleichbare Wirtschafts- und Sozialstruktur hätten, seien sehr viele Gemeinsamkeiten vorhanden, die auch die Änderungen durch die Rechtsprechung im Rahmen hielten¹³⁶⁵.

Franzens Ansicht kann dadurch widerlegt werden, dass gerade im Gleichbehandlungsrecht durch das europäische Recht sowohl auf Ebene der Richtlinien als auch durch die entsprechende Rechtsprechung viele Ansätze weitergeführt wurden, die ohnehin bereits im deutschen Recht angelegt waren¹³⁶⁶.

Tatsächlich muss beachtet werden, dass auch die Privatautonomie mittels Kompromissbereitschaft mit den ebenso wichtigen Gütern Vertrauens- und Verkehrsschutz in Einklang gebracht werden muss. Ebenso wichtig ist, dass bestimmte Grenzen nicht überschritten werden, die die Rechtsstaatlichkeit und die Gesetzesbindung der Rechtsprechung betreffen¹³⁶⁷.

Daraus folgt, dass nicht jede Änderung, insbesondere wenn sie auf europäischem Recht beruht, gleich eine „Systemsprennung“ bedeuten muss¹³⁶⁸. Rechtsänderungen sind immer möglich, sofern sie nicht tragende Grundprinzipien aus den Angeln heben oder die Rechtssicherheit dadurch verloren geht. Gerade durch diese Flexibilität zeichnet sich ein gut funktionierendes Rechtssystem aus. Es ist erst bei willkürlichen, undurchdachten Eingriffen in die Regelungssystematik, die über das Maß einer gewöhnlichen Neuregelung hinausgehen, in Gefahr¹³⁶⁹. So kann selbst dort, wo ein Systembruch eigentlich nahe liegt, durch Auslegung erreicht werden, dass Einzelergebnisse aus der Rechtsprechung des EuGH nur als Ausnahmen von der Regel in die hiesige Rechtsordnung integriert werden. Viele Urteile sichern schließlich auch unsere nationalen Wertentscheidungen europarechtlich ab oder lassen den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume¹³⁷⁰.

Den Vertretern einer eher restriktiven Harmonisierungspolitik ist daher nur insofern zuzustimmen, als dass europäische Richtlinien im Hinblick auf ihre einheitliche Geltung im Vorfeld schon besser auf ihre Verträglichkeit hin überprüft werden müssten: Ein Beispiel sei nur

¹³⁶⁴ So *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 225.

¹³⁶⁵ So *Däubler*, Völkerrecht und Europarecht, 619 (649 f.).

¹³⁶⁶ So *Zwanziger*, BB 1995, 1404 (1405), der z. B. darauf verweist, dass keineswegs nach der Rechtsprechung des EuGH bei jeder Ungleichbehandlung eine Angleichung „nach oben“ erforderlich sei.

¹³⁶⁷ *BVerfG* v. 14.02.1973, *BVerfGE* 34, 269 (293) = *NJW* 1973, 1221 ff. (*Soraya*); dazu auch *Wagner*, *AcP* 206 [2006], 352 (424).

¹³⁶⁸ So zu Recht *Zwanziger*, BB 1995, 1404.

¹³⁶⁹ Vgl. *Zwanziger*, BB 1995, 1404.

¹³⁷⁰ Siehe *Zwanziger*, BB 1995, 1404 (1408).

das Erfordernis nach Sanktionen, die aber unabhängig von einem Verschulden zugesprochen werden sollen – der Ansicht, dass diese Handhabung keinen Sinn macht, weil nur bewusstes Fehlverhalten wirksam sanktioniert werden kann, ist zuzustimmen.

Der EuGH agiert durch solche spürbaren Konsequenzen erzieherisch, indem er einem unbewussten Verhalten des Arbeitgebers eine Art *learning-by-doing*-Effekt zugedenkt, der erst dann einsetzt und für folgende Fälle Wirksamkeit einbringt, wenn der Arbeitgeber sich bei der Einstellungspraxis schon einmal sprichwörtlich „die Hand verbrannt“ hat. Diese Art der Diskriminierungsverhinderung wirkt aber eher sozialpolitisch motiviert denn rechtsdogmatisch durchdacht.

Nicht zuletzt zwingt das Subsidiaritätsprinzip die Gemeinschaft gewissermaßen dazu, die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme zu beachten. Dies spricht z. B. auch dafür, ein umfassenderes Europäisches Arbeitsrechtssystem zu schaffen, das übergreifend und nicht nur punktuell eine Geltung beanspruchen sollte. Hierbei hätten die Mitgliedstaaten dann wieder ein Mitspracherecht, ohne von der Rechtsfortbildung des EuGH überrascht zu werden und ihr blindlings folgen zu müssen¹³⁷¹. Insoweit sollte bei den Grenzen der Europäisierung auch gefragt werden, was sinnvoll ist und was besser in der Kompetenzgewalt der Mitgliedstaaten als nationale Gebilde verbleiben sollte¹³⁷². Allerdings entspringen diese Probleme eher einem rechtspolitischen Hintergrund, der mit der Funktionsweise der Gemeinschaft zusammen hängt.

Für das AGG jedenfalls kommen solche Überlegungen nun definitiv zu spät: Das europäische Recht verlangt nachdrücklich nach einer angemessenen Sanktion für diskriminierende Verhaltensweisen. Es hat sich gezeigt, dass insbesondere, wenn die Umsetzung der Vorgaben im Schadensersatzrecht erfolgen sollen, daran besondere Sanktionserwartungen geknüpft sind, die sich auch in § 15 AGG niederschlagen. Das Europäische Recht, das primär liberal geprägt ist, weist damit deutliche soziale Züge auf¹³⁷³. Diese sozialen Züge können in Deutschland zunächst akzeptiert werden, weil auch das Grundgesetz sozialstaatliche Aktivitäten den rechtsstaatlichen Bestrebungen neben geordnet hat¹³⁷⁴.

In Deutschland stand von Anfang an fest, dass die Antidiskriminierungsregeln im Bereich des Zivilrechts umgesetzt werden und auch in diesem Bereich verbleiben sollten. Dies erklärt sich mit der grundsätzlichen Verwurzelung der Rechtsfolgen von Schutzgütern auch immaterieller Art im Zivilrecht¹³⁷⁵. Dabei war aber, wie bereits angedeutet, von Anfang an unklar, wie groß im nationalen Recht der Spielraum für die Einführung solcher Sanktionen überhaupt ist. Fest-

¹³⁷¹ Dies kritisiert *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (22); dazu auch *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 129 ff. (134).

¹³⁷² So auch *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (32).

¹³⁷³ So *Baer*, ZRP 2002, 290 (291).

¹³⁷⁴ So *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 422.

¹³⁷⁵ Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 164 f.

zuhalten ist, dass auch die Einführung der neuen Regelungen zum Antidiskriminierungsrecht sowohl an gemeinschaftsrechtlichen als auch an nationalen Maßstäben zu beurteilen ist¹³⁷⁶.

Sanktion bedeutet aber Strafe. Bei strafenden Elementen im Schadensersatz hat sich der Begriff des „Strafschadensersatzes“ eingebürgert, der hier im weitesten Sinne alle strafenden Elemente bezeichnen soll, sofern sie im Zivilrecht auftauchen. Die Möglichkeit, dass ein sogenannter „Strafschadensersatz“ zu einer Rechtsfolge im deutschen Schadensersatzrecht werden könnte, wird jedoch nach wie vor sehr kontrovers diskutiert¹³⁷⁷.

Dies liegt zunächst an der Struktur des deutschen Haftungsrechts, dass zunächst prinzipiell andere Ziele als Strafe und Abschreckung verfolgt. Denn auch, wenn die Diskussion vornehmlich im Arbeitsrecht stattfindet, handelt es sich dabei dennoch um Grundfragen des Haftungs- und Schadensrechts¹³⁷⁸. Auch in diesen Bereichen ist es nicht nur in der jüngeren Vergangenheit jedoch zu Änderungen gekommen, die die Aufrechterhaltung der Grundlegenden Trennung zumindest anzweifeln lassen¹³⁷⁹.

Für die Frage nach der Integrationsfähigkeit solcher pönaler Elemente in das deutsche Schadensersatzrecht über das AGG muss zunächst erläutert werden, welche Funktionen diese Rechtssystematik bisher übernommen hat und welchen Zweck der Gesetzgeber damit erreichen wollte. Denn generell wird in Deutschland der Trennung von Verwaltungs-, Straf- und Privatrecht große Bedeutung beigemessen. Aus diesem Grunde soll auch jedes Rechtsgebiet nicht für fremde, politisch motivierte Zwecke instrumentalisiert werden¹³⁸⁰. Kurz erläutert werden soll daher, was die Rechtsgebiete bisher als Zielsetzung umfassen.

2. Die Unterschiede zwischen Strafrecht und Zivilrecht

a) Allgemeines

Wiedergutmachung und Strafe – gemeint sind hier die unterschiedlichen Posten des zivilrechtlichen Schadensausgleiches und die staatliche Sanktion als Strafe – sind zunächst historisch und ethisch auf dieselben Wurzeln hinzuführen, da beide eine gemeinsame Reaktion auf unerlaubte Verhaltensweisen darstellen¹³⁸¹. Die Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, unter dessen Begriff auch das Strafrecht fällt, ist typisch europäisch und hat sich

¹³⁷⁶ Vgl. *Staudinger*, NJW 2006, 2433 ff., der insoweit von zwei „Koordinatensystemen“ spricht.

¹³⁷⁷ Vgl. im Überblick zu § 611a BGB z. B. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 131; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einleitung III 2., S. 12 f.; *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 ff.

¹³⁷⁸ Vgl. dazu schon *Brüggemeier*, ZEuP 1998, 752 (753).

¹³⁷⁹ So auch *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (399).

¹³⁸⁰ Siehe *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (355).

¹³⁸¹ Siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 13 ff. zur Historie; ebenso *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 11 f.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Band I/2, § 30 II, S. 169.

in der frühen Neuzeit entwickelt¹³⁸². Eine klare Funktionstrennung ergibt sich auf den ersten Blick seit der Entstehungszeit des BGB um 1900, als das System der Strafen besser ausgebaut wurde und das Zivilrecht komplett vom Strafrecht getrennt wurde¹³⁸³.

Die Trennung von Öffentlichem Recht und Zivilrecht wird jedoch umso undeutlicher, je mehr sie mit Aspekten des modernen Sozialstaates zu tun hat: Der Staat hat gewisse Steuerungsmöglichkeiten, die sich auch auf das Recht der Bürger untereinander, die wiederum die Gesellschaft des Staates darstellen, auswirken¹³⁸⁴. Dabei bleiben dem Staat allerdings gewisse Mittel und Aufgaben überlassen, die allein in seinem Einflussbereich verfolgt werden können¹³⁸⁵. Zumindest der historische Gesetzgeber hat sich deshalb zunächst deutlich für den Ausschluss insbesondere pönaler Aspekte aus dem Zivilrecht entschieden¹³⁸⁶. Das Zivilrecht sollte damit allein ausgleichend wirken und nicht etwa höhere Zwecke als die Regelung der Beziehungen zwischen einzelnen verfolgen. Staatliche Interventionen dagegen finden vor allem dort statt, wo die Gesellschaft nicht in der Lage ist, sich selbst zu kontrollieren und dies zu stark die politisch-sozialen Zielsetzungen eines Staates negativ beeinflusst¹³⁸⁷.

Trotzdem kann das öffentliche Recht auch das Zivilrecht beeinflussen: Das Grundgesetz als Verfassung ist übergreifend die maßgebende Wertordnung. Zwar stellt es keine Ersatzordnung für das Privat- und damit auch das Arbeitsrecht dar. Dennoch müssen durch die Einzelregelungen im Privatrecht auch die Werte der Verfassung geachtet werden, mithin ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit gefunden werden. Sozialstaatliche Aspekte spielen dabei ebenfalls eine wichtige Rolle¹³⁸⁸.

Tragende Elemente sind die Herstellung der (bürgerlichen) Rechtsgleichheit, der allgemeinen Vertrags- und Erwerbsfreiheit, der Freizügigkeit und der Garantie des erworbenen Eigentums. Damit soll die Stellung der freien, selbst bestimmten und erwerbsorientierten Einzelpersonlichkeit gefördert werden. Die Aufteilung kann daher dem Grunde nach nachvollzogen werden: Wer einem anderen rechtswidrig Schaden zufügt, muss diesen Schaden nach zivilrechtlichen Vorschriften ersetzen.

¹³⁸² Dazu im Überblick *Hirsch*, Festschrift für Engisch, S. 304 ff. und *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (422 ff.). Ausführliche Darstellung der Rechtsentwicklung im deutschen Recht bei *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 15 ff.

¹³⁸³ Siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 2; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, III 2, S. 12; *Medicus*, BGB AT Rn. 1; *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 191 f.; *Behr*, Chicago-Kent Law Review Vol. 78 [2003] S. 106.

¹³⁸⁴ Vgl. *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, 396 f.

¹³⁸⁵ Klassische Aufgaben des Staates sind z. B. Rechtspflege, Polizei, Sicherung nach außen; erklärte, aber nicht notwendige Aufgaben sind z. B. Schule und Bildung. Von der staatlichen Gewalt ausgenommen sind dagegen die grundrechtlich verbürgten Freiheiten; vgl. *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 419 f.

¹³⁸⁶ Dazu *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (398) mit Verweis auf Motive II, 17 f.

¹³⁸⁷ Grundlegend dazu *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 395 ff.

¹³⁸⁸ So *Reichold*, ZfA 2006, 257 (258).

Je nach Einzelfall und Verschuldensgrad kann es darüber hinaus zu einer öffentlich-rechtlichen Strafe kommen¹³⁸⁹.

Nach der klassischen Aufteilung bleibt jedoch die Strafe generell immer noch allein dem Strafrecht überlassen und ist kein originäres Instrument des Zivilrechts. Wenn man daher von strafenden Elementen im Zivilrecht sprechen will, muss zunächst geklärt werden, wo genau die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen liegen und was das Wesen der Strafe im Strafrecht ist, bzw. welche Funktion sie im Zivilrecht haben könnte.

b) Strafrecht

(aa) Prinzipien des Strafrechts

Die Wurzeln des Strafrechts als Friedens- und Schutzordnung liegen in sozialem Wertevorstellungen der Rechtsgemeinschaft¹³⁹⁰. Es ist ein Teilgebiet des öffentlichen Rechts, das die Beziehung zwischen Staat und Bürger klärt. Das Strafrecht übernimmt daher Aufgaben, die dem Schutz von Rechtsgütern dienen. Dazu gehört die Sicherung elementarer Grundwerte des Gesellschaftslebens, die Erhaltung des Rechtsfriedens im Rahmen der sozialen Ordnung sowie die Aufgabe, das Recht im Konfliktfall gegenüber dem Unrecht durchzusetzen¹³⁹¹. Dabei ist der Schutz durch das Strafrecht fragmentarisch und nur *ultima ratio* gegenüber den weniger einschneidenden Mitteln der Zivil- oder Verwaltungsrechts¹³⁹². Aus diesem Grunde genießt auch derjenige, der mit den Strafrechtsnormen in Konflikt tritt, umfassende Rechte, die seine Integrität - insbesondere im Hinblick auf die Justizgrundrechte - schützen sollen.

Das Ordnungswidrigkeitenrecht dagegen ist zwar mit dem Strafrecht eng verwandt, jedoch nur eine Art unvollkommenes Strafrecht. Es stellt ein bloßes Verwaltungsunrecht ohne den gewichtigen sozialem Tadel des Kriminalunrechts dar¹³⁹³. Das Strafrecht will nach absoluten Straftheorien mit seiner pönalisierenden Funktion ausschließlich objektiv der Wiederherstellung der Rechtsordnung dienen¹³⁹⁴. Anerkannt sind aber seit dem ersten Abtreibungsurteil insgesamt Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung¹³⁹⁵. Damit schloss sich die Rechtsprechung der Vereinigungstheorie an, die Strafrecht nicht mehr losgelöst von sozialen Gesichtspunkten betrachtet und sie auch nicht mehr auf den Aspekt der Vergeltung reduziert¹³⁹⁶.

¹³⁸⁹ Siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 2.

¹³⁹⁰ Siehe *Kaufmann*, JuS 1978, 361; *Müller*, Punitive Damages, S. 35.

¹³⁹¹ So *BVerfG* v. 19.06.1979; BVerfGE 51, 324 (343) = NJW 1979, 2349 ff.

¹³⁹² Dazu *Beulke*, Strafrecht, Rn. 9.

¹³⁹³ Vgl. *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Rn. 6.

¹³⁹⁴ Zu den Straftheorien siehe *Roxin*, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 2 f.

¹³⁹⁵ *BVerfG* v. 21.06.1977, BVerfGE 45, 187 (253).

¹³⁹⁶ Vgl. *Wagner*, AcP 206 [2006], S. 352 (362).

Der Vergeltungszweck allein kann also auch die Strafe nicht rechtfertigen. Dies bedeutet zunächst aber nur, dass die Kriminalstrafe viele Zwecke hat.

(bb) Begriff der Kriminalstrafe

Die Strafe im Allgemeinen bietet nach herkömmlichem Verständnis die Möglichkeit, auf ein begangenes Unrecht, das durch den Bruch von festgelegten Gesetzesregeln indiziert ist, zu reagieren. Kennzeichen der Strafe ist weiterhin, dass sie demjenigen, der einen Gesetzesbruch begangen hat, seinerseits etwas schlechtes zufügt¹³⁹⁷. Der Strafe zugänglich sind daher nur solche Taten, die bereits durch das Gesetz damit bedroht sind. Ohne ein entsprechendes Gesetz kann es keine Strafe geben¹³⁹⁸. Vom Gesetzgeber wird deshalb eindeutig und von vorn herein entschieden, welche Tatbestände bestraft werden. Die Strafe als Kriminalstrafe muss daher innerhalb der rechtsstaatlichen Grenzen verbleiben und unterliegt z. B. dem Gesetzlichkeitsprinzip, dem Schuldgrundsatz und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit¹³⁹⁹. Voraussetzung für eine Bestrafung ist immer das Verschuldensprinzip, wobei subjektive Elemente eine wichtige Rolle spielen. So wird z. B. auch bei der Strafzumessung grundsätzlich das Maß der Schuld berücksichtigt¹⁴⁰⁰. Das Strafrecht blickt dementsprechend verstärkt auf den Schädiger und bestimmt die Strafe ausgehend von seinem Handeln¹⁴⁰¹. Die Strafe ist deshalb auch das Instrument, mit dem der Staat wohl am einschneidendsten und deutlichsten zeigen kann, welche Mittel ihm zur Durchsetzung seiner Rechtsnormen zur Verfügung stehen¹⁴⁰².

Die Strafe hat verschiedene Funktionen: Nach den heute vorherrschenden so genannten Vereinigungstheorien werden Sühne, General- und Spezialprävention bei der Strafe nebeneinander gestellt¹⁴⁰³. Die Strafe soll damit einerseits der Verbrechensverhütung, andererseits der Vergeltung dienen¹⁴⁰⁴. Allerdings ist die Frage der Prävention nicht so eindeutig geklärt wie die der Strafe. Soweit die Strafe präventiv wirkt, hat sie Verbrechensvorbeugung zum Ziel¹⁴⁰⁵. Grenzwertig werden Institute wie der Täter-Opfer-Ausgleich angesehen, die seit 1999 im Prozessrecht fest verankert sind, weil sie das Opfer zu sehr in den strafrechtlichen Fokus rücken, obwohl ausgleichende Gesichtspunkte dem Zivilrecht vorbehalten sein sollen¹⁴⁰⁶. Diese An-

¹³⁹⁷ Vgl. z. B. *Hirsch*, Festschrift für Engisch, S. 304 (316); *Hortner*, Strafgedanke, S. 4 f.

¹³⁹⁸ Zum Grundsatz *nullum crimen sine lege* und *nulla poena sine lege* siehe z. B. *Schönke/Schröder*, StGB, § 1 Rn. 1 ff.; *Hugger*, NSStZ 1993, 421 (423).

¹³⁹⁹ Vgl. *Mir Puig*, ZStW 1983, 413.

¹⁴⁰⁰ Vgl. *Fischer*, StGB, § 1, Rn. 10 f.; *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (405 f.).

¹⁴⁰¹ So differenziert z. B. *Kern*, AcP 191 [1991], 247 (254).

¹⁴⁰² Siehe *Mir Puig*, ZStW 1983, 413.

¹⁴⁰³ Zu den Strafrechtstheorien siehe *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Rn. 11 ff.

¹⁴⁰⁴ So z. B. *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 5 ff.; *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (402). Zur Funktion der Strafe im Speziellen siehe auch *Mir Puig*, ZStW 1983, 413 (417).

¹⁴⁰⁵ Siehe *Müller*, Punitive Damages, S. 38.

¹⁴⁰⁶ Dazu *Lüderssen* in: Festschrift für Hirsch, S. 879 (890 ff.; insb. Fn. 29); *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (356).

sicht mag doktrinär wirken¹⁴⁰⁷, jedoch soll das Strafrecht eben nicht als Mittel eingesetzt werden, um gesellschaftlichen Missstand jedweder Art zu beseitigen oder ausgleichend zu wirken. Verhaltenssteuerung bleibt dem Ordnungswidrigkeitenrecht, dem Verwaltungsrecht und dem Zivilrecht überlassen¹⁴⁰⁸. Die Rechtsordnung unterscheidet seit geraumer Zeit zwischen Kriminalstrafen und Bußen als staatlicher Reaktion auf Ordnungswidrigkeiten. Nur die Kriminalstrafe ist echte Strafe, die mit dem Schuldvorwurf verbunden ist. Der Buße im Ordnungswidrigkeitsverfahren fehlt dagegen der "Ernst der staatlichen Strafe", da sie z. B. nicht als Vorstrafe zählt¹⁴⁰⁹. Bestrafung und Abschreckung sind nach deutschem Verständnis Ziele der Kriminalstrafe, die gegebenenfalls als Geldstrafe dem Staat zukommt (§§ 46 ff. StGB)¹⁴¹⁰. Das Strafrecht ist dementsprechend dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Das Strafmonopol liegt überdies beim Staat, wo Kompensationsgedanken eine allenfalls untergeordnete Rolle beim Verfahren spielen¹⁴¹¹. Trotzdem blendet auch das Strafrecht das Opfer nicht völlig aus, sondern kann dessen Lage im Rahmen der Strafzumessung und bei der Höhe des durch die Tat entstandenen Schadens mitberücksichtigen. Insofern hängen Schuld und Unrecht des Täters durchaus auch vom Opfer ab¹⁴¹². Die Strafe darf daher in einem demokratischen Staat niemals Selbstzweck werden, sondern muss sich streng innerhalb der Gesetzmäßigkeiten und insbesondere im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegen. Die Strafe soll die einzelnen Bürger schützen und wirkt daher in bedeutendem Maße präventiv, soll aber ebenso in gewichtigem Maße sanktionieren. Das Strafrecht macht sich dabei die Mittel der Geldstrafe, Freiheitsstrafe und eher präventiv wirkenden Nebenstrafen zu Nutze¹⁴¹³.

c) Zivilrecht bzw. Schadensersatzrecht

(aa) Prinzipien des Zivilrechts

Das Zivilrecht soll für einen gerechten Ausgleich zwischen zwei Privatpersonen, die in einem Interessenkonflikt stehen, sorgen¹⁴¹⁴. Das deutsche Haftungs- und Schadensersatzrecht wird deshalb primär vom Gedanken des Ausgleichs geprägt. Neben der vertraglichen Haftung gibt es insbesondere das Schadensersatzrecht, das Nachteile ausgleicht (vgl. §§ 823 ff. BGB), das

¹⁴⁰⁷ Dazu *Schöch*, NStZ 1984, 385 (387); *Roxin*, FS Baumann, S. 243 (247).

¹⁴⁰⁸ So *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (355), der das Strafrecht als ein zu scharfes Schwert einordnet, um damit gegen Probleme vorzugenehen, die auch durch die anderen Rechtsgebiete gelöst werden könnten. Zur Abgrenzung von Ordnungswidrigkeiten und Strafrecht: *BVerfG* v. 06.06.1967, BVerfGE 22, 49 (79) = NJW 1967, 1219.

¹⁴⁰⁹ Zur Abgrenzung von Ordnungswidrigkeiten und Strafrecht: *BVerfG* v. 06.06.1967, BVerfGE 22, 49 (79) = NJW 1967, 1219; *BVerfG* v. 04.02.1959, BVerfGE 9, 167 (171).

¹⁴¹⁰ So *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im europäischen Arbeitsrecht, S. 122.

¹⁴¹¹ Z. B. beim Täter-Opfer-Ausgleich, so *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 214; ähnlich *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (363).

¹⁴¹² Z. B. *Lüderssen* in: Festschrift für Hirsch, S. 879 (890 f.).

¹⁴¹³ Vgl. *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Rn. 95 ff.

¹⁴¹⁴ Siehe *Müller*, Punitive Damages, S. 35.

Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, das eingriffsbedingte Nachteile durch Verletzenden rückgängig macht (vgl. §§ 812 ff. BGB) sowie negatorische Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassen (z. B. § 1004 BGB)¹⁴¹⁵. Schadensausgleich und Schadensverteilung unterliegen dem Grundsatz der Totalreparation¹⁴¹⁶. Nur ausnahmsweise ist es möglich, dass bei immateriellen Schäden eine angemessene oder billige Entschädigung in Geld gewährt wird¹⁴¹⁷. Dies ergibt sich aus § 253 BGB, der eine Ausnahmegesetz darstellt¹⁴¹⁸.

Dies liegt vor allem daran, dass der Ausgleichsgedanke im Zivilrecht nicht mehr so eindeutig umgesetzt werden kann, wo es bei Nichtvermögensschäden schwierig wird, die Höhe des Schadens zu bestimmen¹⁴¹⁹. Insbesondere die Schrankenregelungen des Zivilrechts, z. B. § 138 BGB oder auch das Verbraucherschutzrecht bezwecken den Schutz des Vertragspartners vor einer Übervorteilung und sollen damit Austauschgerechtigkeit garantieren¹⁴²⁰. Ein Schadensersatzanspruch setzt daher voraus, dass eine schuldhaft, rechtswidrige Verletzung geschehen ist, die kausal für einen tatsächlich eingetretenen Schaden war¹⁴²¹. Bei der Bemessung von Schadensersatz und Entschädigung wird dabei immer auf den Geschädigten gesehen, niemals auf den Schädiger¹⁴²².

Sanktion und Verhaltenssteuerung als „fremde Zwecke“ sind diesem System daher nach der bisherigen herrschenden Ansicht nicht eigen¹⁴²³, weil sie bewusst aus dem BGB verbannt werden sollten¹⁴²⁴. Für einen bestrafenden Charakter scheint der Rechtsbereich daher wenig offen zu sein¹⁴²⁵: Das deutsche Schadensersatzrecht kennt in erster Linie das Prinzip der Wiedergutmachung, also bloßen Kompensation, wobei der Differenzhypothese gefolgt wird¹⁴²⁶.

Möglich ist neben der Naturalrestitution auch die finanzielle Wiedergutmachung. Es geht zunächst um den Ausgleich tatsächlicher materieller, aber gegebenenfalls auch immaterieller

¹⁴¹⁵ Zu Funktionen des Haftungsrechts siehe *Bullinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte, S. 298 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einleitung III 2, S. 9 ff.; *Müller*, Punitive damages, S. 2; *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (359). Überblick bei *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 12.

¹⁴¹⁶ Zur Berechnung bei Vermögensschäden siehe *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 6, S. 248 ff.; bei Immateriellen Schäden *dies.*, Schadensrecht, § 7, S. 423 ff.; zum Schadensbegriff siehe *Müller*, Punitive Damages, S. 73 ff.

¹⁴¹⁷ Vgl. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Band I, § 30 I, S. 167; zum Begriff des Schadensersatzes auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 24 ff. und S. 41 zum vollständigen Schadensausgleich.

¹⁴¹⁸ Dazu z. B. *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 192.

¹⁴¹⁹ Vgl. *Ebert*, Privatstrafe, S. 2.

¹⁴²⁰ Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 83.

¹⁴²¹ So z. B. grundlegend *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 24.

¹⁴²² Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einleitung III 2, S. 9; Überblick: *Müller*, Punitive Damages, S. 72 ff.

¹⁴²³ So z. B. *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 191; *Wagner*, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, S. A 75.

¹⁴²⁴ Vgl. *Mugdan*, Band II, S. 17 ff., auch S. 724 ff., 747 (Sachbeschädigungen), oder 793 f. (Körperverletzungen).

¹⁴²⁵ So kritisch z. B. *Brüggemeier*, ZEuP 1998, 752 (765); *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 116; *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (27); *Hay*, FS Stoll, 521 (525).

¹⁴²⁶ Vgl. Palandt/*Heinrichs*, Vorbem. zu § 249 BGB Rn. 4, auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 28 f.; speziell im Zusammenhang mit dem Antidiskriminierungsrecht z. B. *Kandler*, Sanktionregelungen, S. 215 und *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (414).

Schäden¹⁴²⁷. Bisher wurde angenommen, dass im Normalfall selbst das Schmerzensgeld keinen vorrangig pönalen Charakter habe, sondern nur dem Ausgleich entstandener Unannehmlichkeiten diene¹⁴²⁸. Schadensersatz und Entschädigung speziell im Arbeitsrecht dienen dazu, für das Fehlschlagen von Vertragsverhandlungen das positive Interesse zu ersetzen und Ersatz wegen der Persönlichkeitsrechtsverletzung, die auf Grund der Diskriminierung erfolgte, zu verschaffen¹⁴²⁹. Im wesentlichen ist daher die Hauptfunktion des deutschen Schadensersatzrechts der Ausgleich, der außerdem der Verhältnismäßigkeit unterworfen ist. Wenn Zivilrecht allein dazu da ist, interpersonale Interessenkollisionen aufzulösen, verbieten sich damit auch überkompensierende Präventionszuschläge¹⁴³⁰.

Allerdings dienen zivilrechtliche Regelungen auch gleichzeitig dem Ziel, Rechtsverletzungen zu vermeiden, weil viele der betreffenden Anspruchsgrundlagen zukunftsgerichtet sind¹⁴³¹. Diese Funktion des Schadensrechts dient damit präventiven Zwecken. Es kann dem Zivilrecht somit nicht ganz abgesprochen werden, dass es eine verhaltenssteuernde Funktion enthält¹⁴³². Zivilrecht wirkt nicht ausschließlich ausgleichend, sondern trifft im Sinne der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung auch andere Bestimmungen. Dabei erfolgt grundsätzlich bei jeder negativen Folge auf eine Rechtsverletzung hin eine Art Prävention durch aufzuerlegende Ersatzpflichten, die den Handelnden vom Fehlverhalten abhalten sollen¹⁴³³. Anhaltspunkte für pönale Aspekte ergeben sich daher vor allem bei fünf alternativ oder kumulativ zusammen treffenden Konstellationen: Erstens bei einer bewussten Nachbildung des Strafrechts, zweitens bei einer Verbindung eines Entschädigungsanspruches mit der strafrechtlichen Verurteilung eines Schädigers, drittens bei jedem Einfluss des Verschuldensgrades auf die Haftung des Schädigers, viertens in den Fällen der Gewährung einer Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden, sowie fünftens bei allen anderen Formen einer von Gesetzes wegen, unabhängig vom Willen der Parteien erfolgenden Sanktionierung eines Fehlverhaltens eines oder mehrerer Beteiligten¹⁴³⁴. Rechtsfolgen, die der Schadensverhütung dienen, wirken folglich zukunftsbezogen, Rechtsfolgen, die der Wiedergutmachung dienen, sind vergangenheits- oder tatbezogen¹⁴³⁵. Tragendes Prinzip des deutschen Haftungsrechts ist daher nicht nur der Ausgleich, sondern vielmehr auch Kompensation und Prävention. Gegebenenfalls wirkt eine die

¹⁴²⁷ Vgl. *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 628 ff. Zur Unterscheidung zwischen immateriellem Schaden und immateriellen Rechtsgütern siehe auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 74.

¹⁴²⁸ Vgl. z. B. *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (36); *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (336); *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (413), jeweils mit weiteren Nachweisen. Anderer Ansicht schon *Müller*, Punitive Damages, S. 57 ff.

¹⁴²⁹ Allgemein *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 91.

¹⁴³⁰ Vgl. *Müller*, Punitive Damages, S. 40 ff.

¹⁴³¹ So z. B. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 12.

¹⁴³² Zum Begriff der Prävention im Zivilrecht z. B. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 128.

¹⁴³³ So formuliert *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (399 f.).

¹⁴³⁴ Diese Gruppierung nimmt *Ebert*, Pönale Elemente, S. 251, vor.

¹⁴³⁵ Dies vertritt *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 16.

Haftungsrisiken beschränkende Streuung risikoverringend. Dies ist vornehmlich im Rahmen des Versicherungsschutzes möglich¹⁴³⁶.

Prävention im Zivilrecht wird vornehmlich durch negatorische Rechtsfolgen, wie z. B. Unterlassungspflichten¹⁴³⁷, erreicht. Präventiver Rechtsschutz mittels z. B. negatorischer Ansprüche kann seinen Zweck jedoch nur dann erfüllen, wenn die bloße Pflicht, ein bestimmtes verletzendes Verhalten zu unterlassen, den potenziellen Verletzer auf Grund des in der Unterlassungspflicht liegenden moralischen Appells sowie angesichts der drohenden Kosten von seiner Verletzung tatsächlich abzuhalten vermag¹⁴³⁸. Allein der Appell durch das Gesetz, dass z. B. eine Diskriminierung zu unterlassen ist, wirkt daher oftmals nicht nachhaltig, weil der Verletzer nichts zu befürchten hat. Die Frage ist nun, ab wann man von einer „Privatstrafe“ sprechen kann. Dabei muss zwingend zwischen Sanktion und Prävention differenziert werden, da diese Aspekte zwar theoretisch beide dem Begriff der Strafe unterfallen, aber zeitlich unterschiedlich beim verbotenen Verhalten ansetzen.

(bb) Begriff der Privatstrafe

Auch im Zivilrecht bietet die Strafe die Möglichkeit, auf ein begangenes Unrecht, das durch den Bruch von festgelegten Gesetzesregeln indiziert ist, zu reagieren¹⁴³⁹. Problematisch ist, dass das Zivilrecht nicht, so wie etwa das Strafrecht, einen abschließenden Straftatenkatalog hat¹⁴⁴⁰. Ein Strafcharakter von Normen im Zivilrecht ist daher dann anzunehmen, wenn die Rechtsfolge einer Norm nicht nur der Kompensation dient, sondern darüber hinaus geht. Die „Privatstrafe“ kann daher beschrieben werden als eine „in die Bahnen des Rechts geleitete Form der Rache“¹⁴⁴¹. Privatstrafen sind vornehmlich aus dem römischen Recht bekannt¹⁴⁴². Ihre Urform ist das *lex talionis*, das im *Alten Testament* die Blutrache umschreibt¹⁴⁴³. Ziel war es, Gleiches mit Gleichem zu vergelten, wobei es auf ein Verschulden nicht ankam¹⁴⁴⁴. Im römischen Recht wurden spezielle Klagen entwickelt, die als Strafklagen geltend gemacht werden konnten. Sie richteten sich auf Bußen (*actio iniuriarum*), den Ersatz von beschädigten Sachen, deren Wert nach einer für den Kläger positiven Rückrechnung und bei Leugnen des

¹⁴³⁶ Zu dieser Komponente, die bezeichnenderweise ebenfalls aus dem amerikanischen Raum stammt, siehe *Brüggemeier*, Prinzipien des Schadensrechts, S. 4 ff.

¹⁴³⁷ Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 22, der auf § 1004 BGB, der insoweit auch kein Verschulden voraussetzt, verweist.

¹⁴³⁸ So formuliert *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 500.

¹⁴³⁹ Vgl. z. B. *Hirsch*, Festschrift für Engisch, S. 304 (316); *Hortner*, Strafgedanke, S. 4 f.

¹⁴⁴⁰ Z. B. *Hortner*, Strafgedanke, S. 4.

¹⁴⁴¹ Dies ist zu finden bei *Bentert*, Das pönale Element, S. 12.

¹⁴⁴² Eine umfassende Darstellung der historischen Grundlagen der Privatstrafe soll hier nicht erfolgen. Siehe dazu die weiterführenden Hinweise, insbesondere geschichtliche Ausführungen bei *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 15 ff. und *Ebert*, Pönale Elemente, S. 7 ff.

¹⁴⁴³ Dazu z. B. *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 2 f.

¹⁴⁴⁴ Dazu *Bentert*, Das pönale Element, S. 12 f.

Täters doppelt bestimmt wurde (*actio legis Aquiliae*), und auf Ersatz von gestohlenen Sachen nach dem doppelten oder sogar vielfachen Wert (*actio furti*). Bis auf die letztere wurden diese Privatstrafen auch in Deutschland rezipiert¹⁴⁴⁵.

Wenn negative Folgen aus Anlass von Rechtsverletzungen sich nicht mehr ausschließlich in einem Ausgleichsanspruch erschöpfen, sondern zusätzlich der Rechtsverletzer mehr leisten muss, als er durch sein Fehlverhalten gewonnen hat, kann man von einer Sanktion sprechen. Auch durch eine solche „Strafe“ wird somit im Einzelfall der Präventionsgedanke verwirklicht. Wenn eine Strafe in das Zivilrecht integriert ist, spricht man von einer „Privatstrafe“¹⁴⁴⁶. Die Privatstrafe unterscheidet sich vom Schadensersatz dadurch, dass sie auf den Verletzer abzielt und ihm für sein Tun Strafe auferlegt. Sie ist deshalb vor allem vom Verschulden abhängig¹⁴⁴⁷. Kennzeichnend für die Privatstrafe ist außerdem, dass der Verletzte allein entscheidet, ob eine Vergeltung der Tat erfolgen soll oder nicht, weil er selbst dafür sorgen muss, dass die Strafe vollstreckt wird. Anders als die Kriminalstrafe fällt das dabei gewonnene „Plus“ aber stets einer anderen Privatperson zu und nicht etwa dem Staat. Die Privatstrafe ist von der Kriminalstrafe daher auch dadurch zu unterscheiden, dass sie dem Opfer dient und nicht der Rechtsgemeinschaft¹⁴⁴⁸. Zivilrechtliche Strafen können in der Theorie sowohl in der Zahlung von Geld, als auch im Verfall von Rechten bestehen. Die so genannte „Privatstrafe“ kann zudem niemals im Freiheitsentzug bestehen¹⁴⁴⁹.

Im engeren Sinne ist die Privatstrafe als allein strafendes Institut zu verstehen, das genauso wie das Strafrecht dem Hauptzweck nach sanktioniert¹⁴⁵⁰. Diese Privatstrafe im engeren Sinne gibt es heute nach der herrschenden Auffassung nicht mehr, weil sie spätestens im 20. Jahrhundert abgeschafft wurde, da das Strafrecht sich zunehmend umfassender entwickelte¹⁴⁵¹.

(cc) Der Gedanke der Prävention

Im Zusammenhang mit den Richtlinien und einer Umsetzung in das deutsche Zivilrecht taucht häufig auch der Gedanke der Prävention auf. Der Begriff der Prävention stammt vom lateinischen Wort *praevenire* ab. Es bedeutet „zuvorkommen“ oder „überholen“¹⁴⁵². Prävention wird häufig nur in Zusammenhang mit dem Strafrecht gebracht¹⁴⁵³. Aber auch im Zivilrecht

¹⁴⁴⁵ Vgl. *Bentert*, Das pönale Element, S. 14.

¹⁴⁴⁶ Zum Begriff der Privatstrafe siehe *Grossfeld*, Die Privatstrafe und *Ebert*, Pönale Elemente, Teil B.

¹⁴⁴⁷ Siehe *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 515 ff.; *Hortler*, Strafgedanke, S. 4.

¹⁴⁴⁸ Siehe *Grossfeld*, Die Privatstrafe, S. 9, dran angelehnt auch *Müller*, Punitive Damages, S. 55.

¹⁴⁴⁹ Vgl. *Kern*, AcP 191 [1991], 247 (271); *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (405).

¹⁴⁵⁰ So die Beschreibung der Straffunktion auch von *Bentert*, Das pönale Element, S. 6.

¹⁴⁵¹ So *Bentert*, Das pönale Element, S. 15; *Hortler*, Strafgedanke, S. 14 ff.; *Müller*, Punitive Damages, S. 55, a. A. allerdings *Ebert*, Pönale Elemente, S. 578.

¹⁴⁵² Zur Bedeutung *Löwe*, Gedanke der Prävention, S. 23.

¹⁴⁵³ Dazu *Schmidt*, KritV 1986, 83 (86).

wird eine präventive Funktion von Rechtsfolgenregelungen anerkannt, die der Verhaltenssteuerung dient. Prävention ist dabei die Menge aller Maßnahmen, die darauf ausgerichtet ist, zukünftige unerwünschte Ereignisse zu verhindern¹⁴⁵⁴. Bei der Prävention muss die drohende Nachteilszufügung für den Betroffenen im Vorfeld erkennbar sein. Des Weiteren muss der angedrohte Nachteil einen Anreiz bieten, die Rechtsverletzung zu unterlassen¹⁴⁵⁵. Während die Sanktion dort ansetzt, wo bereits ein Unrecht geschehen ist, sollen präventive Gesetze solche Rechtsverletzungen von vorn herein verhindern. Prävention kann durch bloße Normensetzung bis zum aktiven Handeln alles beinhalten, was geeignet ist, einen bestimmten Zustand zu vermeiden. Prävention kann auch dadurch verwirklicht werden, dass positive Anreize für ein rechtstreu Verhalten gegeben werden¹⁴⁵⁶. Prävention wird jedoch maßgeblich dadurch erreicht, dass für den Fall des Gesetzesverstößes den Handelnden eine Sanktion trifft. Prävention ist daher ohne die Folge der Sanktion selten als wirksames Instrument zur Einhaltung des Rechts anzusehen¹⁴⁵⁷. Auch der Gedanke der Prävention steht daher mit dem Prinzip des Ausgleichs in einem Spannungsverhältnis¹⁴⁵⁸. Für diese Arbeit soll vor dem Hintergrund der europäischen Anforderungen, die auf Abschreckung bestehen, jedenfalls eine abschreckende Form der Prävention zu Grunde gelegt werden.

(dd) Neuere Ansätze zur Pönalisierung des Privatrechts

Wenn man davon ausgeht, dass § 15 AGG – endlich – eine Norm darstellt, die den europäischen Anforderungen in der Theorie und in der Anwendung gerecht wird, muss dies noch lange nicht mit einer völligen Kehrtwende im deutschen Recht verbunden sein und zu einer „Systemsprenkung“ führen¹⁴⁵⁹. Die erste gravierende Änderung im deutschen Antidiskriminierungsrecht hat nämlich bereits durch die Aufnahme des Prinzips der Gleichstellung in die Verfassung durch Art. 3 II 2 GG stattgefunden. Mit dieser grundlegenden Entscheidung hat sich der Gesetzgeber letztlich selbst eine neue Aufgabe auferlegt: Insbesondere im Bereich der Geschlechtsdiskriminierung beim Arbeitsrecht mussten Regelungen geschaffen werden, die einem Grundsatz gerecht werden sollten, der bisher so nicht existiert hatte, weil nur die Gleichbehandlung bekannt war¹⁴⁶⁰. Ein Ineinandergreifen von positiven Maßnahmen und Diskriminierungsschutz ist bisher auch schon aus dem amerikanischen Recht bekannt: *Title*

¹⁴⁵⁴ Angelehnt an *Hortner*, Strafgedanke, S. 7; zum Präventionsgedanken auch *Löwe*, Gedanke der Prävention, S. 23 und *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 224 f.

¹⁴⁵⁵ So prägnant *Hortner*, Strafgedanke, S. 8.

¹⁴⁵⁶ Zu den Möglichkeiten der Prävention siehe *Löwe*, Gedanke der Prävention, S. 24.

¹⁴⁵⁷ Kritisch dagegen *Löwe*, Gedanke der Prävention, S. 24.

¹⁴⁵⁸ So auch *Löwe*, Gedanke der Prävention, These 4, S. 256.

¹⁴⁵⁹ Begriff der Systemsprenkung z. B. im Rahmen einer Untersuchung zu § 241 a BGB, § 661 a BGB und 611 a BGB bei *Hortner*, Strafgedanke, S. 197 f.

¹⁴⁶⁰ Zu dieser Unterscheidung siehe oben und Fastrich, RdA 2000, 65 (67).

VII *Civil Rights Act* erlaubt den Gerichten ebenfalls, den Arbeitgeber hinsichtlich positiver Maßnahmen zu verpflichten¹⁴⁶¹.

Das Problem besteht also weniger in der angeblich uninformierten und rücksichtslosen Rechtsprechung des EuGH, sondern vielmehr darin, dass der Gesetzgeber die eingeräumten Gestaltungsspielräume auch nutzen muss, um systemkonforme wirksame Regelungen zu treffen. Vertreten wird deshalb, dass die Rechtspraxis einen eher pragmatischen Ansatz zu wählen hat, der sich daran orientieren muss, dass eine „normative Gewöhnung“ an die Ansichten des EuGH eintreten könne¹⁴⁶². Es sollte aber Sache des nationalen Gesetzgebers sein, die Sanktionen an sich zu bestimmen¹⁴⁶³.

Schließlich gibt es im deutschen Rechtssystem auch immer wieder Ausnahmen von der Regel, die insbesondere im Rahmen der Rechtsprechung oft einzig durch rechtspolitisch-ideologisch-praktische Gründe erklärt werden können. Es ist daher durchaus denkbar, dass eine Regelung mit strafender Rechtsfolgenseite in Deutschland auch ohne komplette Kehrtwende haltbar ist: Im Hinblick auf die Rechtsentwicklungen der letzten Jahrzehnte ist sogar ernsthaft zu bezweifeln, dass das Zivilrecht gänzlich ohne pönale Aspekte auskommt. So wirft *Müller* immerhin die Frage auf, ob nicht der von der Rechtsprechung zuerkannte Schadensersatz in Wahrheit oft eine „verschleierte“ und faktisch praktizierte Privatstrafe darstellt¹⁴⁶⁴. *Ebert* dagegen vertritt sogar die These, dass die Privatstrafe nie abgeschafft wurde¹⁴⁶⁵. Wenn man also davon ausgeht, dass pönale Aspekte zumindest auch im Privatrecht denkbar sind, kann man das Recht auf solche Schnittstellen hin untersuchen und ausgehend von diesen Ergebnissen auch herausfinden, ob § 15 AGG möglicherweise eine Form der Privatstrafe darstellt¹⁴⁶⁶.

Kompensation und Strafe sind dabei zu unterscheiden. Mit dem Argument, dass manche Sanktionen nichts anderes als Schadenswiedergutmachung beinhalten würden, wird zwar noch vertreten, dass Kompensation und Strafe nichts unterschiedliches seien¹⁴⁶⁷. Allerdings ist es durchaus sinnvoll, hier zu differenzieren, weil die betreffenden Normen in der Regel entweder strafender Natur sind und „nebenher“ kompensieren, oder aber kompensierende

¹⁴⁶¹ Z. B. Quoten oder flexible Einstellungsrichtzahlen; siehe *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 194.

¹⁴⁶² Dies vertritt letztendlich auch *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 127, weil den Anforderungen des europäischen Rechts letztlich Folge zu leisten ist.

¹⁴⁶³ So *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (26).

¹⁴⁶⁴ Vgl. *Müller*, Punitive Damages, S. 55.

¹⁴⁶⁵ Siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 578.

¹⁴⁶⁶ Bereits 1961 vertrat *Großfeld*, Die Privatstrafe, die Wiederbelebung der Privatstrafe zur Absicherung der ideellen Rechtsgüter.

¹⁴⁶⁷ Siehe z. B. statt vieler *Großfeld*, Privatstrafe, S. 125 f.

Normen nur *auch* – sozusagen als Nebeneffekt – strafen. Eine Trennung ist daher möglich und wichtig¹⁴⁶⁸.

Zivilrecht kompensiert in erster Linie, kennt aber auch Ausnahmen: Es existieren tatsächlich auch im deutschen Zivilrecht Fälle, in denen die herkömmlichen Prinzipien des Ausgleichs durchbrochen werden und auch das pönale Prinzip im Gesetz verankert ist¹⁴⁶⁹. Sie sind auch im Haftungsrecht des BGB zu finden und berühren das Schadensersatzrecht sogar in erheblichem Maße.

Es soll daher an dieser Stelle ein ausschnittsartiger Überblick erfolgen, um bereits vorhandene pönale Aspekte im Zivilrecht aufzuzeigen. Außerdem soll geklärt werden, ob es sich um Privatstrafen handeln kann. Die folgenden Konstellationen sind dabei Beispiele und erheben keinen Anspruch auf die Vollständigkeit einer Auflistung pönaler Aspekte im Zivilrecht¹⁴⁷⁰. Im Hinblick auf § 15 AGG als vertragliche Haftung sind für diese Arbeit vornehmlich Beispiele ausgewählt worden, die mit vertraglichen oder vorvertraglichen Beziehungen zusammen hängen oder zumindest an das Vertragsrecht angelehnt sind. Weiterhin ist auch das Deliktsrecht insbesondere im Hinblick auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, an die der Entschädigungsanspruch aus § 15 II AGG angelehnt ist, von Interesse.

IV. Ausnahmen vom Kompensationsgrundsatz

1. Die „Strafen“ im Vertragsrecht

a) Allgemeines

Obwohl das deutsche Recht sogar verfassungsrechtlich garantiert dem Grundsatz des bloßen Ausgleichs den Vorrang einräumt, gibt es trotzdem Ausnahmen vom Grundsatz der ausschließlichen Kompensation. Diese Ausnahmen haben sich die Gerichte in der Vergangenheit auch zu Nutze gemacht, um den Anforderungen des Europäischen Rechts entgegen zu kommen. Sogar im Vertragsrecht existieren Anreize, sich gesetzestreu zu verhalten, weil anderenfalls die Gefahr besteht, Verluste zu machen: Den säumigen Schuldner treffen Schadensersatzpflichten und der Gläubiger trägt gegebenenfalls die Untergangsgefahr. Daher wird sogar vertreten, dass das Vertragsrecht nichts anderes sei als ein System der Anreize, das mit einer

¹⁴⁶⁸ Zur (notwendigen) Unterscheidung z. B. *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 229 ff.

¹⁴⁶⁹ Dazu z. B. *Lüderssen* in: Festschrift für Hirsch, S. 879 (890 f.).

¹⁴⁷⁰ Über die folgenden Darstellungen hinaus existieren z. B. noch § 54g UrhG sowie der pauschale Schadensersatz, siehe *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 531 bzw. 533. Umfangreiche Darstellungen finden sich bei *Bentert*, Das pönale Element, S. 58 ff.; *Ebert*, Pönale Elemente, S. 247 ff.; *Horster*, Strafgedanke, S. 19 ff., *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 234 ff.

Verschlechterung der Situation bei Gesetzesverstößen droht¹⁴⁷¹. Die Existenz pönaler Elemente wird z. B. im Zusammenhang mit Vertragsstrafen, Vereinsstrafen und Betriebsbußen, bei § 890 ZPO sowie auch beim früheren § 611 a BGB diskutiert¹⁴⁷². Einzelne Aspekte (möglicherweise) verhaltenssteuernder Normen sollen im Folgenden daher dargestellt werden.

b) Die Vertragsstrafe, § 339 BGB

Am ehesten einer pönalen Struktur zuzuordnen sind diejenigen Normen, die ausdrücklich Privaten das Recht einräumen, selbst einen anderen Privaten einer Strafe, Buße oder ähnlichen Sanktion zu unterwerfen. Strafen, die im Gesetz auch konkret als solche bezeichnet werden, drohen im Zivilrecht beispielsweise dann, wenn sie einzelvertraglich vereinbart wurden. Die §§ 339 ff. BGB ermöglichen es den Parteien, selbst eine Art Strafe festzusetzen, falls die Bedingungen bei einem gegenseitigen Vertrag nicht eingehalten werden¹⁴⁷³. Solche „Vertragsstrafen“ können auch auf einer Satzung, Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag beruhen, müssen aber vertraglich festgehalten werden¹⁴⁷⁴. Typischerweise, wenn auch nicht ausschließlich, haben Vertragsstrafen Geldzahlungen zum Gegenstand¹⁴⁷⁵.

Die Vertragsstrafe hat zwei Hauptfunktionen: Einerseits verschafft sie einen pauschalierten Schadensersatzanspruch, der gerade dann sinnvoll ist, wenn z. B. einzelne Schadenspositionen nur schwer nachweisbar sind¹⁴⁷⁶. Andererseits erfüllen präventive Aspekte dabei einen übergeordneten Zweck: Der Vertragspartner wird durch das drohende Übel stärker an ein vertragsgemäßes Verhalten gebunden und daran interessiert sein, seine Pflichten zu erfüllen¹⁴⁷⁷. Als eine dritte Funktion schließlich ist die Bestrafung des untreuen Vertragspartners anzusprechen. Insofern hat die Vertragsstrafe eine verhaltenssteuernde Wirkung, weil sie den Vertragspartner zusätzlich zum übrigen Vertragsrecht motiviert, seine Verpflichtungen zu erfüllen und damit ein Zwangsmittel darstellt.

Die Vertragsstrafe ist aber nicht den Kriminalstrafen zuzuordnen, weil der Zweck nicht darin besteht, Sühne und Vergeltung zu erreichen¹⁴⁷⁸. Daher wird die Ansicht vertreten, dass vielmehr kennzeichnend für die Vertragsstrafe sei, dass der Vertragspartner hier den Folgen der

¹⁴⁷¹ Dazu *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (426).

¹⁴⁷² Grundlegend zu pönalen Elementen im Zivilrecht siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 252 ff.

¹⁴⁷³ Dazu *Ebert*, Pönale Elemente, S. 254 ff.

¹⁴⁷⁴ Zur Vereinsstrafe siehe z. B. *Ebert*, Pönale Elemente, S. 276 ff., die jedoch eine je nach Vereinsart differenzierte Lösung favorisiert, die die Vereinstrafe nicht als Vertragsstrafe einordnet (siehe S. 285 ff.). Die Vereinstrafe verfügt nach ihrer Ansicht nicht über die Mittel die rechtsstaatliche Ordnung durch zu setzen, sondern ist nur eine Folge des Eintretens bestimmter, vorher festgelegter Bedingungen. Die Vereinstrafe folgt damit einzig aus der Vereinsautonomie.

¹⁴⁷⁵ Auch Verfallklauseln oder der Verlust von Rechten können jedoch Vertragsstrafen darstellen. Vgl. *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (401).

¹⁴⁷⁶ Anders *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (401).

¹⁴⁷⁷ Siehe Mot. II, S. 275. dazu auch *Kaiser*, Vertragsstrafe, S. 195 ff.

¹⁴⁷⁸ Siehe *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (427).

Nichterfüllung von vorn herein zustimmt und sich der möglichen Konsequenz der „Strafe“ freiwillig unterwirft¹⁴⁷⁹. Somit könne die Vertragsstrafe auch nicht als wirkliche Privatstrafe einzuordnen sein. Hierfür spricht z. B. auch dass die Strafe selbst nicht konkret auf dem Gesetz beruht, sondern eine zusätzliche Vereinbarung von Nöten ist. Die Vertragsstrafe zeige daher pönale Aspekte, die jedoch nicht zu einer Privatstrafe führen könnten¹⁴⁸⁰.

Eine andere Sichtweise geht jedoch davon aus, dass dieses Zustimmungserfordernis nur *ex ante* vorliegen müsse und eine solche Zustimmung zur Strafe problemlos konstruierbar sei, solange sie sich auf sozialverträglicher Basis befinde¹⁴⁸¹. Für diese letzte Ansicht spricht vor allem der Wortlaut der Norm, der explizit von einer Strafe spricht, die nur im Fall eines Fehlverhaltens neben der üblichen Vertragshaftung zusätzlich droht. Ebenso ist bei der Vertragsstrafe auch das Maß des Verschuldens mit einzubeziehen, sodass der Ersatzpflichtige immer nur eine im Einzelfall angemessene, auf sein Verschulden abgestimmte Strafe zahlen muss¹⁴⁸².

Die Strafe ist aber keinesfalls Hauptfunktion des §§ 339 BGB, sondern nur Mittel für eine Anreizfunktion und damit in erster Linie auf Prävention gerichtet. Dies zeigt sich auch daran, dass sie bei Nicht- oder Schlechterfüllung verfällt¹⁴⁸³. Das grundlegende Prinzip des Ausgleichs wird durch diese Möglichkeit damit nicht erschüttert, jedoch ist ein Zusatz an Sanktionseffekten enthalten, der sich nicht von der Hand weisen lässt¹⁴⁸⁴. Verstärkt wird dieser Effekt noch dadurch, dass die Parteien berechtigt sind, das Verschuldenserfordernis auszuklammern und die Pflicht zur Strafzahlung allein an die Nichterfüllung der Pflichten zu knüpfen¹⁴⁸⁵. Durch Gesetze und Verordnungen angeordnete Vertragsstrafen sind im Regelfall nur Unterformen der Vertragsstrafe.

Vertragsstrafenähnliche Rechtsinstitute, z. B. § 654 BGB, enthalten ebenfalls mindestens pönale Aspekte, sofern sie nicht direkt als Privatstrafe eingeordnet werden¹⁴⁸⁶.

c) „Strafen“ im Arbeitsrecht

Gerade im Arbeitsrecht finden sich viele Regelungen, die von klassischen Grundsätzen des Schadensausgleichs abweichen. Auch im Arbeitsrecht können beispielsweise Vertragsstrafen

¹⁴⁷⁹ Vgl. BGHZ 105, 24 (27); 85, 312 f. Vgl. auch Staudinger/Rieble, Vor § 339 BGB, Rn. 36.

¹⁴⁸⁰ Zur Vertragsstrafe unter dem Gesichtspunkt pönaler Funktionen siehe Ebert, Pönale Elemente, S. 256 f.; Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (400 ff.).

¹⁴⁸¹ Dazu Wagner, AcP 206 [2006], 352 (427).

¹⁴⁸² Vgl. Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (401).

¹⁴⁸³ Siehe Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (401).

¹⁴⁸⁴ Siehe Münchener Kommentar/Mertens, vor §§ 823 ff. Rn. 41.

¹⁴⁸⁵ BGH v. 28.09.1978, BGHZ 72, 174 (178) = NJW 1979, 105.

¹⁴⁸⁶ Dazu Ebert, Pönale Elemente, S. 258, 260 mit Überblick über den Meinungsstand.

oder Betriebsbußen vereinbart werden¹⁴⁸⁷. Auch der Kündigungsschutz ist zunehmend ins Blickfeld der Pönalisierung im Zivilrecht gedrungen: Beispielsweise §§ 9, 10 KSchG sind pauschalisierte Entschädigungsregelungen, die auf eine Abfindung bei unberechtigten Kündigungen abzielen. Die Konzeption dieser Normen folgt aus dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis. Bei diesem müssen im Sinne der Verhältnismäßigkeit und vernünftigen Begrenzbarkeit Sonderregelungen existieren.¹⁴⁸⁸

Es wird in der Literatur allerdings bezweifelt, ob diese Normen sich mit Antidiskriminierungsregelungen wie § 611 a BGB oder § 15 AGG vergleichen lassen und daher Rückschlüsse auf diese Regeln möglich sind¹⁴⁸⁹.

Die Rechtsprechung des BAG verwies zwar auf diese Normen, sofern sie die Höhe eines auf § 823 I BGB gestützten Schadensersatzanspruch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bestimmen wollte (s. o.)¹⁴⁹⁰. Ein Unterschied besteht allerdings darin, dass die Höchstgrenze der §§ 9, 10 KSchG eine Betriebszugehörigkeit von mehreren Jahren verlangt¹⁴⁹¹. Das heißt, dass hier an das Vertrauen angeknüpft wird, im Betrieb zu verbleiben. Bei Diskriminierungen geht es aber sowohl um das Vertrauen, nicht diskriminiert zu werden als auch um eine mögliche Verletzung der Persönlichkeit. Dem Kündigungsschutzrecht sind pönale Aspekte, die Hinweise auf das Antidiskriminierungsrecht geben, daher nicht zu entnehmen.

2. Sonstige Regeln außerhalb des Deliktsrechts

a) Überblick

Pönale Elemente außerhalb des Deliktsrechts werden außerdem bei § 817 S. 2 BGB, bei der Behandlung der Wucherfälle, der Handelndenhaftung im Gesellschaftsrecht und bei bestimmten gesetzlichen Vermutungen verortet¹⁴⁹². Im Folgenden werden einige Beispiele hierzu erläutert werden, wobei die Darstellung im Rahmen dieser Arbeit keinen Anspruch auf Vollständigkeit aller denkbaren pönalen Elemente erheben möchte und in erster Linie das Ziel hat, einen bloßen Überblick über die wichtigsten Regelungen zu verschaffen.

¹⁴⁸⁷ Zur Vertragsstrafe siehe z. B. *Hauck*, NZA 2006, 816 ff. Zu den verschuldensabhängigen Betriebsbußen siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 292 ff.; *Müller*, Punitive Damages, S. 61; *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, S. 440 f.

¹⁴⁸⁸ Ähnliche Normen finden sich in § 65 SeemG oder § 113 BetrVG. Vgl. *Kocher*, ArbuR 1998, 221 (222); a. A. *Volmer*, BB 1997, 1582 (1583).

¹⁴⁸⁹ Dazu *Abele*, NZA 1997, 641 (642).

¹⁴⁹⁰ BAG v. 14.03.1989, – 8 AZR 447/87 (*Tierannahme*), NJW 1990, 65 = NZA 1990, 21 = AP Nr. 5 zu § 611 a BGB.

¹⁴⁹¹ So BAG v. 14.03.1989, – 8 AZR 447/87 (*Tierannahme*), NJW 1990, 65 = NZA 1990, 21 = AP Nr. 5 zu § 611 a BGB.

¹⁴⁹² Überblick bei *Ebert*, Pönale Elemente, S. S. 366 ff.

b) § 817 S. 2 BGB

§ 817 S. 2 BGB enthält als klassisches Beispiel für strafende Elemente im Zivilrecht die Regel, dass bei Verstößen gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten bestimmte Rückgabepflichten bei Verträgen ausgeschlossen sind. Unstreitig bezieht sich § 817 S. 2 nicht nur auf S. 1, sondern schließt auch die an sich begründete Leistungskondition aus¹⁴⁹³. Die Norm stellt eine Schnittstelle zwischen Vertrags- und Deliktsrecht dar.

Nach einigen älteren Ansichten wird auch bezüglich § 817 S. 2 BGB das pönale Prinzip verneint. Diese Ansichten sprechen statt dessen davon, dass der Norm das Prinzip der Rechtsschutzverweigerung zu Grunde liegt bzw. das der Generalprävention, die aber nichts mit einem Strafcharakter gemeinsam habe¹⁴⁹⁴. Außerdem sei nicht nachvollziehbar, warum auch bei beiderseitigem Verstoß nur derjenige einen Nachteil erleiden solle, der zufällig schon geleistet habe. Außerdem fehle die Proportionalität zwischen Verschulden und Strafhöhe, weil der Verlust des Leistenden von der Leistungshöhe abhängen¹⁴⁹⁵.

Zum Teil wurde diese Regelung aber auch früher schon als „Strafe für die Betätigung verwerflicher Gesinnung“ angesehen¹⁴⁹⁶. Insbesondere nach neueren Ansichten wird diskutiert, ob es sich um ein Instrument der Verhaltenssteuerung handelt, weil damit bezweckt werden soll, dass ein sittenwidriges Geschäft als nicht lukrativ angesehen wird¹⁴⁹⁷. Jedenfalls soll § 817 S. 2 BGB dafür sorgen, dass sittenwidrige oder verbotene Geschäfte zumindest nicht risikolos sind¹⁴⁹⁸. Letztendlich soll es in diesen Fällen auch keinen Rechtsschutz geben. Für den häufig dargestellten Fall eines sittenwidrigen Ratenkredits bedeutet das, dass dem Darlehensnehmer das Darlehen bis zum vertraglich vereinbarten Laufzeitende der Kredit unverzinslich zur Verfügung steht. Das Hauptargument ist hier, dass ein Wucherer keinerlei Risiko hätte, wenn er in diesen Fällen zumindest den zulässigen Zinssatz verlangen könnte. Genau das soll aber von vornherein verhindert werden, indem die Rechtsfolge so ausgestaltet ist, dass der unrecht Handelnde einen Verlust und kein Geschäft macht. § 817 S. 2 BGB hat damit aber eindeutig eine präventive Funktion, die im Falle eines Verstoßes den „Nullgewinn“ nach sich zieht, der für den Wucherer finanziell nachteilig, also im Endeffekt wie eine Strafe, wirkt¹⁴⁹⁹. Hinzu kommt in diesem Fall, dass auch hier der Darlehensnehmer von dieser Behandlung des Darlehensgebers profitiert, da er das Darlehen dann zinsfrei bekommt, obwohl

¹⁴⁹³ Vgl. Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (406).

¹⁴⁹⁴ So z. B. Münchener Kommentar/Lieb, 4. Auflage 2004, § 817 Rn. 9; Staudinger/Lorenz, § 817 Rn. 5; auch Ebert, Pönale Elemente, S. 374; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 697.

¹⁴⁹⁵ Canaris, in: Festschrift für Steindorff, 519 (523).

¹⁴⁹⁶ RG v. 08.11.1922, RGZ 105, 270 (271); a. A. allerdings der BGH v. 19.04.1961, BGHZ 35, 103 (107).

¹⁴⁹⁷ Ähnlich Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (406 f.); vgl. auch Sosnítza, BB 2000, 2317 (2320).

¹⁴⁹⁸ Zum Meinungsstand Wagner, AcP 206 [2006], 352 (365).

¹⁴⁹⁹ Ähnlich Sosnítza, BB 2000, 2317 (2321).

er eigentlich eine Zinszahlungspflicht hat. Dies folgt aus dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion¹⁵⁰⁰. Er wird hier also über das Ausgleichsprinzip hinaus privilegiert.

Für das pönale Prinzip spricht auch, dass die älteren Ansichten nicht erklären können, warum beispielsweise der Rechtsschutz verweigert werden soll. Auch die Motive sprechen letztlich für einen pönalen Charakter¹⁵⁰¹. Hinzu kommt, dass auch die übrigen Argumente der alten Ansicht nicht durchschlagend sind, weil die Zufälligkeit der Bestrafung ausschließlich beim beiderseitigen Sittenverstoß auftritt, die Norm aber auch einseitig anwendbar ist und immer die Leistungshandlung als solche sanktioniert wird¹⁵⁰². Im Übrigen richtet sich auch § 817 S. 2 BGB nach dem Verschulden des Leistenden. Außerdem hängt der Verlust des Leistenden auch von der Größe der Leistung ab¹⁵⁰³.

§ 817 S. 2 BGB hat aber nach allgemeiner Meinung auch eine Ausnahmefunktion, die nicht auf andere Vorschriften anwendbar ist¹⁵⁰⁴. Es bleibt jedoch trotzdem dabei, dass § 817 S. 2 BGB ein Anwendungsfall für pönale Aspekte ist, bei dem sich eine Strafe zum präventiven Zweck hinzugesellt.

c) § 241 a BGB und § 661 BGB

Ähnliche verhaltenssteuernde Anreize finden sich in § 241a BGB (Zusendung unbestellter Ware)¹⁵⁰⁵ oder § 661a BGB (Gewinnzusagen)¹⁵⁰⁶. Beide Normen schützen den Wettbewerb, aber auch den Verbraucher. Sie wurden infolge europäischer Richtlinien in das BGB eingliedert¹⁵⁰⁷. Als Rechtsfolge bei Gesetzesverstößen ist diesen Regelungen ein finanzielles Verlustrisiko immanent, so dass sie als Instrumente der Verhaltenssteuerung eingesetzt werden können und auch präventive Zwecke verfolgen¹⁵⁰⁸.

Hinsichtlich der Fernabsatzverträge wurde seit jeher in Deutschland für unrechtmäßig gehalten, dass Waren auch unbestellt zugesandt wurden und dadurch beim Verbraucher der Eindruck erweckt werden sollte, dass ihn z. B. Zahlungsverpflichtungen treffen. Trotzdem war er ursprünglich dem Unternehmer gegenüber aber zur Herausgabe verpflichtet¹⁵⁰⁹. Kritikpunkt war in solchen Fällen allein, dass für diese Waren nach Öffnung des Paketes eine Abnahme-

¹⁵⁰⁰ Diskutiert auch von *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (409).

¹⁵⁰¹ So im Ergebnis *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (407).

¹⁵⁰² Z. B. beim Wucher, vgl. *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (407).

¹⁵⁰³ So argumentiert *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (408).

¹⁵⁰⁴ Mit weiteren Nachweisen zur nicht möglichen Anwendung auf §§ 667 und 987 BGB *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (406).

¹⁵⁰⁵ Eingeführt durch „Gesetz über fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro“ vom 27.06.2000, BGBI I 897 (mit Berichtigung S. 1139). Dazu *Sosnitza*, BB 2000, 2317 (2321); *Berger*, JuS 2001, 649 (653).

¹⁵⁰⁶ Dazu *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (370 f.).

¹⁵⁰⁷ Siehe dazu vor allem *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 218 ff.

¹⁵⁰⁸ Dazu *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (365).

¹⁵⁰⁹ Zur alten Rechtslage z. B. *Berger*, JuS 2001, 649 (650).

pflicht bestehen sollte.

Nach der Regelung des § 241 a BGB hat der Unternehmer gegen den Verbraucher in solchen Zusendungsfällen nun überhaupt keinen Anspruch mehr¹⁵¹⁰: Es kommen keinerlei Schadensersatz- oder Nutzungsherausgabepflichten in Betracht. Der Verbraucher darf die Ware sogar wegwerfen, ohne deshalb Folgen befürchten zu müssen¹⁵¹¹. Den Verlust der Ware muss damit der Unternehmer, der sie zugesendet hat, selbst tragen.

Auch hier wird vertreten, dass dieses Verlustrisiko einen Sanktionscharakter aufweise. Gewollt ist mit der Norm in der Tat nicht nur ein umfassender Verbraucherschutz, sondern auch die Sanktion wettbewerbswidrigen Handelns, die vor allem präventive Züge hat: Auch zukünftiges Verhalten im Hinblick auf das finanzielle Risiko des Zusenders der Ware soll verhindert werden¹⁵¹². Insbesondere der Ausschluss des Herausgabeanspruches, obwohl sich am Eigentum des Versenders nichts ändert, spricht für generalpräventive Zwecke der Norm¹⁵¹³.

Es wird vertreten, dass durch § 241 a BGB der Schutz des Eigentums (Art. 14 GG) unterlaufen wird und das Übermaßverbot verletzt sein könnte. Insbesondere wird kritisiert, dass nach Einführung dieser Regelung eine Missbrauchsgefahr bestünde, aber gleichzeitig der unkundige Verbraucher im Einzelfall immer noch davon ausgehe, dass er unbestellte Ware bezahlen müsse¹⁵¹⁴. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Verbraucher vor der Neuregelung aber zumindest Herausgabeansprüchen ausgesetzt war. Mit dem Wegfall dieser geht der Unternehmer ein viel höheres Risiko ein, wenn er sich gesetzeswidrig verhält. Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, dass die Missbrauchsgefahr hier durch den Verbraucherschutz verhältnismäßig aufgewogen wird.

Auch bei Gewinnzusagen im Sinne des § 661a BGB verhält es sich ganz ähnlich, indem diese bei definitiven Zusagen eingehalten werden müssen, auch wenn sie prinzipiell nur der Werbung dienen sollten. Die Norm des § 661 a BGB dient dazu, aggressive, arglistige Absatzmethoden zu bekämpfen und bedroht ein solches Verhalten mit Sanktionen. Die Norm wird ebenfalls im Hinblick auf die Verfassungsgrundsätze des Übermaßverbotes und des *ne bis in idem* - Grundsatzes für verfassungswidrig gehalten: Die von § 661a BGB angeordnete Sanktion verletze in ihren Voraussetzungen und durch ihre starre Rechtsfolge elementare Verfassungsgrundsätze¹⁵¹⁵. Insbesondere in Bezug auf diese Konstellation beim Fernabsatzvertrag und bei Gewinnzusagen wird teilweise davon ausgegangen, dass der Präventionsgedanke im

¹⁵¹⁰ Berger, JuS 2001, 649 (652) zu den Rechtsfolgen.

¹⁵¹¹ So Berger, JuS 2001, 649 (654).

¹⁵¹² Hierzu umfassend Berger, JuS 2001, 649 (650 f.); Sosnitza, BB 2000, 2317 (2320).

¹⁵¹³ Vgl. auch BT-Drucks. 14/2658, S. 46.

¹⁵¹⁴ So Berger, JuS 2001, 649 (651).

¹⁵¹⁵ So z. B. Schneider, BB 2002, 1653 (1655 ff.), der von einer Unwirksamkeit der Vorschrift ausgeht, aber in Folge dessen eine gerichtliche Festsetzung eines verhältnismäßigen Strafschadensersatzes fordert.

Deliktsrecht zumindest gleichen Rang wie das bisher anerkannte Ausgleichsprinzip hat¹⁵¹⁶. Der völlige Ausschluss von Ansprüchen entgegen der Eigentumslage ist allein durch einen bewussten und gewollten Sanktions- und Präventionscharakter zu erklären¹⁵¹⁷. Da aber die Wiedergutmachung auf gleicher Stufe steht, ist die Strafe hier nicht als eine Hauptfunktion zu bewerten.

d) Gesetzliche Vermutungen – insbesondere Verzugszins

Der in § 288 BGB geregelte Verzugszins liegt deutlich über dem normalen Zinssatz und soll der Beschleunigung fälliger Zahlungen dienen¹⁵¹⁸. Die Regelung basiert auf EG-Richtlinien und soll von der Überschreitung der Zahlungsfristen schrecken¹⁵¹⁹. Primär werden auch hier präventive Zwecke verfolgt, weshalb der Verzugszins höher liegen muss als der normale Zinssatz¹⁵²⁰. Der Verzugszins wurde zu diesem Zwecke vom gesetzlichen Zinssatz entkoppelt und auf 5 % über dem Basiszinssatz angehoben¹⁵²¹. Dem Schuldner sollte mit der Neuregelung gezeigt werden, dass der Verzug mit einer Geldforderung einschneidende Folgen hat. Er sollte angehalten werden, lieber einen Bankkredit in Anspruch zu nehmen, als den Gläubiger warten zu lassen, weil dies den „billigeren“ Weg darstellte.

Auch hier sind Steuerungsfunktionen erkennbar, weil der Schuldner bei Verzug mit einem Übel rechnen muss und daher angehalten wird, seine Pflichten vertragsgemäß zu erfüllen¹⁵²². Der Präventionszweck ist nur notwendige Voraussetzung für den strafenden Inhalt der Norm. Er darf nicht durch das Ausgleichsprinzip überlagert werden, da sonst kein Anreiz gegeben wäre, sich rechtstreu zu verhalten. Auch hier ist also eine Überkompensation normiert¹⁵²³.

3. Deliktsrecht

a) Funktionen des Deliktsrechts

Im Deliktsrecht stellt sich die Frage nach einer Abgrenzung vom Strafrecht besonders deutlich. Nicht selten wird nämlich dieselbe Handlung, die zu einer Ersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten führt, auch zu einer Bestrafung durch den Staat führen. Vorrangiges Ziel des

¹⁵¹⁶ So z. B. kritisch *Berger*, JuS 2001, 649 (651), aber auch *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 113 f.

¹⁵¹⁷ So auch *Schäfer*, AcP 202 [2002], 398 ff.

¹⁵¹⁸ Siehe *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (387).

¹⁵¹⁹ Erwägungsgründe 16 und 20 der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr v. 29.06.2000, ABLEG L2000/35 v. 08.08.2000.

¹⁵²⁰ Ähnlich *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (413).

¹⁵²¹ Vgl. *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (413).

¹⁵²² So *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (387 f.), der allerdings kritisiert dass die Richtlinien keine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners berücksichtigen und stets dessen Böswilligkeit unterstellen.

¹⁵²³ So z. B. *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (413).

Deliktsrechts ist es daher, einen angemessenen Ausgleich zwischen der Handlungs- und Meinungsfreiheit (Art. 2 I, 5 GG) des Schädigers und dem Bestandsschutzinteresse des potentiell Geschädigten zu finden. Weitgehend wurde dieser Konflikt bisher zu Gunsten der Handlungsfreiheit entschieden¹⁵²⁴. Präventive Aspekte wurden bisher allenfalls als „erwünschte Nebenprodukte“ akzeptiert¹⁵²⁵. Kennzeichen des Deliktsrechts ist nämlich der Schwerpunkt auf dem Ausgleichsprinzip, die Beschränkung auf die Ersatzberechtigung des Geschädigten und der meistens erfolgende bloße Ausgleich des Vermögensschadens¹⁵²⁶. Außerdem ist fast durchgängig das Verschuldensprinzip Voraussetzung für eine Haftung. Einzige Ausnahmen sind insoweit die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB, die Haftung für Luxustiere nach § 833 S. 1 sowie die Haftung des wegen eines Notstands in die Rechte Dritter Eingreifenden nach § 904 S. 2 BGB¹⁵²⁷.

Das BGB verfügt bewusst nicht über eine deliktsrechtliche Generalklausel¹⁵²⁸. Einzig § 826 BGB könnte als eine Art generalisierende Haftung verstanden werden, die jedoch keine pönalen Zwecke verfolgt, sondern lediglich eine Ausgleichspflicht feststellt¹⁵²⁹. Auch die Überlegungen zur Einführung von Abstufungen beim Schmerzensgeld lassen sich nicht als pönal motiviert verstehen¹⁵³⁰. Besonders interessant für die Frage nach pönalen Aspekten ist das Deliktsrecht aber, seit das allgemeine Persönlichkeitsrecht anerkannt wurde und im Falle einer Verletzung desselben Geldentschädigungen gewährt wurden¹⁵³¹. Insbesondere diese Haftung für immaterielle Schäden soll aufgegriffen werden, weil das Antidiskriminierungsrecht dieses allgemeine Persönlichkeitsrecht berücksichtigt¹⁵³².

b) Haftung für immaterielle Schäden

(aa) Grundlagen

Die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht zeigte sich seit der Einführung des BGB um 1900 zunächst eher zurückhaltend. So lehnte das Reichsgericht die Anerkennung

¹⁵²⁴ Siehe zu diesem Ausgleich z. B. *Ebert*, Pönale Elemente, S. 409.

¹⁵²⁵ So z. B. *Ebert*, Pönale Elemente, S. 410 ff.

¹⁵²⁶ Siehe zu den Kennzeichen *Ebert*, Pönale Elemente, S. S. 410 f., die auf die Ausnahmvorschrift des § 253 BGB hinweist.

¹⁵²⁷ Zur Bedeutung des Verschuldensprinzips siehe *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 5 und 21 ff.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 75 I, S. 351 ff.; v. *Caemmerer*, *RabelsZ* 42 [1978], S. 5 ff; *Leser*, *AcP* 183 [1983], S. 568 (578 ff.).

¹⁵²⁸ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 40 II, S. 600.

¹⁵²⁹ Dazu z.B. *Münchener Kommentar/Mertens*, 4. Auflage 2004, § 826, Rn. 3; *Staudinger/Oechsler*, BGB § 826 Rn. 20 ff.

¹⁵³⁰ Siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 414 mit weiterführenden Nachweisen.

¹⁵³¹ Dazu *Ebert*, Pönale Elemente, S. 413.

¹⁵³² Eine Verbindung zwischen der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht der deutschen Gerichte und dem *Draehmpaehl*-Urteil des EuGH stellt über die Präventionsfunktion etwa *Löwe*, *Gedanke der Prävention*, S. 55, her.

dieses Rechts zunächst ab, war aber dennoch bemüht, einen angemessenen Schutz der Persönlichkeit über § 826 BGB, die quasinegatorische Unterlassungsklage bzw. einen großzügige Auslegung der bestehenden gesetzlich normierten besonderen Persönlichkeitsrechte zu gewährleisten¹⁵³³. Obwohl diese Rechtsfortbildung zur Zeit des Nationalsozialismus ins Stocken geriet, entwickelte sich ab 1945 eine umfassende Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, welche sich auf einen Anspruch aus § 823 I BGB stützte und das Recht als ein absolutes sonstiges Recht i. S. d. Norm verstand¹⁵³⁴. Das Bundesverfassungsgericht erkannte diese Rechtsprechung an und stufte sie als verfassungskonform ein¹⁵³⁵. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein verfassungsmäßig anerkanntes Grundrecht, weil die Verfassung das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit als privates, von jedermann zu beachtendes Recht anerkennt¹⁵³⁶.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat einen sehr umfassenden Charakter. Hinsichtlich seiner näheren Inhaltsbestimmung wird vornehmlich die *Fallgruppen-* mit der *Sphärenbildung* kombiniert. Eine einzelfallbezogene Interessenabwägung ist stets erforderlich¹⁵³⁷. Das Bundesverfassungsgericht fasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht in acht Ausprägungen zusammen: Schutzgüter sind demnach die Intim-, die Privat- und die Geheimsphäre, die persönliche Ehre, das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, das Recht am eigenen Bild und am gesprochenen Wort sowie das Recht darauf, dass nicht getane Äußerungen niemandem zugeordnet werden dürfen, der sie nicht getätigt hat¹⁵³⁸.

(bb) Folge der Grundsatzrechtsprechung

Der BGH entschied im Jahr 1994 gewissermaßen als Auftakt zu einer umfangreichen Rechtsprechung in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, dass der Geschädigten *Caroline von Monaco* Schadensersatz und Entschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zustehe, weil eine Zeitung Interviews veröffentlicht hatte, die niemals mit der Klägerin geführt worden waren¹⁵³⁹.

Nicht nur der BGH, sondern auch das Bundesverfassungsgericht und der EGMR haben sich im Zusammenhang mit *Caroline von Monaco* mit der Frage der Entschädigung in Folge der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auseinander gesetzt. Die Betroffene wandte

¹⁵³³ Zu dieser Entwicklung siehe *Martin*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, S. 179 ff.

¹⁵³⁴ *BGH* v. 25.05.1954, BGHZ 13, 334 ff. Siehe dazu *Martin*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, S. 228 ff.

¹⁵³⁵ *BVerfG* v. 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 ff. (*Soraya*).

¹⁵³⁶ Zur Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts seit Inkrafttreten des BGB siehe *Martin*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, S. 179 ff.

¹⁵³⁷ Zusammenfassend statt vieler *Martin*, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, S. 257.

¹⁵³⁸ *BVerfG* v. 03.06.1980, BVerfGE 54, 148 ff. = NJW 1980, 2070 ff. (*Eppler*).

¹⁵³⁹ *BGH* v. 15.11.1994, BGHZ 128, 1 (*Caroline von Monaco*); vorgehend OLG Hamburg v. 25.07.1996, NJW 1996, 2870. Dazu auch *Hay*, FS Stoll, S. 521 (526); *Kasper*, NZA-RR 2003, 1 f.

sich nämlich nicht nur gegen die Veröffentlichung nie geführter Interviews, sondern auch gegen die Veröffentlichung von Fotos, die sie privat zeigten. Der BGH kam deshalb in einer weiteren Entscheidung zur Abgrenzung der „absoluten“ von der „relativen“ Person der Zeitgeschichte, die gewisse Einschränkungen der Privatsphäre hinnehmen müssen, um die Öffentlichkeitsinformation zu sichern¹⁵⁴⁰. Die „relative Person der Zeitgeschichte“ ist allerdings nur im Zusammenhang mit einem bestimmten Ereignis für die Öffentlichkeit interessant, die „absolute Person der Zeitgeschichte“ dagegen schon auf Grund ihres Status bzw. ihrer Bedeutung, sodass sie selbst Gegenstand der Zeitgeschichte ist. Sie darf auch unabhängig von einem besonderen Ereignis abgebildet werden. Auch die „absolute Person der Zeitgeschichte“, so entschied der BGH, hat allerdings eine gewisse Privatsphäre, die sich nach dem Kriterium räumlicher Abgeschiedenheit bemisst¹⁵⁴¹. Der BGH kam so zu dem Ergebnis, dass *Caroline von Monaco* keine Ansprüche zustünden. Dieses Ergebnis wurde durch das Bundesverfassungsgericht akzeptiert, als die Betroffene gegen die Urteile des BGH Beschwerde einlegte¹⁵⁴².

Auf völkerrechtlicher Ebene erfolgte jedoch eine starke Einschränkung der Medienfreiheit zu Gunsten des Rechts auf Privatsphäre¹⁵⁴³. Denn *Caroline von Monaco*, nunmehr *Caroline von Hannover*, erhob nach den Urteilen in Deutschland Beschwerde zum EGMR. In der Entscheidung *Caroline von Hannover gegen Deutschland*¹⁵⁴⁴ urteilte nun der EGMR in einer lange mit Spannung erwarteten Entscheidung, dass die in Deutschland entwickelte Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht hinsichtlich der Kriterien zur "absoluten Person der Zeitgeschichte" und der „örtlichen Abgeschiedenheit" nicht für einen wirksamen Schutz des Privatlebens der Beschwerdeführerin ausreichen¹⁵⁴⁵. Der EGMR sah in der Veröffentlichung privater Bilder eine Verletzung des Rechts aus Art. 8 II EMRK. Art. 8 EMRK will vorrangig das Recht des Einzelnen schützen, seine Persönlichkeit in seinen Beziehungen zu seinen Mitmenschen ohne Einmischung von außen zu entwickeln. Dieser Bereich kann selbst dann zum Privatleben gehören, wenn die Wechselbeziehungen in den öffentlichen Raum hineinreichen. Das Gericht entschied, dass sich für den Staat aus Art. 8 EMRK unter Umständen positive Handlungspflichten, die sogar Schutzmaßnahmen im Verhältnis zwischen Privatpersonen untereinander erfordern können. Bei der Abwägung zwischen dem Schutz des Privatlebens und der Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) ist laut der Entscheidung darauf ab-

¹⁵⁴⁰ BGH v. 19.12.1995, BGHZ 131, 332 = NJW 1996, 1128-1131 = VersR 1996, 593 (*Paparazzi-Fotos*; bzw. *Caroline von Monaco II*).

¹⁵⁴¹ Siehe BGH v. 19.12.1995, BGHZ 131, 332 = NJW 1996, 1128-1131 = VersR 1996, 593 (*Paparazzi-Fotos*).

¹⁵⁴² BVerfG v. 15.12.1999, BVerfGE 101, 361-396 = NJW 2000, 1021-1026 (*Prominentenfotos*).

¹⁵⁴³ Im Überblick Müller, VersR 2008, 1141 (1145).

¹⁵⁴⁴ EGMR v. 24.06.2004, 59320/00 (*Hannover/Deutschland*), Übersetzung in ZUM 2004, 651 ff.

¹⁵⁴⁵ EGMR v. 24.06.2004, 59320/00 (*Hannover/Deutschland*), Übersetzung in ZUM 2004, 651 ff.

zustellen, ob Fotoaufnahmen und Presseartikel zu einer öffentlichen Diskussion über eine Frage allgemeinen Interesses beitragen und Personen des politischen Lebens betreffen. Ist das nicht der Fall, ist die Freiheit der Meinungsäußerung weniger weit auszulegen.

Der EMRK kommt in Deutschland kein Verfassungsrang zu, sondern sie ist wie ein Bundesgesetz anzuwenden. Nach der herrschenden Ansicht ist jedoch dieser Vertrag des Völkerrechts *lex specialis* auch in Bezug auf spätere Gesetze¹⁵⁴⁶. Die Entscheidungen des EGMR wirken sich auf zukünftige Verfahren aus, da diese auf Grund der Bindung an Gesetz und Recht gem. Art. 20 III GG die Auslegung der EMRK durch den Gerichtshof beachten und berücksichtigen sollten¹⁵⁴⁷. Da die Urteile des EGMR keine kassatorische Wirkung haben, bleiben deutsche Urteile zwar bestehen. Jedoch kann der Betroffene auf eine Entschädigung hoffen¹⁵⁴⁸.

Der BGH musste sich mit diesen neuen Maßstäben auch schon bald befassen. In den Urteilen vom 06.03.2007 ging es um Fotos der Prinzessin und ihres Ehemannes, die während ihrer Freizeit aufgenommen wurden. Mit der Begründung, es habe keine räumliche Zurückgezogenheit vorgelegen, erklärte die Vorinstanz alle Veröffentlichungen für zulässig¹⁵⁴⁹. Der BGH jedoch sah dies anders und hielt sich trotz der befürwortenden Entscheidung des BVerfG für befugt, die fraglichen Kriterien unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR zu ergänzen. Der BGH geht nunmehr davon aus, dass Abbildungen im Zusammenhang mit Geschehnissen von gesellschaftspolitischer Relevanz zulässig sind, andere dagegen nicht, weil bezüglich der letzteren kein Interesse der Öffentlichkeit an der Information bestehe¹⁵⁵⁰. Auf Grundlage dieser Rechtsprechung getroffene Entscheidungen gibt es nun auch in Bezug auf den Sänger *Herbert Grönemeyer* sowie den Torhüter *Oliver Kahn* und deren Lebensgefährtinnen¹⁵⁵¹.

(cc) Pönalisierung des Schmerzensgeldes

Der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens ist als eine wesentliche Weiterentwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen. Die hierzu ergangene Rechtsprechung

¹⁵⁴⁶ Siehe dazu im Überblick *Straky*, Das Privatleben Prominenter, S. 206 ff.

¹⁵⁴⁷ Geschieht dies nicht, so ist eine Rüge beim Bundesverfassungsgericht zulässig. Siehe dazu *Straky*, Das Privatleben Prominenter, S. 209.

¹⁵⁴⁸ Vgl. wieder *Straky*, Das Privatleben Prominenter, S. 209 f.

¹⁵⁴⁹ Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, 7. Zivilsenat, Urteil v. 31. Januar 2006, Az: 7 U 82/05, OLGR Hamburg 2006, 334-336; vorgehend LG Hamburg, Urteil v. 1. Juli 2005, Az: 324 O 869/04.

¹⁵⁵⁰ Deshalb wurden die Urlaubsfotos im Zusammenhang mit dem Bericht über eine Erkrankung des Vaters der Klägerin für zulässig gehalten, andere Fotos ohne zeitgeschichtlichen Bezug dagegen nicht. Vgl. auch *Müller*, VersR 2008, S. 1141 (1146).

¹⁵⁵¹ *BGH* v. 19.06.2007; NJW 2007, 3440-3443 = VersR 2007, 1135 (*Grönemeyer*); *BGH* v. 03.07.2007, NJW 2008, 749-751 = VersR 2007, 1283 (*Kahn*). Erfolgreich eingeklagt wurden jeweils Unterlassungsansprüche. Vgl. auch Urteil des *BGH* v. 24.06.2008, BGHZ 177, 119-131 = NJW 2008, 3134-3137 (*Heide Simonis*) und Urteil des *BGH* v. 01.07.2008, NJW 2008, 3138-3141 (*Sabine Christiansen*).

geht zurück bis ins Jahr 1958¹⁵⁵². Nach § 847 BGB a. F. war es möglich, dass ein Geschädigter bei einer Verletzung der dort genannten Rechtsgüter eine billige Entschädigung in Geld für erlittene Schäden erhalten konnte. Es handelte sich hierbei ursprünglich um Schäden auf Grund von Körperverletzungen. Ehrverletzungen waren zunächst nicht erfasst¹⁵⁵³. Weil in solchen Fällen eine genaue rechnerische Bezugsgröße nicht möglich war, konnte es sich nur um eine Wiedergutmachung handeln¹⁵⁵⁴.

Die Entschädigung wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stützte sich in der Vergangenheit deshalb auf § 847 BGB analog¹⁵⁵⁵. Der BGH nahm in der Folgezeit jedoch von dieser Analogie Abstand und stellte die These auf, dass die Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht ein Schmerzensgeld nach § 847 a. F. im klassischen Sinne darstelle, sondern vielmehr ein Rechtsbehelf sei, der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 I GG zurück zu führen sei¹⁵⁵⁶. Das Gericht stellte damit erstmals verfassungsrechtliche Erwägungen in den Vordergrund¹⁵⁵⁷.

Die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht hat besondere Auswirkungen auf die Funktion von Schadensersatz- und Entschädigungspflichten: Das zunächst noch allein ausgleichend verstandene Schmerzensgeld erfuhr im Laufe seiner Entwicklung bezüglich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine deutliche Tendenz zur Pönalisierung, die sich schließlich auch auf immaterielle Schäden erstreckte, weil die Möglichkeiten richterlichen Ermessens für diesen Bereich zunahmten¹⁵⁵⁸.

Das Haftungsrecht hatte zunächst primär die Funktion, einen vollen haftungsmäßigen Schadensausgleich zu erreichen. Ebenso sollte derjenige, der den Schaden herbeigeführt hat, in der Regel selbst für den verursachten Schaden haften, was eine so genannte *Schadensanlastungsfunktion* darstellt. Allerdings kam eine „Genugtuungsfunktion“ des Schmerzensgeldes hinzu, die dem Geschädigten noch zusätzlich zu Gute kommen sollte. Diese durch die Höchstgerichtliche Rechtsprechung hervorgehobene „Genugtuungsfunktion“ des Schmerzensgeldes, die im Folgenden untersucht und anschließend eingeordnet werden soll, steht eng in Verbindung mit

¹⁵⁵² BGH v. 14.02.1958, BGHZ 26, 349 = NJW 1958, 827 (*Herrenreiter*). Dazu z. B. Bötticher, MDR 1963, 353 ff.; zur Geschichte der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausführlich Kasper, NZA-RR 2003, 1 (2 f.). Im Überblick auch Stoll, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, S. 3 ff.

¹⁵⁵³ Vgl. dazu Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 194 ff.

¹⁵⁵⁴ Siehe Mugdan, Band II, S. 799 ff. (§ 728 des Entwurfs). Dazu auch Müller, Punitive Damages, S. 259.

¹⁵⁵⁵ BGH v. 14.02.1958, BGHZ 26, 349 ff. (*Herrenreiter*); Bestätigung in BGH v. 18.03.1959, BGHZ 30, 7 ff. (*Caterina Valente*).

¹⁵⁵⁶ Siehe BGH v. 19.02.1961, BGHZ 35, 363 ff. (*Ginseng*); BGH v. 15.11.1994, BGHZ 128, 1 (*Caroline von Monaco I*); BGH v. 06.12.2005, BGHZ 165, 203 = NJW 2006, 605-609 (*Obduktionsfoto*); BGH v. 12.12.1995, NJW 1996, 985 (*Andrea Casiraghi*). Zur Struktur des „alten“ § 847 z. B. Lorenz, Immaterieller Schaden, 32 ff. Zu Schmerzensgeld bei Körperverletzungen siehe Ott/Schäfer, JZ 1990, 563 ff.

¹⁵⁵⁷ So Martin, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, S. 244 ff.

¹⁵⁵⁸ So Müller, Punitive Damages, S. 260; vgl. auch Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 218 ff.

strafenden Elementen¹⁵⁵⁹. Das pönale Prinzip ist daher besonders signifikant beim Schmerzensgeld wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Erscheinung getreten, weil Sanktionen zur Erhaltung des Rechtsfriedens als unerlässlich angesehen wurden: Ohne eine entsprechende Sanktion von Gesetzesverletzungen würde der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern, weshalb bei Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen die Zubilligung einer Geldentschädigung erfolgen müsse¹⁵⁶⁰. Der Schädiger schulde dem Geschädigten neben dem klassischen Ausgleich des Schadens daher eine Genugtuung für die Unannehmlichkeiten¹⁵⁶¹. Weil der Persönlichkeitsrechtsschutz ungenügend sei, müsse unter dem Einfluss der Werteentscheidungen des Grundgesetzes dafür Sorge getragen werden, dass ideelle Beeinträchtigungen adäquate Sanktionen auslösen müssten¹⁵⁶². Deshalb sollten bei signifikanten Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für immaterielle Schäden Geldentschädigungen zugesprochen werden¹⁵⁶³.

Betont wurde in jeder Entscheidung zu diesen Grundsätzen, dass nur der Vorwurf schwerer Schuld oder aber das Vorliegen einer objektiv erheblichen, ins Gewicht fallenden Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts zu solchen Rechtsfolgen führen könne¹⁵⁶⁴.

Unterschieden werden müssen in diesem Zusammenhang deutlich die Funktionen des Ausgleichs, der Genugtuung und der Sanktion. Wie sich zeigen wird, hängen diese Funktionen aber eng zusammen und sind nicht immer klar voneinander abzugrenzen.

(dd) Die Entschädigung im *Caroline*-Fall

Im *Caroline*-Fall wurde durch den BGH ein Schmerzensgeld zugesprochen, dessen Höhe ganz offen am Gedanken der Prävention orientiert war¹⁵⁶⁵: Die Klägerin verlangte wegen des falschen Interviews Schadensersatz und Entschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die ihr in Höhe von insgesamt 180.000 DM zugesprochen wurden¹⁵⁶⁶.

Die Entschädigung im *Caroline*-Fall war so hoch angesetzt, weil Hemmungen angesichts der unautorisierten Vermarktung der Persönlichkeit erreicht werden sollten. Anders als beim herkömmlichen Schmerzensgeld sollte hier nicht der Gedanke des Ausgleichs im Mittelpunkt

¹⁵⁵⁹ Begriff der Genugtuung *BGH* v. 06.07.1955, BGHZ 18, 149 (154).

¹⁵⁶⁰ So kritisch *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85; siehe auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 94 ff.

¹⁵⁶¹ Z. B. *BGH* v. 19.09.1961, BGHZ 35, 363 (*Ginseng*). Im Überblick zu dieser Entwicklung z. B. *Kasper*, NZA-RR 2003, 1 (2 f.); *Ott/Schäfer*, JZ 1990, 563 (564 ff.).

¹⁵⁶² So auch *Ott/Schäfer*, JZ 1990, 563 (565), die dies als Ersatz für „entgangene Lebensfreude“ qualifizieren.

¹⁵⁶³ So *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85; *Stoll*, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, S. 3 ff.; *Kasper*, NZA-RR 2003, 1 (2).

¹⁵⁶⁴ Dies wurde durch *BVerfG* v. 14.02.1973, NJW 1973, 1221 ff. (*Soraya*) bestätigt.

¹⁵⁶⁵ *BGH* v. 15.11.1994, BGHZ 128, 1 (*Caroline von Monaco*); vgl. auch *BGH* v. 05.12.1995, NJW 1996, 984 (*Caroline von Monaco*). Dazu auch *Hay*, FS Stoll, S. 521 (526); *Kasper*, NZA-RR 2003, 1 f.

¹⁵⁶⁶ OLG Hamburg v. 25.07.1996, NJW 1996, 2870.

stehen, sondern die Rechtsfolge präventiv wirken, weshalb die zu zahlende Summe über dem tatsächlichen Schaden liegen sollte¹⁵⁶⁷. Bei der Ermittlung der Entschädigungssumme wurde vom OLG Hamburg vertreten, dass es nach dem Urteil des BGH nicht auf den tatsächlichen Schaden ankomme, sondern die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück dazu bilden müsse, dass Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielungsabsicht verletzt worden sind und damit eine Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit statt gefunden habe¹⁵⁶⁸. Ohne eine fühlbare Beeinträchtigung des Verletzenden würde der Verletzte in solchen Fällen völlig schutzlos sein und hätte weitere Rechtsverletzungen zu befürchten. So wurde der vom Verletzer erzielte Gewinn als wesentlicher Faktor bei der Ermittlung der Entschädigungshöhe mit eingerechnet, damit die Folgen der Rechtsverletzung auch tatsächlich spürbar sind¹⁵⁶⁹. So kann generell bei der Verletzung immaterieller Rechte, die kommerzialisiert werden können, nicht davon ausgegangen werden, dass der Verletzte sich freiwillig in die Lage gebracht hätte, für die er nun viel Geld verlangen kann¹⁵⁷⁰.

Die Entscheidung wurde vehement kritisiert, weil der tatsächlich eingetretene Schaden, der durch die Persönlichkeitsrechtsverletzung der *Caroline von Monaco* entstanden ist, nicht als besonders hoch eingestuft wurde. So vertritt z. B. *Canaris* die These, dass die Geschädigte keine wesentlichen Beeinträchtigungen erlitten habe, weil insbesondere der „Gefühlsschaden“ gering gewesen sein dürfte¹⁵⁷¹.

Vorrangiges Ziel ist damit auch nicht der Ausgleich einer Rechtsverletzung, sondern die Verhinderung weiterer Taten. Der Verletzer soll spüren, dass ein Rechtsbruch sich vor allem auch finanziell nicht lohnt, weil am Ende mehr zu zahlen ist, als der Rechtsbruch eingebracht hat. In den Hintergrund tritt dabei der Gedanke, dass die Geschädigte erhalten soll, was unter rechtlich legalen Umständen das Interview vielleicht wert gewesen wäre¹⁵⁷². Im Vordergrund steht die präventive Funktion: Insoweit hat sich der BGH auch sehr eindeutig für eine Entschädigungslösung entschieden und keine alleinige bereicherungsrechtliche Lösung gewählt¹⁵⁷³. Nur so kann dem Schädiger vor Augen geführt werden, dass er eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts auszugleichen hat und nicht „nur“ eine Verletzung kommerzieller Interessen wieder gut machen muss. Hier liegt die Komponente der bewusst und gewollt eingeführten Sanktion mit stark präventiven Zügen, die im Bereicherungsrecht so sicher nicht zur

¹⁵⁶⁷ Dazu *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 96; *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (359, 384).

¹⁵⁶⁸ OLG Hamburg v. 25.07.1996, NJW 1996, 2870 (2873). Dazu auch *Kasper*, NZA-RR 2003, 1 (2).

¹⁵⁶⁹ Vgl. *Canaris*, in: *Festschrift für Deutsch*, S. 85.

¹⁵⁷⁰ So bei immateriellen Gütern, siehe *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 86.

¹⁵⁷¹ So *Canaris*, in: *Festschrift für Deutsch*, S. 85 (106).

¹⁵⁷² Z. B. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 49 ist der Ansicht, dass es in solchen Fällen der kommerziellen Vermarktung um „handfeste geldwerte Nachteile“ gehe.

¹⁵⁷³ Vgl. z. B. *Steffen*, NJW 1997, 13 f.; für eine bereicherungsrechtliche Lösung dagegen *Canaris*, in: *Festschrift für Deutsch*, S. 85 (86).

Wirkung gekommen wäre. Diese Grundsatzentscheidung des BGH zeigt damit, dass der Schadensersatz wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Schmerzensgeld) auch abschreckende und bestrafende Elemente haben kann, wenn dies im Hinblick auf die durchgeführte Rechtsverletzung notwendig erscheint¹⁵⁷⁴.

Das Recht, das ursprünglich als Abwehrrecht gedacht war, dient inzwischen umfangreichen Ansprüchen auf Schadensersatz und Unterlassung. Es entwickelt sich sogar zum vermögenswerten Recht¹⁵⁷⁵. Die aktuellen Fälle drehen sich daher meistens auch um Unterlassungsansprüche oder Schadensersatz im Zusammenhang mit der Schutz der Privatsphäre bzw. im Falle unerwünschter Berichterstattung¹⁵⁷⁶. Eine erfolgreiche Unterlassungsklage zieht deshalb häufig eine weitere Klage nach sich, mit der materieller bzw. immaterieller Schadensersatz geltend gemacht wird¹⁵⁷⁷.

Bemerkenswert ist im Zusammenhang mit den *Caroline*-Entscheidungen im Übrigen, dass diese Rechtsprechung auf einer Linie mit der Entscheidung des EuGH vom 22.04.1997 (*Draehmpaehl*)¹⁵⁷⁸ liegt, weil die Aspekte der Prävention und Sanktion deutlich in den Vordergrund treten¹⁵⁷⁹, wie im folgenden zu zeigen sein wird.

(ee) Einordnung des Begriffs der „Genugtuung“

Das deutsche Recht kennt damit speziell im Bereich des Schmerzensgeldes, also in Fällen eines immateriellen Schadensersatzes, neben dem Prinzip des Ausgleichs auch das Prinzip der Genugtuung, deren Begriff allerdings aus dem schweizerischen Recht übernommen wurde¹⁵⁸⁰. Beide Funktionen sind Teil einer einheitlichen Ersatzleistung, weil auch das Schmerzensgeld eine Entschädigung darstellt¹⁵⁸¹. Die Genugtuung ist daher mit dem Prinzip des Ausgleichs eng verbunden¹⁵⁸². Die Genugtuung dient aber besonders in Fällen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten auch der Sühne der Schuld, weil die Besänftigung des Verletzten durch das Handeln des Verletzenden erreicht werden soll¹⁵⁸³. Damit ist maßgeblich die Genugtuungsfunktion mit dem Sinn der Bestrafung behaftet, denn Genugtuung für das Opfer kann es nur geben, wenn auf der anderen Seite jetzt der Schädiger leidet.

¹⁵⁷⁴ So auch *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (420 ff.), der vor allem den Gegensatz dieser Entscheidung zu der *punitive damages*-Rechtsprechung betont.

¹⁵⁷⁵ Siehe *Müller*, VersR 2008, 1141.

¹⁵⁷⁶ So *Müller*, VersR 2008, 1141 (1142).

¹⁵⁷⁷ Vgl. *Müller*, VersR 2008, 1141 (1149); *Steffen*, NJW 1997, 10 ff.

¹⁵⁷⁸ *EuGH v. 22.04.1997*, EuGH RS C-180/95 (*Draehmpaehl./. Urania Immobilienservice oHG*) Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839=NZA 1997, 645 ff. DB 1997, 983 ff.=JZ 1997, 1172-1174.

¹⁵⁷⁹ So vergleicht z. B. *Kasper*, NZA-RR 2003, 1 (2).

¹⁵⁸⁰ Dazu *Böttcher*, MDR 1963, 353 f.; *Kern*, AcP 1991, 247 (251 ff.); *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (380 ff.).

¹⁵⁸¹ Dazu *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 17; *Ott/Schäfer*, JZ 1990, 563 (573).

¹⁵⁸² Für eine strikte Trennung *Stoll*, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, S. 144.

¹⁵⁸³ Siehe *Stoll*, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, S. 22 ff. und 144 ff.; Kritisch zur Frage, ob z. B. „Zorn“ ausgeglichen werden sollte, z. B. *Böttcher*, MDR 1963, 353 (354).

Kennzeichnend ist dabei, dass auch die Rechtsprechung zugibt, dass es nicht möglich ist, erlittenen Schmerz mit Freude wieder zu saldieren¹⁵⁸⁴. Dies gilt besonders für solche Fälle, in denen das Opfer so schwere Verletzungen davongetragen hat, dass es einen bloßen Geldausgleich gar nicht mehr als „lustbringend“ empfinden kann¹⁵⁸⁵. Indem der Schädiger aber nun ein über den bloßen Ausgleich hinausgehendes „Opfer“ bringen muss, wird er zumindest sanktioniert, damit er in den Augen des Opfers (oder auch z. B. der Angehörigen) eine Buße tut. Damit kann auf Seiten der Leidtragenden Genugtuung empfunden werden – der Fehler ist aus subjektiver Sicht gerächt worden. Hinzu kommt aber als weiterer Effekt, dass durch diese Funktion ebenfalls der potentielle Schädiger vom Fehlverhalten abgehalten werden kann: Denn die Verletzungshandlung wäre nicht risikobehaftet, wenn am Ende nur das gezahlt werden müsste, was z. B. ein Interview oder Foto wert gewesen wäre. Die Option, dass im Ergebnis für ein Verhalten, das gewinnbringend wirken soll, dazu gezahlt werden muss, soll abschreckend wirken.

Damit steht nicht mehr nur der Ausgleich, sondern auch eine Präventivwirkung auf Grund der drohenden Sanktion, die wiederum (auch) der Genugtuung des Opfers dienen soll, im Raum. Denn dem Schmerzensgeld ist damit jedenfalls etwas vom Charakter der Buße immanent, weil es unrechtsbezogen und nicht schadensbezogen wirkt. Der Gedanke, bei einer Rechtsfolge für ein bestimmtes Tun auf den Handlungsunwert abzustellen, stammt nämlich aus dem Strafrecht und enthält aus diesem Grunde eine pönale Funktion¹⁵⁸⁶. Die konkrete Höhe der Sanktion orientiert sich allerdings nicht an präventiven Überlegungen.

Somit werden Strafe und Entschädigung in solchen Fällen über die Genugtuungsfunktion gewissermaßen voneinander abhängig gemacht¹⁵⁸⁷. *Wagner* bezeichnet die Schmerzensgeldregelung des § 253 II BGB daher auch als „Einfallstor für präventive Zwecksetzungen“¹⁵⁸⁸. Vielfach wird deshalb auch die Genugtuungsfunktion in der Literatur abgelehnt, weil ein Gefühlsschaden nicht hinreichend genau abgegrenzt werden könne¹⁵⁸⁹.

Andere Stimmen wiederum vertreten die Ansicht, dass auch die Genugtuung am Schaden des Opfers ausgerichtet sei und somit speziell im Fall *Caroline* weniger die individuellen Interessen der Geschädigten im Vordergrund standen als vielmehr primär eine generalpräventive

¹⁵⁸⁴ Vgl. *BGH* v. 06.07.1955, BGHZ 18, 149 ff.

¹⁵⁸⁵ *BGH* v. 16.12.1975, NJW 1976, 1147 ff. Dazu *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (420).

¹⁵⁸⁶ *BGH* v. 06.07.1955, BGHZ 18, 149 (155); *Hay*, FS Stoll, S. 521 f.; *Hirsch*, Festschrift für Engisch, S. 304 (307), *Stoll*, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, S. 154. A. A. z. B. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Band I/2, § 30 I S. 170; *Ott/Schäfer*, JZ 1990, 563 (573).

¹⁵⁸⁷ Siehe *Hay*, FS Stoll, S. 521 (527).

¹⁵⁸⁸ So *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (380), im Ergebnis auch *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (421); *Müller*, Punitive damages, S. 267.

¹⁵⁸⁹ Siehe *Böttcher*, MDR 1963, 353 f.; *Lorenz*, Immaterieller Schaden, S. 51 ff.

Funktion¹⁵⁹⁰. Ein finanzieller Ausgleich sei in diesem Falle nur die Befriedigung eines Rachegefühls, was durch die Rechtsordnung eigentlich missbilligt werde¹⁵⁹¹. Und schließlich sei der Begriff auch den verschiedensten Auslegungsarten zugänglich, obwohl er im Schweizerischen Recht eigentlich ausschließlich den immateriellen Schadensersatz umschreibe¹⁵⁹².

„Volles“ Schmerzensgeld lässt sich in vielen Fällen aber ausschließlich mit dem pönalen Prinzip erklären, wengleich es auch schwerlich komplett losgelöst von ausgleichenden Aspekten gewährt wird¹⁵⁹³. Dieses Prinzip kommt aber sehr den sanktionierenden und präventiven Aspekten nahe, die durch das europäische Recht gefordert werden¹⁵⁹⁴. Dafür spricht vor allem, dass unter Genugtuungsgesichtspunkten ein den Schadensausgleich übersteigendes Schmerzensgeld nach der Rechtsprechung durchaus denkbar ist¹⁵⁹⁵.

Aus diesem Grund wird vertreten, dass die Genugtuungsfunktion eine geltende und systemkonforme Privatstrafe darstellt, die - zunächst über die Rechtsprechung – Einzug in das deutsche Recht gefunden hat, weil die Genugtuungsfunktion gegenüber dem Ausgleich in den Vordergrund trete¹⁵⁹⁶. *Sonntag* spricht in diesem Zusammenhang von einer bloßen Umetikettierung, die der Genugtuungsfunktion den Stempel der Ausgleichsfunktion aufdrückt, damit der Begriff der Privatstrafe - ganz systemkonform - nicht auftaucht¹⁵⁹⁷.

Sie orientiert sich insbesondere bei den Massenmedien am hinzukommenden Präventivgedanken und damit an der wirtschaftlichen Finanzkraft des Beklagten¹⁵⁹⁸. Sofern schwere Persönlichkeitsverletzungen vorliegen, werden Präventions- und Schutzwirkung durch die Rechtsprechung sogar betont, wengleich auch klargestellt wird, dass die Funktionen nicht von einander lösbar sind und die Präventionswirkung auch nicht verselbstständigt werden darf¹⁵⁹⁹. Der BGH spricht hier aber von einem echten Hemmungseffekt z. B. für die Vermarktung der Persönlichkeit. So hat sogar der Ausgleichsgedanke nach dieser Rechtsprechung zu Gunsten des Präventivgedankens zurück zu treten, so dass sich die Höhe der Geldentschädigung unter Berücksichtigung des Präventionsgedankens bemisst und nicht unter dem Gesichtspunkt der

¹⁵⁹⁰ So *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 18; im Ergebnis so auch *Müller*, VersR 2008, 1141 (1151).

¹⁵⁹¹ So *Böttcher*, MDR 1963, 353 (254); *Canaris*, in: Festschrift für *Deutsch*, S. 85 (106).

¹⁵⁹² Dazu *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht/Brehm*, Art. 47 Rn. 4, 7, 52 f.; dazu *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (380 f.).

¹⁵⁹³ So *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (421); kritisch z. B. *Deutsch*, NJW 1993, 784.

¹⁵⁹⁴ So *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 218.

¹⁵⁹⁵ Vgl. *Hirsch*, Festschrift für *Engisch*, S. 304 (305).

¹⁵⁹⁶ Dazu *Hirsch*, Festschrift für *Engisch*, S. 304 (305); *Kern*, AcP 1991, 247 (262).

¹⁵⁹⁷ Siehe *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 223 f. und 229 ff.

¹⁵⁹⁸ *BGH* v. 15.11.1994, BGHZ 128, 1 (15 f.) (*Caroline von Monaco*). Dazu *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 218; *Kasper*, NZA-RR 2003, 1 (3).

¹⁵⁹⁹ *BGH* v. 15.11.1994, BGHZ 128, 1 (*Caroline von Monaco*); vgl. auch *BGH* v. 05.12.1995, NJW 1996, 984 (*Caroline von Monaco*); *BVerfG* v. 08.03.2000, NJW 2000, 2187; *OLG Köln* v. 18.05.1999, NJW-RR 2000, 470; *OLG Koblenz* v. 13.06.2000, NJW-RR 2000, 1356.

Genugtuung¹⁶⁰⁰. Allerdings muss auch hier der tatsächlich erlittene Schaden als Ausgangspunkt gelten. Ein Allgemeininteresse fließt gerade nicht mit ein¹⁶⁰¹.

Es soll also nicht nur ein materieller Ausgleich entstandener Schäden erfolgen, sondern eine seelische Wiedergutmachung. So wird eine umfassende Berücksichtigung aller Umstände ermöglicht, die bei richtiger Gewichtung auch angemessene Ergebnisse hervorbringt, was in der Praxis für die Gerichte von großem Vorteil ist¹⁶⁰². Im Regelfall ist in Schmerzensgeldfällen daher auch verlangt, dass ein besonderes Verschulden vorliegt, das Genugtuung verlangt¹⁶⁰³. Dies gilt sowohl für das Schmerzensgeld wegen Verletzung für Körper oder Gesundheit, als auch für den immateriellen Schaden¹⁶⁰⁴. In der *Caroline*-Entscheidung, die sich im wesentlichen um presserechtliche Fragen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dreht, macht der BGH somit auch endgültig deutlich, dass hier gerade der Gedanke der Genugtuung und Prävention im Vordergrund stehe und der Ausgleichsgedanke zurückstehe¹⁶⁰⁵. Damit geht Genugtuung über den Ausgleich, an den sie lediglich gekoppelt ist, hinaus und beinhaltet eine originäre, eigene Funktion, die pönal orientiert ist¹⁶⁰⁶.

(ff) Bedeutung für die Privatstrafe

Schon früh wurde in der Literatur eine Dreiteilung der Sanktionen angenommen: Neben dem Schadensersatzanspruch und neben der Strafe als Sühne für einen Rechtsbruch steht die Genugtuung, die dem Verletzten wegen Schmerzen und Kränkung zusteht¹⁶⁰⁷. Genugtuung als Verbindungsglied zu Strafe und damit Prävention erscheint aber nur als besondere Form des Schadensersatzes. Nach einer Ansicht ist dies mit der Rechtsordnung nur vereinbar, solange die Funktion der Genugtuung nicht den Charakter der bloßen Privatstrafe bekommt¹⁶⁰⁸. Somit soll verhindert werden, dass im Zivilrecht eine Strafe verhängt wird. Dies kann jedoch nicht

¹⁶⁰⁰ So BGH v. 15.11.1994, BGHZ 128, 1 (*Caroline von Monaco*); vgl. auch BGH v. 05.12.1995, NJW 1996, 984 (*Caroline von Monaco*). Dazu auch Kasper, NZA-RR 2003, 1 (2 f.).

¹⁶⁰¹ Dazu Benecke/Kern, EuZW 2005, 360 (363); Kandler, Sanktionsregelungen, S. 219. A. A. aber Kasper, NZA-RR 2003, 1 (3), und Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (421) die die drei Funktionen Ausgleich – Genugtuung – Prävention/Strafe strikt trennen.

¹⁶⁰² Vgl. dazu Staudinger/Schäfer, § 847 Rn. 9.

¹⁶⁰³ Es wurde z. B. im Fall *Caroline* das Gewinnstreben des Zeitungsverlages vorgebracht und sogar dessen mangelnder Einsatz bei den Vergleichsgesprächen; OLG Hamburg v. 25.07.1996, NJW 1996, 2870 (2872).

¹⁶⁰⁴ So z. B. Bötticher, MDR 1963, 353 (355) zur Ginseng-Rechtsprechung; Gamillscheg, FS Stoll, S. 21 (26).

¹⁶⁰⁵ BGH v. 15.11.1994, BGHZ 128, 1 (15) = NJW 1996, 985 (987) (*Caroline von Monaco*). Vgl. Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (422); Stoll, Verhandlungen des 45. deutschen Juristentags, Bd. I, 1964, S. 149 ff.; i. E. ähnlich Kasper, NZA-RR 2003, 1 (3).

¹⁶⁰⁶ Dazu Müller, Punitive Damages, S. 264; Stoll, Gutachten zum 45. Deutschen Juristentag, S.138 ff.; Wagner, AcP 206 [2006], 352 (381).

¹⁶⁰⁷ So Bötticher, MDR 1963, 353 (358), der sich bezieht auf Larenz, Schuldrecht, S. 411; ebenso Kern, AcP 191 [1991], 247 (249).

¹⁶⁰⁸ Zur Verbindung mit dem Begriff der Strafe siehe Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 224. Vgl. Wiese, Ersatz des immateriellen Schadens, S. 56; Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 106 ff.; Hermann, ZfA 1996, 19 (36).

geschehen, solange die Prävention nicht Hauptzweck der Rechtsfolgen unrechtmäßigen Verhaltens wird¹⁶⁰⁹. Das bedeutet, dass neben der Straffunktion noch andere Aspekte stehen müssen, die den pönalen Gesichtspunkten die Schärfe nehmen und die spezielle Rechtsfolge zusätzlich anders begründen. In der Tat wird die Prävention größtenteils auch als Funktion mit sekundärer Bedeutung verstanden¹⁶¹⁰. Es gibt jedoch auch Grenzfälle, in denen dies nicht so eindeutig ist: Streitig ist dies z. B. in Situationen, wo das Opfer die positive Wirkung der Genugtuung nicht mehr erfahren kann, weil ein totaler Verlust der Wahrnehmungs- und Empfindungsfähigkeit eingetreten ist¹⁶¹¹.

Trotzdem liegt auch hier keine Strafe als Hauptzweck vor: Pönale Aspekte rücken in diesen Fällen zwar in den Vordergrund, jedoch lassen sie sich nicht komplett lösen vom Ausgleichsgedanken. Denn auch bei einem Opfer, das nichts mehr spüren kann, folgt aus der Gewährung eines Schmerzensgeldes die Intention, dass dieses dem Opfer selbst zu Gute kommen soll. Eine völlige Loslösung vom Ausgleichsgedanken kann daher nur dem Strafrecht gelingen¹⁶¹². Art. 1 und 2 GG gebieten es außerdem, dem Eingriff in Persönlichkeitsrechte sogar eine höhere Bedeutung beizumessen als dem in materielle Güter, weshalb die Genugtuungsfunktion in den Vordergrund rücken darf: „In dem Beschluss wird betont, dass gerade der Genugtuungsfunktion, die aus der Regelung der Entschädigung für immateriellen Schaden gar nicht wegzudenken sei, ihre besondere Bedeutung zukomme, im übrigen aber bei der Festsetzung der Entschädigung grundsätzlich alle in Betracht kommenden Umstände des Falles berücksichtigt werden dürften“¹⁶¹³. Deutlich abgegrenzt werden muss beim Schmerzensgeld daher zwischen Vergeltungsaspekten und Prävention, was dem BGH in der Caroline-Rechtsprechung auch gelingt¹⁶¹⁴. Der BGH bemüht sich, seine Rechtsprechung zur Verletzung von Persönlichkeitsrechten vom Immaterialschadensersatz abzugrenzen und greift unmittelbar auf die Verfassung zurück.

Das Verschulden des Täters bildet aber hier sowohl den Haftungsgrund als auch den wesentlichen Bemessungsfaktor für die Strafe des Täters. Diese Strafe dient Abschreckungszwecken individueller wie genereller Art und soll damit den Rechtsgüterschutz erreichen. Genugtuung dient damit in erster Linie einer Einwirkung auf den Schädiger und darüber hinaus auch präventiv der Allgemeinheit¹⁶¹⁵. Vom alleinigen Gedanken des Ausgleichsprinzips sind diese

¹⁶⁰⁹ Dazu *Honsell*, *VersR* 1974, 205 (206); kritisch z. B. *Canaris*, in: *Festschrift für Deutsch*, S. 85 (105).

¹⁶¹⁰ Vgl. *Kandler*, *Sanktionsregelungen*, S. 220.

¹⁶¹¹ Vgl. z. B. *BGH* v. 16.12.1975, *NJW* 1976, 1147 ff.; *BGH* v. 13.10.1992, *NJW* 1993, 781 ff.

¹⁶¹² Anderer Auffassung in diesem Falle aber *Müller*, *Punitive Damages*, S. 269 ff.

¹⁶¹³ Vgl. *BGH* v. 14.02.1958, *BGHZ* 26, 349 (358), Nr. 23 (*Herrenreiter*); ähnlich *BGH* v. 19.09.1961, *BGHZ* 35, 363 (369); zustimmend *Eisemann*, *AuR* 1988, 225 (234).

¹⁶¹⁴ Siehe *Wagner*, *AcP* 206 [2006], 352 (381).

¹⁶¹⁵ Vgl. *Kern*, *AcP* 191 [1991], 247 (253).

Erwägungen damit weit entfernt¹⁶¹⁶.

Fest steht in diesem Zusammenhang, dass die deutsche Rechtsprechung sich nie ganz von der Genugtuungsfunktion als über den Ausgleich hinausgehende Kompensation verabschiedet hat, obwohl der BGH vor der *Caroline*-Entscheidung den Gedanken der Sühne nicht losgelöst von kompensatorischen Gesichtspunkten im Zivilrecht gelten lassen wollte¹⁶¹⁷. Dass dabei präventive Aspekte jedoch die Hauptrolle spielen, zeigt sich z. B. bei der Schmerzensgeldbemessung, die sich am Verschuldensgrad orientiert. Der vorrangige Blick auf den Schädiger ergibt sich auch daraus, dass teilweise erhebliche Diskrepanzen zwischen Entschädigungen wegen einer Verletzung des Körpers oder einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts existieren – dies kann sich nur daraus erschließen, dass die Leistungsfähigkeit des Schädigers maßgeblich in die Berechnung mit einbezogen wurde¹⁶¹⁸. Dies passt mit einem bloßen Ausgleichsgedanken nicht zusammen, wirkt aber auch nicht ohne Relation zum Schaden rein pönal, sondern bleibt nach wie vor an den Ausgleichsgedanken gebunden¹⁶¹⁹.

Deutlich wird auch, dass die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sehr der Entwicklung im amerikanischen Rechtsraum ähnelt, wo ebenfalls das Persönlichkeitsrecht als Vermögensrecht – *right of publicity* - angesehen wird. Deutlich ergibt sich jedoch der Unterschied, dass in Deutschland keine genaue Trennung zwischen einer ideellen Sphäre und kommerziellen Interessen möglich ist¹⁶²⁰. Denn Genugtuung und Ausgleich können nach der Rechtsprechung des BGH ja wie erörtert nicht exakt voneinander getrennt werden, weil sie bloße Modifikationen innerhalb des Schmerzensgeldanspruches darstellen und daher auch nicht aufgespaltet oder gesondert ausgewiesen werden können¹⁶²¹. An dieser „Gesamtgewährung“ ändert sich auch dadurch nichts, dass denknotwendig in der Entscheidung der Gerichte zum Ausgleich noch der Schritt der Genugtuung gemacht werden muss. Denn die Summe stellt sich im Ergebnis immer als Ganzes dar¹⁶²². Der Gedanke der Genugtuung stellt damit eine Schnittstelle zwischen Ausgleich und Strafe dar, was im Ergebnis als Gewährung einer Privatstrafe angesehen werden kann¹⁶²³.

¹⁶¹⁶ Vgl. *Hirsch*, Festschrift für Engisch, S. 304 (306 ff.); *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (423): Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass ausdrücklich nicht auf den Gedanken der Gewinnabschöpfung abgestellt wird, die durch das Bereicherungsrecht viel besser erreicht werden kann.

¹⁶¹⁷ *BGH* v. 13.10.1992, BGHZ 120, 1 (7).

¹⁶¹⁸ Vgl. *Ebert*, Pönale Elemente, S. 413.

¹⁶¹⁹ Dazu kritisch *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85 (105 ff.); *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (382).

¹⁶²⁰ Anders im amerikanischen Recht, wo das *right of privacy* deutlich vom *right of publicity* unterschieden wird, vgl. *Götting*, GRURInt. 1995, 656 (659).

¹⁶²¹ So *Müller*, Punitive Damages, S. 263 mit Verweis auf *BGH* v. 06.12.1960, VersR 1961, 164 ff.

¹⁶²² Anderer Ansicht allerdings *Müller*, Punitive Damages, S. 264, der aus der Reduzierung von Schmerzensgeldbeiträgen konkrete Berechnungen entnimmt, obwohl ein rechnerisch genauer Abzug nicht ermittelbar ist, vgl. *OLG Celle* v. 12.06.1968, JZ 1970, 548 ff.

¹⁶²³ Siehe *Kern*, AcP 191 [1991], 247 (255); *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (423).

Vergleichbar ist dies im Ergebnis mit einer Abstufung, bei der ein Effekt immer den nächsten nach sich zieht: Ausgleich reicht nicht allein, es soll auch Genugtuung für geschehenes Unrecht erfolgen. Diese Genugtuung wird durch strafende Aspekte erzeugt, die wiederum potentielle Schädiger präventiv abschrecken kann.

c) Schwere Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Arbeitsverhältnis

Nach der Rechtsprechung des BAG¹⁶²⁴ konnte der Arbeitgeber schon seit langem bei schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH¹⁶²⁵ zur Zahlung einer billigen Entschädigung in Geld verurteilt werden. Damit soll der entstandene immaterielle Schaden ausgeglichen werden. Eine Arbeitnehmerin, die als „faulste Mitarbeiterin Deutschlands“, „Königin der Tagediebe“ u. ä. bezeichnet wurde, hat so eine Entschädigungssumme von 4000 DM erhalten¹⁶²⁶.

Auch die Weitergabe von Personalakten an einen anderen Arbeitgeber, bei dem sich der Betroffene z. B. bewerben will, kann einen Schmerzensgeldanspruch auslösen. Dies gilt beispielsweise dann, wenn sie ohne sein Wissen erfolgt und ihm keinen Vorteil bringen soll¹⁶²⁷.

Die Verletzungstatbestände können somit unterschiedlichster Art sein¹⁶²⁸.

Allerdings musste auch hier eine ernsthafte Störung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegen. Diese sollte nur dann gegeben sein, wenn sie leichtfertig aus bloß materiellen Gründen erfolgte¹⁶²⁹. Auch sollte ein solcher Anspruch zunächst ausgeschlossen sein, wenn bereits arbeitsvertragliche Pflichten verletzt wären und sich aus dieser Rechtsverletzung Ansprüche ergäben¹⁶³⁰. 1979 erkannte das BAG aber an, dass auch unabhängig von arbeitsvertraglichen Normen in Fällen signifikanter, schwerer, rechtswidriger und schuldhafter Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht auch Schmerzensgeld zuerkannt werden muss¹⁶³¹. Voraussetzung ist, dass die Schwere des Eingriffs nach dem Grad des Verschuldens, sowie die Art und Schwere der Beeinträchtigung und Anlass und Beweggrund des Handelns eine Genugtuung erforderlich machen, die nicht in anderer Weise als durch Geldentschädigung erreicht werden kann. Zuletzt wurde in der Rechtsprechung jedoch nicht mehr so stark zwischen den einzelnen Aspekten differenziert und vielmehr pauschal ein Anspruch auf Grundlage der §§ 823,

¹⁶²⁴ BAG v. 18.12.1984, NJW 1986, 341 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB (*Weitergabe von Personaldaten*); BAG v. 18.02.1999, NZA 1999, 645 = AP Nr. 31 zu § 611 BGB („*Faulste Mitarbeiterin Deutschlands*“).

¹⁶²⁵ Dazu oben, „Schadensersatz und immaterieller Schaden“.

¹⁶²⁶ BAG v. 18.02.1999, NZA 1999, 645 = AP Nr. 31 zu § 611 BGB („*Faulste Mitarbeiterin Deutschlands*“).

¹⁶²⁷ BAG v. 18.12.1984, NJW 1986, 341 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB (*Weitergabe von Personaldaten*).

¹⁶²⁸ Z. B. Bezeichnung einer Arbeitnehmerin als „faulste Mitarbeiterin Deutschlands“ - BAG v. 18.02.1999, NZA 1999, 645 = AP Nr. 31 zu § 611 BGB - oder eine unberechtigte Abmahnung - LAG Köln v. 07.01.1998, 1036. Vgl. auch Kasper, NZA-RR 2003, 1.

¹⁶²⁹ Grundlegend: BAG v. 14.09.1967, BAGE 20, 96 = AP Nr. 1 zu § 252 BGB.

¹⁶³⁰ So BAG v. 25.04.1972, BAGE 24, 248 (259).

¹⁶³¹ BAG v. 21.09.1979, AP Nr. 13 zu § 847.

847 BGB (a. F.) begründet¹⁶³². Schmerzensgeld wurde durch die Instanzgerichte vor allem in Fällen von gezieltem *Mobbing*¹⁶³³, der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten¹⁶³⁴, verdeckter Überwachung¹⁶³⁵, aber auch bei Diskriminierungen (z. B. wegen des Gewichts und im Falle sexualbezogener Äußerungen) zugesprochen¹⁶³⁶.

Im Ergebnis kommen Schmerzensgeldansprüche aber nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber durch eine unerlaubte Handlung rechtswidrig und schuldhaft eine schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung begangen hat. Das Handeln des Arbeitgebers muss einen besonderen Unrechtsgehalt aufweisen. Im Wesentlichen haben sich die Geldbeträge bisher unter 10 000 DM (ca. 5000 Euro) bewegt¹⁶³⁷. Trotzdem rückt aber auch hier der Präventionsgedanke in den Vordergrund, weil durch die Androhung bestimmter Rechtsfolgen ein schädigendes Verhalten des Arbeitgebers von vorn herein vermieden werden soll. Es geht in diesen Fällen nicht nur darum, dass geschehenes Unrecht ausgeglichen werden soll, sondern auch darum, dass eine Geldleistung fällig wird. Diese ist nämlich in jedem Fall teurer als z. B. eine bloße Entschuldigung, die an sich ja auch den Rechtsfrieden wiederherstellen könnte. Die Aussicht, dass der Arbeitgeber sich im Falle einer Persönlichkeitsrechtsverletzung finanziellen Ansprüchen ausgesetzt sieht, kann ihn aber von vorn herein abschrecken, sich falsch zu verhalten¹⁶³⁸.

4. Immaterialgüterrecht und gewerblicher Rechtsschutz

a) Allgemeines

Die haftungsrechtlichen Dimensionen des Immaterialgüterrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes können hier nur angedeutet werden¹⁶³⁹. Das Immaterialgüterrecht verfügt aber über mehrere Institute, die von den bekannten Schadensersatzregelungen abweichen und dem Schädiger mehr zusprechen, als an Schaden entstanden ist¹⁶⁴⁰. Sanktionsrechtliche Funktionen übernehmen vor allem das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und das Gesetz

¹⁶³² BAG v. 18.02.1999, NZA 1999, 645 = AP Nr. 31 zu § 611 BGB („*Faulste Mitarbeiterin Deutschlands*“).

¹⁶³³ ArbG Lübeck v. 07.09.2000, AuA 2001, 138; LAG Rheinland-Pfalz v. 16.08.2001, NZA-RR 2002, 121 (122).

¹⁶³⁴ LAG Hamburg v. 03.04.1991, NZA 1992, 509; LAG Köln v. 07.01.1998, MDR 1998, 1036 ff.

¹⁶³⁵ ArbG Frankfurt a. M. v. 26.09.2000, FA 2001, 48.

¹⁶³⁶ OLG Frankfurt a. M. v. 26.08.1999, NJW-RR 2000, 976.

¹⁶³⁷ Vgl. Kasper, NZA-RR 2003, 1 (5).

¹⁶³⁸ LAG Berlin v. 05.03.1997, NZA-RR 1998, 488.

¹⁶³⁹ Auch dem europäischen Kartellrecht merkt man z. B. an, dass es sich an das US-amerikanische System angleichen will. Dieses verlässt sich sehr auf die Eigeninitiative der Marktteilnehmer und schafft ihnen deshalb finanzielle Anreize, ihr Recht durchzusetzen. Eine Darstellung dieser Anreize geht jedoch weit über die Zielsetzung dieser Arbeit hinaus, weshalb ein diesbezüglicher Hinweis genügen soll. Kritisch bezüglich der konkreten Umsetzung z. B. Wagner, AcP 206 [2006], 352 (405 ff.).

¹⁶⁴⁰ Dazu Dreier, Kompensation und Prävention, S. 57 ff., zur historischen Entwicklung S. 76 ff. (Kapitel 3/I); einen Überblick verschafft auch Wagner, AcP 206 [2006], 352 (404 ff.).

gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), neuerdings aber auch zivilrechtliche Normen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁶⁴¹.

Der Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums wurde zunächst außerhalb des BGB etabliert und hatte mangels anderer Strafnormen einen stark strafrechtlichen Inhalt, der sich z. B. über Bußgelder zeigte¹⁶⁴². Strafrechtliche Sanktionen traten mit der Zeit zwar in den Hintergrund, jedoch besteht ihr Grundgedanke bis heute neben den zivilrechtlichen Normen fort, indem diese Normen zunächst noch strafrechtsähnlich konzipiert waren, aber ebenfalls zivilrechtlich sanktioniert sind¹⁶⁴³.

b) Verletzung von Immaterialgüterrechten und dreifache Schadensberechnung

Schadensersatzansprüche beim Immaterialgüterrecht sind grundsätzlich verschuldensabhängig und richten sich nach den allgemeinen Vorschriften, §§ 249 BGB¹⁶⁴⁴. Jedoch gehen viele Regeln auch über das hinaus, was im BGB verankert ist. Damit sind jedoch nicht die typischen strafrechtlichen Sanktionen, die nicht in das StGB integriert wurden, sondern weitgehend in den Immaterialgüterrechtsgesetzen verblieben sind, gemeint. Diese sind in den Gesetzen als Straf- und Bußgeldvorschriften ausgewiesen. Es geht vielmehr um die eigentlich zivilrechtlichen Normen, die pönale Aspekte berücksichtigen¹⁶⁴⁵.

Am bekanntesten ist die in Verletzungsfällen übliche „dreifache Schadensberechnung“, die mittlerweile ihre gesetzliche Grundlage in § 97 UrhG gefunden hat¹⁶⁴⁶: Bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten hat der Inhaber des Rechtsgutes gegenüber dem Verletzer die Wahl zwischen der Liquidation des Vermögensschadens einschließlich des entgangenen Gewinns¹⁶⁴⁷, der Abrechnung auf Basis einer hypothetischen Lizenzanalogie oder der Herausgabe des vom Verletzer erzielten Gewinns¹⁶⁴⁸. Solche selbstständigen „Strafzuschläge“ im Bereich wirtschaftsrechtlicher Sondergebiete wie die hypothetische Lizenzgebühr oder der Anspruch auf Gewinnherausgabe sind deshalb Ausnahmen vom Ausgleichsprinzip, weil sie dem Schädiger mehr wegnehmen, als er an Schaden tatsächlich zugefügt hat¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴¹ Viele Beispiele für immateriellen Rechtsschutz sind zu finden bei *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 57 ff.

¹⁶⁴² Eine Übersicht bietet z. B. *Müller*, Punitive Damages, S. 50 ff.

¹⁶⁴³ Zur Historie siehe *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 76 f.; S. 114.

¹⁶⁴⁴ Siehe *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 78 f.

¹⁶⁴⁵ Zum strafrechtlichen Inhalt siehe *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 113 f.; *Müller*, Punitive Damages, S. 102 ff.

¹⁶⁴⁶ Siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 544; *Müller*, Punitive Damages, S. 101 ff.

¹⁶⁴⁷ Diese Version ist allerdings laut *Ebert*, Pönale Elemente, S. 545, pönaler Elemente „unverdächtig“.

¹⁶⁴⁸ Siehe *Meier-Beck*, GRUR 2005, 617 ff.; *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (373); siehe auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 84.

¹⁶⁴⁹ Dazu *Müller*, Punitive Damages, S. 103 ff.; *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (374 ff.). A. A. *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (416 ff.). Auch *Ebert*, Pönale Elemente, S. 545 dagegen hält die Gewinnherausgabe nicht für eine Folgenreuegeung mit Strafwirkung.

Andererseits ist der Verletzer hier auch im Falle einer Verurteilung nicht grundsätzlich in einer schlechteren Position, als hätte er die schädigende Handlung niemals vorgenommen: Der Geschädigte hat ein Wahlrecht und wird sich nach finanziellen Aspekten entscheiden, nicht aber unbedingt nach der für den Schädiger einschneidendsten Lösung. So kann z. B. die hypothetische Lizenzgebühr deutlich niedriger ausfallen als die Herausgabe des Gewinns.

Trotzdem klingt in Teilen dieser Lösungsmöglichkeiten bewusst der Wille zu sanktionierenden Rechtsfolgen an, weil allein die Möglichkeit der niedrigeren Lizenzgebühr nichts an ihrer Rechtsnatur ändert und der Geschädigte sicher nicht die günstigste Lösung favorisieren wird.

Bei der Verletzung kleiner Musikaufführungsrechte z. B. wird der GEMA (Verwertungsgesellschaft musikalischer Rechte) nach der GEMA-Rechtsprechung pauschal die doppelte Lizenzgebühr zugesprochen¹⁶⁵⁰. Der BGH hat insbesondere aber bei der GEMA-Rechtsprechung und der Verletzung kleiner Musikaufführungsrechte dem Präventionsgedanken sichtbar nachgegeben¹⁶⁵¹. Was auf den ersten Blick wie eine Strafe wirken könnte, fußt aber eigentlich in der Überlegung, dass die GEMA zum Schutz der ihr anvertrauten Güter eine Überwachungsorganisation unterhalten müsse, deren Kosten von den Verletzern getragen werden soll¹⁶⁵². Wenn allerdings ebenso geäußert wird, dass allein die Herausgabe des Gewinns nicht ausreiche, um Verstöße gegen das GEMA-Recht zu unterbinden, so rechtfertigt dies die Annahme, dass Kompensation und Sanktion hier zumindest ineinander greifen und auf eine Stufe gestellt werden. Auch sie verfolgen aber das Ziel der Kompensation und verfolgen nur am Rande präventive Zwecke¹⁶⁵³. Diese resultieren zudem daraus, dass der Schaden gerade bei immateriellen Rechtsgütern schwer bezifferbar ist. Solche Regelungen sind daher Ausnahmeregelungen, die nicht nur Strafzwecke verfolgen¹⁶⁵⁴.

Anders verhält es sich jedoch mit der Herausgabe des Verletzergewinns: Vor allem diese Herausgabe schien die Ersatzmöglichkeiten bei der Verletzung geistigen Eigentums umfassend auszuschöpfen. Jedenfalls erscheint der umfassende Ersatz von Schäden bei der Herausgabe des gesamten Gewinns teilweise als übermäßige Begünstigung, die ihren einzigen Zweck darin hat, dem Verletzer alle Vorteile zu nehmen. Er soll nun so behandelt werden, als hätte er das Geschäft nur für einen anderen auf dessen Rechnung geführt. Die Ersatzverpflichtung ergibt sich aus einer Anlehnung an §§ 687 II, 667 BGB¹⁶⁵⁵. Der Verletzergewinn muss

¹⁶⁵⁰ Hierzu z. B. *Hoeren*, MMR 2003, 299 (300); *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 89 ff.; *Müller*, Punitive Damages, S. 127 ff.

¹⁶⁵¹ *BGH* v. 22.01.1986, BGHZ 97, 37 (49) - (GEMA-Rechtsprechung); dazu auch *Meier-Beck*, GRUR 2005, 617 (618).

¹⁶⁵² *BGH* v. 24.06.1955, BGHZ 17, 376 (383); *BGH* v. 22.01.1986, BGHZ 97, 37 (50); *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 222.

¹⁶⁵³ Siehe *Stiefel/Stürner*, VersR 1987, 829 (844).

¹⁶⁵⁴ Ebenso *Hoeren*, MMR 2003, 299 (301 f.).

¹⁶⁵⁵ Vgl. *Meier-Beck*, GRUR 2005, 617 f.

zumindest in der Höhe herausgegeben werden, in der er auf der Rechtsverletzung beruht¹⁶⁵⁶. Die Methoden der Schadensberechnung haben daher in diesem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes mit „Schadensersatz“ nur noch einen Bruchteil gemeinsam, was auch der BGH offen zugibt¹⁶⁵⁷. Anerkannt ist, dass es sich vielmehr um eine Entschädigung für eine schuldhaft Patentverletzung handelt als um Schadensersatz materieller Art¹⁶⁵⁸. Die Herausgabe des Verletzergewinns hat daher auch ausgleichsunabhängige Sanktions- und Präventionswirkungen¹⁶⁵⁹. Auch die Kommission setzt bei ihren europäischen Vorgaben auf Abschreckung: Die Verletzung des geistigen Eigentums soll unter Strafe gestellt werden, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein soll, wobei auch die Lizenzgebühr nach diesen Vorschlägen generell doppelt ersetzt werden muss¹⁶⁶⁰.

Die Diskussion erinnert stark an die Probleme, die auch § 15 I, II AGG mit sich bringt, weil Pönalfunktionen im Raume stehen, die möglicherweise im Ordnungswidrigkeitenrecht einen besseren Platz gefunden hätten¹⁶⁶¹. Die Diskussion des Strafschadensersatzes findet damit auch in diesem Rechtsgebiet statt, wobei aber die Kommission selbst klarstellt, dass mit ihren Vorschlägen keine ausschließliche Strafe gemeint sei, sondern eher eine „Aufwandsentschädigung“¹⁶⁶². Aus diesem Grunde wurden die Vorgaben für den Schutz des geistigen Eigentums auch mit der Zeit weniger speziell und ähneln in ihren Sanktionsvorgaben sehr dem Antidiskriminierungsrecht, indem sie die konkrete Ausformung den Staaten überlassen und ausschließlich Rahmenbedingungen aufstellen¹⁶⁶³. Auch hier hat der Gesetzgeber sich der Verantwortung unter Hinweis auf die ausreichende Rechtsschutzgewährung durch die Rechtsprechung entzogen¹⁶⁶⁴.

V. Die Gefährdungshaftung

Einen besonderen Fall im deutschen Haftungsrechtssystem stellt die Gefährdungshaftung dar. Dabei handelt es sich um eine Haftung, die nicht an ein Verschulden geknüpft ist. Ob sie daher überhaupt pönale Elemente beinhaltet, soll an dieser Stelle geklärt werden, da sich dieser Gedanke nicht unbedingt aufdrängt.

¹⁶⁵⁶ BGH v. 02.11.2000, BGHZ 145, 366 (375) = GRUR 2001, 329 (332).

¹⁶⁵⁷ BGH v. 10.03.1983, BGHZ 59, S. 286 (288) zur doppelten Lizenzgebühr.

¹⁶⁵⁸ Ähnlich *Meier-Beck*, GRUR 2005, 617 (618).

¹⁶⁵⁹ *Meier-Beck*, GRUR 2005, 617 (618) mit Verweis auf BGH v. 30.11.1976, BGHZ 68, 90 (94) (*Kunststoffhohlprofil I*) = GRUR 1977, 250 (254).

¹⁶⁶⁰ Vgl. konkret zum Immaterialgüterrecht und zum doppelten Schadensersatz (damals noch zu Art. 17 RL 2001/29/EG, Abl. EG Nr. L 167 v. 22.06.2001, S. 10 ff.) siehe *Hoeren*, MMR 2003, 299 (301).

¹⁶⁶¹ Zum Vorschlag eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes siehe kritisch *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 6 VIII 2, S. 297 f.

¹⁶⁶² Vgl. zu diesem Problem *Hoeren*, MMR 2003, 299 (301 f.).

¹⁶⁶³ Vgl. RL 2005/29/EG vom 11. Mai 2005, ABI EG Nr. L 149 v. 11.06.2005, S. 22 ff.

¹⁶⁶⁴ Dieser Ansicht ist *Ebert*, Pönale Elemente, S. 547.

In verschiedenen Gesetzen finden sich bestimmte Haftungstatbestände, die sich aus einer Einstehenspflicht für übermäßige Gefahr ergeben. Die Gefährdungshaftung ist vom Prinzip her eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung, die aus der Entwicklung der Technik und des Massenverkehrs folgt¹⁶⁶⁵. Allerdings ist eine reine Kausalhaftung bzw. absolute Haftung nicht erwünscht. Gemeint ist deshalb eine eingeschränkte Kausalhaftung¹⁶⁶⁶. So entfällt bei unvermeidbaren Unfällen die Haftung wieder¹⁶⁶⁷. Dem Hersteller sind z. B. auch bei der Produkthaftung nur solche Fehler zuzurechnen, die ihr Ursache in Entwicklung, Konstruktion, Instruktion oder Fabrikation haben. Dies alles sind Produktfehler, die sich noch in die Sphäre des Herstellers integrieren lassen. Der Hersteller unterliegt demnach einem bestimmten Betriebsrisiko¹⁶⁶⁸.

Die erste Gefährdungshaftungsnorm im deutschen Rechtsraum war § 25 des Preußischen Eisenbahngesetzes von 1838, wonach die Bahn für Sach- und Personenschäden zu haften hatte. Weitere Materien, die mit der Gefährdungshaftung in Berührung kommen, sind beispielsweise das Kraftfahrzeuggesetz von 1909, das Luftverkehrsgesetz von 1922, das Atomgesetz von 1959, das Arzneimittelgesetz von 1976 und das Produkthaftungsgesetz von 1989 sowie das Gentechnikgesetz von 1990¹⁶⁶⁹.

Dadurch, dass diese Rechtsbereiche sehr unterschiedlich sind, ergibt sich, dass eine Gefährdungshaftung nicht auf bestimmte Rechtsbereiche beschränkt sein kann. Allerdings kommt nur dann eine Gefährdungshaftung in Betracht, wenn bestimmte Aspekte für eine solche Haftungsart sprechen. Erstens wird dabei auf ein bestimmtes spezifisches Risiko abgestellt, das einen bestimmten Risikozusammenhang herstellen kann. Dies ist das so genannte haftungsbe gründende bzw. haftungsbegrenzende Element der Haftung.

Deutsch versucht diese Haftung zu beschreiben, indem er vertritt, dass sie sich aus dem Gedanken entwickelt habe, dass die Höhe der Gefährdung durch eine bestimmte Gefahrenquelle so beträchtlich ist, dass die anderen nur dann zugemutet werden kann, wenn eine Schadensabnahme erfolgt¹⁶⁷⁰. Dies folge daraus, dass kontrollierter Umgang mit der Gefahr dort sorgfältiges Verhalten sei, wo nach einem heutigen Verständnis der Fahrlässigkeit gar nicht mehr absolut die Vermeidung des Schadens erreicht werden könne¹⁶⁷¹. Konzipiert ist die Gefährdungshaftung dergestalt, dass zunächst eine Gefährdung vorliegen muss, die im Sinne einer

¹⁶⁶⁵ Vgl. *Bentert*, Das pönale Element, S. 23; *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 634; *Stoll*, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, S. 31 f.

¹⁶⁶⁶ Siehe ausführlich *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 78 f.

¹⁶⁶⁷ Ähnlich ist dies auch bei der strict liability im amerikanischen Recht, siehe *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 79.

¹⁶⁶⁸ *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 79.

¹⁶⁶⁹ Mit weiteren Beispielen *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 81 f.

¹⁶⁷⁰ *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 24. Vgl. auch *Bentert*, Das pönale Element, S. 23.

¹⁶⁷¹ Siehe *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 635.

abstrakten Gefahr bestehen muss. Zweitens werden der personale und gegenständliche Schutzbereich abgegrenzt, indem nur bestimmte Schäden ersetzt werden können (Personen- und Sachschäden)¹⁶⁷².

Drittens werden Haftungsausschlussgründe vorgesehen, wenn das Ereignis unabwendbar war, Mitverschulden vorlag oder Mitgefährdung eine Rolle gespielt hat oder „höhere Gewalt“ vorliegt. Viertens und letztens ist der Haftungsumfang in der Regel ebenfalls begrenzt. Grundsätzlich gibt es heute kein Schmerzensgeld und es existieren Haftungshöchstgrenzen. Auch die §§ 823 ff BGB enthalten eine Haftung ohne Verschulden als Gefährdungshaftung im Sinne des § 833 BGB sowie eine Haftung aus Gründen der Billigkeit gemäß § 829 BGB¹⁶⁷³.

Es stellt sich die Frage, ob die Gefährdungshaftung ebenfalls pönale Aspekte beinhaltet. Dies wäre nur dann der Fall, wenn durch sie ein rechtlich missbilligtes Verhalten geahndet werden sollte. Gefährdungshaftung straft aber nicht, sondern soll lediglich einen Schaden ausgleichen. Denn das Verhalten des Schädigers wird von Gesetz als erlaubt angesehen und sogar gewollt. Die Gefährdungshaftung ist einzig eine Reaktion auf besondere Gefahren, die zwingend mit dieser Tätigkeit einhergehen. Pönale Effekte sind ihr daher nicht zuzuschreiben. Es sollen vielmehr solche Schäden, die schnell erlitten werden können, einfach ausgeglichen werden können¹⁶⁷⁴. Die Gefährdungshaftung hat daher keinerlei Züge einer pönalisierenden Wirkung¹⁶⁷⁵.

Die Präventionswirkung der Gefährdungshaftung ist dagegen schon seit langem anerkannt¹⁶⁷⁶. Denn die Existenz eines solchen Haftungstatbestandes regt denjenigen, der der Gefahr der Gefährdungshaftung ausgesetzt ist, an, Gegenmaßnahmen zu ergreifen, indem er z. B. besondere Sicherheitsstandards einführt und so das Risiko einer Haftung minimieren kann¹⁶⁷⁷.

Die Gefährdungshaftung unterscheidet sich also gravierend von der Verschuldenshaftung, weil sie nicht der Missbilligung eines Verhaltens dient, sondern auf einer präventiven Zurechnung zum Verhalten des Haftenden beruht¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷² Zur Ausnahme des § 22 WHG siehe *Brügemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 82 mit weiteren Nachweisen.

¹⁶⁷³ Siehe z. B. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 9.

¹⁶⁷⁴ Im Ergebnis auch *Bentert*, Das pönale Element, S. 23 ff.

¹⁶⁷⁵ So auch *Ebert*, Pönale Elemente, S. 411.

¹⁶⁷⁶ Vgl. zur Gefährdungshaftung *Bentert*, Das pönale Element, S. 24; *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 18.

¹⁶⁷⁷ Vgl. *Bentert*, Das pönale Element, S. 25.

¹⁶⁷⁸ Vgl. *Bentert*, Das pönale Element, S. 25.

VI. Ausnahmen der strikten Trennung aus der Sicht des Strafrechts - Die Privatklage und das Adhäsionsverfahren

Eine weitere Annäherung von Privatrecht und Strafrecht ist vom öffentlich rechtlichen Strafrecht ausgegangen, indem Teile des Strafrecht gewissermaßen reprivatisiert wurden¹⁶⁷⁹. Auch die StPO selbst verfügt über Mittel, die den Privaten in den Vordergrund des Strafprozesses stellt und die Grenzen zwischen Privatrecht und Strafrecht verschwimmen lässt. Dies geschieht durch die Einräumung von Rechten, die an sich dem Staat vorbehalten sind.

Die Strafprozessordnung sieht vor, dass der Private auch dann noch selbst die Strafverfolgung betreiben kann, wenn durch die Staatsanwaltschaft das öffentliche Interesse an der Verfolgung i. S. d. § 376 StPO verneint wurde. Erheben kann die Privatklage nur der Verletzte. Dadurch wird gewährleistet, dass der einzelne selbst dann seine Rechte durchsetzen kann, wenn das Verfahren durch des Staat gemäß § 170 II 1 StPO eingestellt wurde. Vor der Beschreitung des Privatklagewegs muss jedoch in den Fällen des § 380 I StPO zunächst ein Sühneversuch erfolglos verlaufen sein. Der Privatkläger kann die ihm zur Verfügung stehenden Mittel nur zu Lasten des Beschuldigten anwenden¹⁶⁸⁰.

Das Adhäsions- oder Anhangsverfahren nach §§ 403 ff. StPO gibt dem Verletzten im Falle von Straftaten die Möglichkeit, seine bürgerlich-rechtlichen Ansprüche im Strafverfahren durchzusetzen¹⁶⁸¹. Geltend gemacht werden können hier ausschließlich vermögensrechtliche Ansprüche, die Schmerzensgeldansprüche ebenfalls umfassen. Im Adhäsionsverfahren gelten allerdings nicht die Vorschriften der ZPO, sondern die der StPO. Begründeten Adhäsionsanträgen wird im Strafurteil statt gegeben, bei Strafbefehlen ist daher das Adhäsionsverfahren auch nicht möglich¹⁶⁸².

Dies zeigt, dass insbesondere aus der Sicht des Strafrechts die Trennung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht nicht streng praktiziert wird. Dies gilt auch, wenn das Adhäsionsverfahren nur der Verfahrensökonomie dienen soll, weil der Täter die Verbindung der Schadensersatzfrage mit dem Strafprozess umso mehr als Strafe empfinden wird¹⁶⁸³.

Weitere Beispiele sind z. B. auch die Wiedergutmachungsaufgaben im Rahmen der Einstellung nach § 153 a StPO oder der Strafaussetzung auf Bewährung, §§ 56b II Nr. 1, 57 III StGB oder die Berücksichtigung der Bemühung des Täters, den Schaden wieder auszugleichen bei der Strafzumessung im Rahmen des § 46 II StGB, die sich an Kompensationsgesichtspunkten

¹⁶⁷⁹ So formuliert etwa *Ebert*, Pönale Elemente, S. 413.

¹⁶⁸⁰ Zur Privatklage siehe *Beulke*, StPO, Rn. 590 ff.; *Meyer-Goßner*, StPO, Vor 374, Rn. 1 ff.

¹⁶⁸¹ Vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, Vor § 403, Rn. 1 ff.; *Müller*, Punitive Damages, S. 64.

¹⁶⁸² Siehe *Beulke*, StPO, Rn. 597 ff.; *Meyer-Goßner*, StPO, Vor § 374, Rn. 12.

¹⁶⁸³ Siehe *Meyer-Goßner*, StPO, Vorb. Zu § 403 Rn. 1 ff.; *Müller*, Punitive Damages, S. 65.

orientieren¹⁶⁸⁴. Ähnliche Regelungen lassen sich in §§ 13 II Nr. 2 und 15 I 1 Nr. 1 JGG finden, wo jugendlichen Straftätern die Schadenswiedergutmachung auferlegt werden kann¹⁶⁸⁵. Auch das in vieler Hinsicht umstrittene Konzept des Täter-Opfer-Ausgleichs ist ein Beleg für die Annäherung von Straf- und Privatrecht, weil in diesen Fällen die Strafe konkret von Ausgleichsgesichtspunkten abhängt¹⁶⁸⁶.

VII. Konsequenzen

1. Zur Renaissance der Privatstrafe

Die Trennung zwischen Strafrecht als öffentlichem Recht und Zivilrecht ist längst nicht so strikt, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag¹⁶⁸⁷. Insbesondere der Einfluss präventiver Überlegungen im Zivilrecht ist mittlerweile in der deutschen Rechtslandschaft nicht mehr von der Hand zu weisen, wengleich er in seiner Anfangszeit noch vehement bestritten wurde¹⁶⁸⁸. Insofern hat ein stetiger Wandel in der Rechtswissenschaft stattgefunden, der sich insbesondere in der Bewertung verschiedener Normen zeigt, die maßgeblich auf den Einfluss des Europäischen Rechts zurück zu führen sind, aber auch die Grundstrukturen des Haftungsrechts teilweise neu bewerten. Maßgeblich dafür verantwortlich sind die unterschiedlichen Entwicklungen, die das Haftungsrecht durch den Schutz zum Teil neuer Rechtsgüter erfahren musste¹⁶⁸⁹. Über klassische Normzwecke hinaus wird also auf Zwecke und Funktionen zurück gegriffen, die Teil des Haftungsrechts sein können. Der Rückgriff auf „Genugtuung“, allgemeine Billigkeitserwägungen oder multiple Schadensberechnungen zeigen neue Wirkungen des Zivilrechts, wenn es um den Ausgleich von Schäden jeglicher Art geht. Nicht bereits in der Androhung von Schadensersatzverpflichtungen liegt grundsätzlich eine abschreckende Wirkung. Diese muss in vielen Fällen erst noch dadurch erzeugt werden, dass eine Rechtsverletzung sich definitiv nicht lohnen würde¹⁶⁹⁰.

Tatsächlich wollen die Opfer einer Zivilrechtsverletzung nunmehr einen wirklichen Ausgleich, nicht nur eine schematisierende, zahlenmäßige Kompensation. Bei diesen individuell zu bestimmenden Faktoren hat das Schmerzensgeld allein bei einer zu restriktiven Anwen-

¹⁶⁸⁴ Siehe *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 518, Fn. 70; dazu auch *Roxin*, FS Baumann, S. 243 ff., der die fest damit verzahnte Rolle der Wiedergutmachung im Strafrecht erläutert; auch *Hellmer*, FS Mayer, S. 665 zur Bedeutung des Schmerzensgeldes im Strafrecht.

¹⁶⁸⁵ Dazu z. B. im Überblick *Müller*, Punitive Damages, S. 66.

¹⁶⁸⁶ Zum Täter-Opfer-Ausgleich siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 548 ff.

¹⁶⁸⁷ Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 517 ff.; *Kern*, AcP 191 [1991], 247 (253); *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 ff. (434); *Staudinger*, NJW 2006, 2433 (2434).

¹⁶⁸⁸ Z. B. *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 18; *Müller*, JA 2000, 119 (120); *Stiefel/Stürner*, Vers R 1987, 829 (841).

¹⁶⁸⁹ Z. B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Recht am Gewerbebetrieb, vgl. z. B. *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 10 f.

¹⁶⁹⁰ So z. B. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 132 f.

derung aber deutliche Defizite und wird demnach durch überkompensatorische Aspekte ergänzt¹⁶⁹¹. Einerseits hat der Gesetzgeber selbst – nicht zuletzt auf Grund des Einflusses der europäischen Richtlinien – Normen geschaffen, die über den Ausgleich hinausgehen¹⁶⁹².

Ebenfalls haben aber auch die Gerichte die Möglichkeit der Zusprechung eines Schmerzensgeldes dazu genutzt, die noch fehlende Umsetzung der Richtlinien zumindest in der Rechtsprechung wieder auszugleichen. Zwar hat es keine explizit auf Arbeitsverhältnisse abgestimmte Regelung gegeben, jedoch konnten die verletzten Kläger dennoch eine Genugtuung verlangen. Diese Praxis zeigt damit zwar, dass die Gerichte darauf bedacht waren, dem Europarecht möglichst gerecht zu werden. Allerdings ist damit bisher nicht belegt, dass die Gerichte durch ihre Rechtsprechung eine Art Privatstrafe oder auch Strafschaden begründen wollten. Das deutsche Schadensersatzsystem wird zwar an einigen Stellen durchbrochen, indem der Präventionswirkung eine vorrangige Position zugesprochen wird, jedoch ist diese niemals von kompensatorischen Gesichtspunkten lösbar¹⁶⁹³. Scheinbar nirgendwo wird Schadensersatz gewährt, um lediglich zu strafen¹⁶⁹⁴. Daher kann auch nicht mehr davon ausgegangen werden, dass ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch, wie er z. B. bei der Gefährdungshaftung anerkannt wird¹⁶⁹⁵, „systemwidrig“ sei: Eine grundlegende Änderung hat das Zivilrecht dadurch erfahren, dass bewusst die Zielsetzung der gesellschaftlichen Steuerung aufgenommen wurde, indem z. B. auch die Steuerungszwecke von Schadensersatzansprüchen anerkannt wurden¹⁶⁹⁶.

Teilweise wird in der neueren Literatur sogar davon ausgegangen, dass Verhaltenssteuerung im Präventionsinteresse neben dem Ausgleich eine gleichrangige Aufgabe sei¹⁶⁹⁷. Deutlich wird durch die eher zurückhaltende Rechtsprechung auch, dass diese den Willen des Gesetzgebers akzeptiert, dass geschlechtsspezifische Diskriminierungen nur so weit sanktioniert werden sollten, wie es nach europäischem Recht unbedingt erforderlich war. Das BAG hat aber in diesem Zusammenhang auch angedeutet, dass diese Entscheidung nicht für immer getroffen sein müsse. Die restriktive Anwendung stelle zunächst nur eine Art Grundentscheidung zur „Minimalerfüllung“ dar, über die aber auch hinausgegangen werden könne¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹¹ So *Lüderssen* in: Festschrift für Hirsch, S. 879 (890 f.).

¹⁶⁹² Vgl. *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (389), der speziell §§ 241a und 661a BGB als Paradebeispiele für die Prävention vor wettbewerbswidrigem Verhalten nennt.

¹⁶⁹³ So *Müller*, Punitive Damages, S. 187 ff.; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 122 f.; *Wendeling-Schröder*, DB 1999, 1012 (1013).

¹⁶⁹⁴ Siehe *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 223.

¹⁶⁹⁵ Zur Gefährdungshaftung siehe oben, Dritter Teil, C. IV.

¹⁶⁹⁶ Dazu *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 518; *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 19.

¹⁶⁹⁷ So *Wagner*, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, These 2, S. A 132; wohlwollend auch *Müller*, JA 2000, 119 ff.

¹⁶⁹⁸ BAG, Urteil vom 14.03.1989 – 8 AZR 447/87 (*Tierannahme*), BAGE 61, 209 ff. = NJW 1990, 65 (67) = NZA 1990, 21 (23) = JZ 1991, 43 = AP Nr. 5 zu § 611a BGB.

Wagner kritisiert die Diskussion um die Zulässigkeit strafender Aspekte deshalb, weil die Gegner von pönalen Elementen die Strafzwecke nicht auf ihre Funktionen hin untersuchen. Seiner Ansicht nach muss genau unterschieden werden zwischen Vergeltung und Prävention. Bei dieser Analyse fällt auf, dass im Gegensatz zum Strafrecht im Zivilrecht der Hauptschwerpunkt auf Prävention, nicht auf Strafe, liegt. Die betreffenden Regelungen sind demnach auch so ausgearbeitet, dass hauptsächlich Anreizfunktionen für das rechtstreue Verhalten vorliegen, die meistens in einem Verlustrisiko bei Rechtsverstößen bestehen. Hingenommen wird, dass dies unter Umständen auch zu einem *windfall profit* beim Geschädigten führen kann¹⁶⁹⁹. Dieses Ergebnis beruht aber nicht originär auf Vergeltungsgesichtspunkten, weshalb eine Bereicherung des Geschädigten nur bis zu einem gewissen Grade hingenommen wird – z. B. muss die Darlehenssumme auch beim Wucherdarlehen zumindest zurück gezahlt werden. Insbesondere die Genugtuungsfunktion ist daher nur ein Synonym für die sanktionierende Aspekte¹⁷⁰⁰. Anders als bei der herkömmlichen Privatstrafe ist bei der Genugtuung aber die Sühne nicht der Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, den Verletzten zu besänftigen. Die Genugtuung dient nicht den Interessen der Allgemeinheit, sondern geschieht nur im Interesse des Verletzten¹⁷⁰¹. In den Fällen, in denen sich der Verletzer selbst nach Abzug seiner Schadensersatzleistungen über den zu kompensierenden Wert des Schadens hinausgehende Vorteile verschaffen kann, die ihn besser stellen, als hätte er sich nicht falsch verhalten, muss die präventive Wirkung stärker eingreifen¹⁷⁰².

Eine Renaissance der Privatstrafe im allein strafenden Sinne¹⁷⁰³ wird daher an dieser Stelle verneint, da Strafe im deutschen Zivilrecht nie Selbstzweck ist, sondern immer an andere, ausgleichende Aspekte gekoppelt wird¹⁷⁰⁴. Die Privatstrafe ist aber über Umwege und - meistens gekoppelt an ausgleichende Aspekte – wieder in breitem Umfang in das Zivilrecht integriert worden.

2. Öffnung des deutschen Rechts für Verhaltenssteuerung

a) Verhaltenssteuerung als Ziel zivilrechtlicher Normen

Seit Beginn des 20. Jahrhunderts kam es im europäischen Rechtsraum schon zu Brüchen im System der Trennung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht.

¹⁶⁹⁹ Beispiel der Wucherdarlehens, bei dem keinerlei Zinsen verlangt werden dürfen bei *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (366 ff).

¹⁷⁰⁰ So z. B. umfassend *Kern*, AcP 191 [1991], 247 (272).

¹⁷⁰¹ So *Stoll*, Gutachten zu 45. Deutschen Juristentag, S. 152.

¹⁷⁰² Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 143.

¹⁷⁰³ So formuliert *Ebert*, Pönale Elemente, S. 578.

¹⁷⁰⁴ Vgl. dazu die Auffassung von *Müller*, Punitive Damages, S. 58 ff.

Prävention und Verhaltenssteuerung werden beispielsweise vielerorts in Europa als Regelungszwecke des Zivilrechts anerkannt, weil spezielle Anforderungen an das Recht die Aufweichung des Systems unvermeidbar gemacht haben und die verschiedenen Teilrechtsordnungen mit ihren speziellen Instrumentarien eingesetzt wurden, um das Verhalten des einzelnen zu steuern¹⁷⁰⁵. In Deutschland dagegen blieben unrechtmäßige Verhaltensweisen sehr lange ohne zivilrechtliche Sanktionen, wenn „nur“ ein immaterieller Schaden verursacht wurde¹⁷⁰⁶.

Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass die Privatstrafe abgeschafft wurde, sind pönale Wirkungsweisen des Zivilrechts nicht zu leugnen¹⁷⁰⁷. Verhaltenssteuerung kann nämlich auch Aufgabe des Haftungs- und Schadensersatzrechts sein: Selbst die gezeigten Beispiele aus dem deutschen Recht zeigen, dass das Recht, das die Beziehungen zwischen Privaten regelt, keinesfalls nur ausgleichende Wirkung haben soll¹⁷⁰⁸. Insbesondere in Situationen, in denen allein der Ausgleichsgedanke nicht dazu führen kann, dass das schädigende Verhalten vermieden wird, kommen pönale Aspekte zur Unterstützung der Rechtsordnung hinzu¹⁷⁰⁹. Die Normen sind so ausgestaltet, dass schon im Vorfeld erkannt werden kann, dass ein Gesetzesbruch zu einer Verschlechterung der Lage des Handelnden führen kann – dies hat eine präventive Wirkung, die dem Gesetzesbruch entgegen steuern soll. Prävention und Verhaltenssteuerung sind bei genauer Betrachtung auch im deutschen Recht schon lange keine außergewöhnlichen Erscheinungsformen mehr, wie die verschiedenen Beispiele aus dem Zivilrecht, die sanktionierende und abschreckende Zwecke verfolgen, gezeigt haben. Vor allem der Ersatz immaterieller Schäden auch im Vertragsrecht ist in Deutschland mittlerweile anerkannt, was in den meisten Fällen auch mit Verhaltenssteuerung einhergeht und darin eine Begründung findet. Auch die Rechtsprechung spielt so eine gewichtige Rolle bei der Steuerung des Verhaltens der Bürger untereinander, wenn sie Entscheidungen trifft, die ein gesetzeswidriges Verhalten als nicht lukrativ einstufen lassen und so mit Hilfe der festgesetzten Rechtsfolgen zukünftig auch andere Bürger davon abhält, gegen das Gesetz zu agieren. Denn die Rechtsprechung lässt den Bürger selbst bei einer weiten Auslegungsmöglichkeit des Gesetzes Rückschlüsse darauf ziehen, wie ein mögliches eigenes Verhalten letztendlich bewertet werden würde¹⁷¹⁰. Ein Steuerungszweck existiert daher vor allem in den wirtschaftlich geprägten Regelungsge-

¹⁷⁰⁵ Dazu *Behr*, *Chicago-Kent Law Review* Vol. 78 [2003] S. 127; *Wagner*, *AcP* 206 [2006], 352 (423 und 435).

¹⁷⁰⁶ So *Zweigert-Kötz*, *Rechtsvergleichung*, § 40 II, S. 600. Diesen Umstand kritisiert auch das Bundesverfassungsgericht, *Entsch. v. 14.02.1973*, *BVerfGE* 34, 269 (293) = *NJW* 1973, 1221 ff. (*Soraya*).

¹⁷⁰⁷ Dies vertritt auch *Müller*, *Punitive Damages*, S. 58.

¹⁷⁰⁸ Vgl. *Canaris*, in: *Festschrift für Deutsch*, S. 85 (105); *Wagner*, *AcP* 206 [2006], 352 (456).

¹⁷⁰⁹ Vgl. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 417, der von einem besonderen Präventionsinteresse bei immateriellen Schäden ausgeht; siehe auch *Schäfer*, *AcP* 202 [2002], 397 (399 f.).

¹⁷¹⁰ *Wagner*, *AcP* 206 [2006], 352 (424); als Beispiel führt z. B. auch *Wiedemann*, *Gleichbehandlungsgebote*, S. 90 auch den § 651f BGB (Entschädigung im Reisevertragsrecht) an.

bieten des Privatrechts, weil die privatrechtliche Steuerung besser an das Marktgeschehen angepasst ist¹⁷¹¹.

Strafende Aspekte können das Zivilrecht daher auch bereichern und bieten viele Vorteile, indem sie der Rechtsdurchsetzung dienen und diese für den einzelnen vereinfachen.

Öffentlich-rechtliche Regeln sieht z. B. auch der BGH nur als Mindeststandards, die durch eine zivilrechtliche Haftung ausgebaut und unterstützt werden müssen, indem ein öffentlich-rechtliches Verbot im Falle seiner Überschreitung nicht nur Sanktionen auslöst, sondern bei Schäden für andere Private auch deren Entschädigung vorgesehen ist¹⁷¹². Ähnlich funktioniert auch die Rechtsprechung zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wenn die Sanktion am Verletzungserfolg ausgerichtet wird und der Betroffene sich auf dem Zivilrechtsweg direkt selbst dagegen wehren kann. Weiterhin spricht deshalb für steuernde Aspekte im Zivilrecht, dass der Vollzug des öffentlichen Rechts sehr kost- und zeitspielig ist¹⁷¹³, auf dem Wege des Privatrechts dagegen der einzelne Geschädigte in der Lage ist, seine Rechte selbst geltend zu machen. Gerade im Bereich der Ordnungswidrigkeiten ist die Zahl der ungedeckten Gesetzesverstöße enorm hoch. Eine Lösung des Problems könnte die Privatisierung der Verwaltungsaufgaben im Sinne der gesellschaftlichen Selbstregulierung sein¹⁷¹⁴.

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang ebenso, dass die sozialstaatlichen Komponenten, die das Grundgesetz schützt und verlangt, in hohem Maße durch die Wirtschaft beeinflusst werden. Denn die wirtschaftlichen Faktoren spielen eine große Rolle bei sozialstaatlichen Aspekten wie sozialer Sicherheit, wachsendem Wohlstand und gesellschaftlichem Fortschritt¹⁷¹⁵.

Der Staat kann diese Aufgaben nicht allein hoheitlich erfüllen. Sie bedürfen vielmehr einer Anpassung der der Wirtschaft immanenten Steuerungsmittel an die staatlichen Ziele. In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass der Staat sich zur Durchsetzung dieser Ziele der Steuer-, Haushalts-, Geld und Zuteilungspolitik bedient. Diese entziehen sich aber der rechtsstaatlichen Formtypik und seiner Kontrolle weitgehend¹⁷¹⁶. Legt man diese Sichtweise einer gewissen Selbstkontrolle durch die Gesellschaft zu Grunde, spricht jedoch wenig dagegen, unter sozialstaatlichen Aspekten und im Hinblick auf eine Funktionsreduzierung des Staa-

¹⁷¹¹ So im Ergebnis *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (431 und 440). Vgl. auch *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 424 f.

¹⁷¹² *BGH* v. 16.12.1977, BGHZ 70, 102 (107)= NJW 1978, 419-421; *BGH* v. 26.05.1998, BGHZ 139, 43 (46 f.)= NJW 1998, 2436-2437.

¹⁷¹³ Zu den personellen und sachlichen Ressourcen im öffentlich-rechtlichen Vollzug siehe *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (441) m. w. Nw.

¹⁷¹⁴ Z. B. Referate von *Osterloh* und *Bauer* in VVDStRL 54 (1995), S. 204 ff., 243ff.; *Trute*, DVBl. 1996, 950 (958).

¹⁷¹⁵ So *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 425.

¹⁷¹⁶ So *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 425 f.

tes¹⁷¹⁷ auch „Schadensstrafen“ im Zivilrecht zu erlauben, die einen sozial-ethischen Hintergrund haben. Außerdem kann die privatrechtliche Abwicklung von Sanktionen dazu führen, dass die Konfrontation zwischen Opfer und Täter besser überwunden werden kann und so ein gewisser Versöhnungseffekt erzielt werden kann, weil die empfindlichen Zusatzeffekte der Kriminalstrafe sich hier nicht auswirken¹⁷¹⁸.

b) Kritische Anmerkungen

In der Rechtswissenschaft finden sich allerdings nicht nur Befürworter der zivilrechtlichen Verhaltenssteuerung. Auch der Gegenauffassung muss deshalb Beachtung geschenkt werden: Die Kritiker der präventiven Aspekte im Schadensersatzrecht werfen die Frage nach der Zulässigkeit und Notwendigkeit dieser Strafmomente auf. Ihre Bedenken sind nicht ganz von der Hand zu weisen: Jedenfalls ist die Kritik berechtigt, dass durch die Verhaltenssteuerung unterschwellig pönale Elemente in das Schadensersatzrecht eingefügt werden, die die Rechtsordnung so nicht vorsieht¹⁷¹⁹. Eine Ansicht in der Literatur geht sogar noch weiter, und bemängelt, dass z. B. jede Analyse der Genugtuungsfunktion im Endeffekt nichts anderes als ein „Schönreden“ der Privatstrafe sei, die unter anderem Namen letztlich wieder eingeführt worden sei¹⁷²⁰.

Das Ausgleichsprinzip geht nach den Vertretern dieser Ansicht nämlich mit einem strikten Bereicherungsverbot einher, das eigentlich untersagt, dem Geschädigten mehr zuzusprechen, als er an Schaden erlitten hat. Der Vermögenswert des eingetretenen Schadens müsse daher die Obergrenze der Ausgleichszahlung markieren, die Heranziehung moralischer oder strafrechtlicher Gesichtspunkte dagegen bei der zivilrechtlichen Beurteilung eines Verhaltens unberücksichtigt bleiben¹⁷²¹.

Diese sehr strengen Ansichten sind jedoch nach der hier vertretenen Auffassung zu einschränkend. Denn im Schadensrecht wird niemals eine bloße Strafe verhängt: Dass der Schuldner nicht den Schaden des Gläubigers zahlen möchte und daher versucht wird, nicht säumig zu sein, ist zwar auf die Risikoverteilung im Vertragsrecht zurückzuführen, „strafft“ aber nicht über das hinaus, was als Ausgleich in Betracht kommt. Insofern bleibt es dabei, dass die Präventionswirkung in Deutschland sich nicht verselbstständigen kann, sondern an

¹⁷¹⁷ Zu diesem Begriff wiederum *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 430.

¹⁷¹⁸ Zur „Versöhnungsfunktion“ der Strafe siehe *Lüderssen* in: Festschrift für Hirsch, S. 879 (882 f.).

¹⁷¹⁹ Vgl. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 30 II, S. 170.

¹⁷²⁰ Siehe *Hirsch*, Festschrift für Engisch, S. 304 (309) mit weiteren Nachweisen; vgl dazu auch *Müller*, Punitive Damages, S. 58 f.

¹⁷²¹ *BGH* v. 04.06.1992, BGHZ 118, 312 (338)= NJW 1992, 3096 (3103).

das Wiedergutmachungsinteresse gebunden bleiben soll¹⁷²². Auch die Realität spricht gegen die strengen Auffassungen: Fast überall im Zivilrecht lassen sich Gesichtspunkte der Verhaltenssteuerung finden, s. o. – meistens gehen sie aber nicht über ausgleichende Maßnahmen hinaus, auch wenn den Säumigen eine Zahlungsverpflichtung trifft¹⁷²³. Das Recht ist schließlich so konzipiert, dass das Verhalten durch die Existenz der Gesetze in bestimmte Bahnen gelenkt wird, die das Zusammenleben erleichtern. Dies bedeutet deshalb aber noch nicht, dass darin eine Zusage für totale Ausnahmen vom Ausgleichsprinzip zu sehen ist. Das kann erst dann der Fall sein, wenn die Steuerungszwecke im Wege einer Überkompensation erreicht werden sollen. Diese Überkompensation wiederum gibt dem Geschädigten aber auch erst einen Anreiz, auf dem Rechtswege tätig zu werden und so die Einhaltung der Normen zu fördern. Die Überkompensation im Zivilrecht kann damit der Prävention gute Dienste leisten, weil sie durch den persönlichen Einsatz des Geschädigten die Chancen der Rechtsdurchsetzung auch bei kleinen Verstößen erhöht und vor Versuchen des Rechtsbruchs abschreckt. Denn erst dann, wenn das Produkt aus der erwarteten Sanktion multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung und Vollstreckung größer ist als der Nutzen aus dem Rechtsbruch, kann man von einer wirksamen Abschreckung sprechen. Diese ist freilich zunächst nicht ohne einen ausgleichenden „Auslöser“ für Ersatzansprüche denkbar und ist somit in der Tat nach wie vor nur ein „erwünschtes Nebenprodukt“¹⁷²⁴.

c) Vermittelnder Ansatz: Ergänzung des Ausgleichsprinzips um pönale Aspekte

Das Ausgleichsprinzip kann also nicht nur theoretisch durch andere Grundsätze ersetzt werden, sondern ist schon in vielen Fällen nicht mehr der einzige Gedanke bei der Rechtsfolgenbemessung. Schließlich würde es nicht der Realität entsprechen, wenn das Zivilrecht strikt darauf bedacht sein müsste, dass keinerlei grundlose Bereicherung des Geschädigten stattfinden dürfe, weil die Sanktionierung rechtswidrigen Verhaltens allein dem Öffentlichen Recht zuzuordnen wäre. In diesem Falle würden viele Gesetzesbrüche völlig risikolos sein¹⁷²⁵.

Wege über das Bereicherungsrecht o. ä. bieten nach der hier vertretenen Auffassung deshalb eben nicht die Lösung für Probleme der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,

¹⁷²² So *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85 (105 ff.), der insoweit die Caroline-Rechtsprechung harsch kritisiert.

¹⁷²³ Z. B. im Sachenrecht, dazu *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (428 ff.).

¹⁷²⁴ Begriff beispielsweise zu finden bei *Kern*, AcP 191 [1991], 247 (253) mit weiteren Nachweisen; Ansicht auch bei *Müller*, Punitive Damages, S. 86.

¹⁷²⁵ So am Beispiel der Schwarzarbeit, die sich selbst im Schatten des drohenden Ordnungswidrigkeitenrechts noch lohnen kann *Wagner*, AcP 206 [2006], S. 352 (443).

weil ihnen die notwendige Nachdrücklichkeit völlig fehlt¹⁷²⁶. Diese kann nur über strafende Aspekte im Schadensersatz erreicht werden.

Insbesondere in drei Fällen nimmt der Schadensersatz daher Wesensmerkmale der Privatstrafe an: Erstens, wenn Schadensersatz ohne nachgewiesenen Schaden gewährt wird, zweitens, wo das Verschulden bei der Bemessung der Schadenshöhe eine Berücksichtigung findet und drittens, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse von Schädiger und Geschädigtem in die Bemessung mit eingebracht werden. Dies trägt zu Rechtsklarheit bei und ermöglicht so, dass die Negativprävention vernünftig und im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips genutzt werden kann. Der neue Umgang mit pönalen Aspekten im Zivilrecht macht es nämlich überflüssig, die „auch-strafenden“ Normen im Zivilrecht in ein Gewand der Kompensation zu pressen, um sie den herkömmlichen Vorstellungen des Zivilrechts anzupassen und so allenfalls Gebilde der Rechtsunsicherheit und Unklarheit zu fördern¹⁷²⁷.

Die Frage ist nur, wie weit im Zivilrecht die Ausnahmen vom Ausgleichsprinzip gehen dürfen. Denn problematisch wird die Einführung pönaler Prinzipien sicherlich dort, wo sie in Ermangelung von Strafgesetzen als „Ersatz“ für eine staatliche Strafe fungieren, weil z. B. die Rechtsprechung der Ansicht ist, dass fehlende Straftatbestände im Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kompensiert werden müssen¹⁷²⁸. Der einzelne Bürger würde so die öffentliche Aufgabe der Sanktion an sich ziehen und unrechtmäßiger Weise die Aufgabe des Staates erfüllen. Allein die Tatsache, dass der Private grundsätzlich Träger öffentlicher Aufgaben sein kann, belegt aber noch nicht, dass diese Aufgaben damit Sache des Privaten werden¹⁷²⁹.

Diese Sorge ist jedoch bei einer objektiven Betrachtung der Wirkung dieser „Privatstrafe“ nicht zu teilen: Sicher darf es nämlich im Zivilrecht nicht einfacher sein, zu sanktionieren, als es im Strafrecht der Fall ist. Das Zivilrecht darf daher keinesfalls das Strafrecht einfach nur entlasten, sondern soll Lücken schließen¹⁷³⁰. Ebenso dürfen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die „Strafen“ hier auch nicht einschneidender bemessen werden, als es im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht der Fall ist. Im Übrigen werden sämtliche Präventiveffekte oftmals als „erwünschte Nebenprodukte“ bezeichnet, die als nicht negativ bewertet werden, aber auch bei Anwendung des Grundprinzips „Ausgleich“ keinerlei eigenständige Bedeutung er-

¹⁷²⁶ So aber *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85 (108 f.).

¹⁷²⁷ Ein Beispiel sei nur die seit Jahren umstrittene „Genugtuungsfunktion“, die nicht beim Namen genannt werden sollte. Dazu auch *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 234.

¹⁷²⁸ Dieser Ansicht ist deshalb z. B. *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85 (107); aus strafrechtlicher Sicht *Hellmer*, Festschrift für H. Mayer, S. 665 ff.

¹⁷²⁹ So grundlegend zur Trennung von Staats- und Privataufgaben *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 418 f.

¹⁷³⁰ So aber z. B. *Hellmer*, Festschrift für Meyer, S. 665 ff.

langen können¹⁷³¹. Insofern kann man von einer tatsächlich existenten „Blockierwirkung“ des Strafrechts für die Entwicklung des Schadensersatzrechts ausgehen¹⁷³². Trotzdem gerät die Präventionsfunktion immer mehr in den Vordergrund, weil Steuerungszwecke schon aus ökonomischen Gesichtspunkten aus dem Zivilrecht nicht mehr wegzudenken sind¹⁷³³.

Die Tatsache, dass Sanktionen verhängt werden, bedeutet aber nicht gleichzeitig eine völlige Abkehr vom Ausgleichsprinzip und eine statt dessen eingeführte Strafe im Sinne des Strafrechts. Die Sanktionsziele werden vielmehr durch private Ausgleichsinteressen erreicht, was auch nach und nach immer mehr Anklang gefunden hat im deutschen Zivilrecht¹⁷³⁴. Nicht zuletzt ist der Zweck des Schmerzensgeldes, den Verletzten durch Sühne zu besänftigen, auch der Kriminalstrafe keineswegs fremd. Strafe zielt, wie bereits dargelegt, sowohl auf Prävention wie auch auf Schuldausgleich oder wird mindestens damit verbunden, damit das Opfer eine Sühne der Tat spüren kann¹⁷³⁵. Im Zivilrecht wird niemals eine derart stigmatisierende Wirkung mit erzieherischem Effekt erreicht, wie es bei der Verurteilung in einem Strafprozess der Fall sein kann. Schließlich ist es wichtig, auch den immateriellen Schaden zu ersetzen, weil ansonsten Persönlichkeitsrechte ohne Konsequenzen verletzt werden könnten. Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wäre damit nämlich lückenhaft und unzureichend¹⁷³⁶. Immaterielle Schäden müssen aber genauso vollständig ersetzt werden wie materielle Schäden, obwohl in diesen Fällen naturgemäß gravierende Beweisschwierigkeiten auftreten und das Gesetz den immateriellen Schaden durch die restriktive Handhabung des § 253 BGB wie ein Stiefkind behandelt¹⁷³⁷. Die Gerichte sind daher oftmals gezwungen, Vermögensschäden im Wege von Schätzungen und Pauschalierungen festzusetzen und auf dieser Grundlage Schadensersatz zu gewähren, weil konkrete Bezifferung und Nachweis nicht genau möglich sind¹⁷³⁸. Dabei weichen sie allerdings selten völlig vom Ausgleichsprinzip ab¹⁷³⁹. Aus diesem Grunde erscheint es wenig praktikabel, getrennt „Ausgleichsgeld“ und „Genugtuungsgeld“ auszuweisen, wie es z. B. in Fällen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorgeschlagen wird. Eine gedankliche Trennung von Genugtuung und Ausgleich ist dieser Rechtsprechung ohnehin immanent und soll daher nicht formal aufgespalten wer-

¹⁷³¹ Siehe *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I § 27 I S. 423.

¹⁷³² Zu dieser „Blockierung“ siehe ausführlich *Lüderssen* in: Festschrift für Hirsch, S. 879 (890).

¹⁷³³ So *Staudinger/Hager* BGB (1999), vor § 823 Rn. 9; *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 3 ff.; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 17 ff. Zur Anerkennung und Rechtsentwicklung auch *Ott/Schäfer*, JZ 1990, 563 (568 ff.).

¹⁷³⁴ Vgl. *Schieck/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 38.

¹⁷³⁵ Vgl. *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (424).

¹⁷³⁶ *BGH* v. 19.09.1961, BGHZ 35, 363 (367)=NJW 1961, 2059 (2060) (*Ginseng*).

¹⁷³⁷ So *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (461).

¹⁷³⁸ Dazu *Wagner*, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, S. A 53 ff.

¹⁷³⁹ Vgl. *Ott/Schäfer* JZ 1990, 563 (565 ff.).

den¹⁷⁴⁰. Hierfür sprechen auch die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen Strafe im strafrechtlichen und im zivilrechtlichen Sinne.

Tragende Prinzipien pönaler Elemente im deutschen Zivilrecht sind daher zusammen gefasst Prävention im Sinne von Verhaltenssteuerung, die erzielt wird durch Abschreckung, hervorgerufen durch Drohung mit Strafe, die vornehmlich in Genugtuung und Sühne bestehen kann.

d) Neue Rückschlüsse auf *punitive damages*?

Wenn überkompensatorische Inhalte des Zivilrechts bejaht werden, ist sogar zu überlegen, ob vor diesem Hintergrund die Frage nach der Anerkennungsfähigkeit von *punitive damages* im deutschen Rechtsraum nicht neu bewertet werden muss¹⁷⁴¹.

Dass strafende Aspekte im deutschen Rechtsraum faktisch anerkannt werden, heißt jedoch nicht, dass damit auch die Fremdheit von *punitive damages* angezweifelt werden muss. Wie sich gezeigt hat, wirken *punitive damages* ausschließlich strafend und werden neben ausgleichendem Schadensersatz in Form von *compensatory damages* gewährt. Das deutsche Recht verbleibt jedoch bei einer viel stärkeren Gebundenheit an den Schadensausgleich¹⁷⁴². Das gilt nicht nur für § 15 AGG, sondern auch für die anderen Fallgruppen, in denen das strikte Ausgleichsprinzip durchbrochen wird. *Punitive damages* sind daher weiterhin kein Aspekt des deutschen Rechts und daher mit der gebotenen Vorsicht zu behandeln.

3. Ergebnis

Das so genannte pönale Prinzip ist an vielen Stellen des deutschen Zivilrechts wieder zu finden. Als eine Art „moderne Zivilstrafe“ zeigt es sich vornehmlich in solchen Fällen, in denen Rechtsfolgen angeordnet werden, die neben schadensausgleichenden auch präventive und schuldausgleichende – namentlich sühnende – Ziele verfolgen. Es wird aus diesem Grunde die Ansicht bejaht, dass die Verhaltenssteuerung keine ureigene Aufgabe anderer Rechtsgebiete ist, sondern auch ein Ziel des Zivilrechts ist¹⁷⁴³. Es wird sogar vertreten, dass pönale Aspekte dem Zivilrecht nie völlig fremd waren, sondern trotz des bewussten Meidens pönaler Normen immer schon im BGB angelegt waren oder zumindest durch eine Reihe später einge-

¹⁷⁴⁰ Anders aber Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (426), der sich jedoch bei der Gewährung des Ausgleichsgeldes dann trotzdem wieder an den Schmerzensgeldtabellen orientieren will.

¹⁷⁴¹ Dies bejahend z. B. Müller, Punitive Damages, S. 371; differenzierend Bentert, Pönales Element, S. 164; ablehnend dagegen Hortner, Strafgedanke, S. 202; Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 354 ff.; vgl. auch Wagner, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, S. A 69 ff.

¹⁷⁴² So auch Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 359 ff.

¹⁷⁴³ Vgl. Staudinger, NJW 2006, 2433 (2434); Wagner, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, These 12, S. A 133.

fügender Spezialnormen wieder darin erschienen sind¹⁷⁴⁴. Insofern ist das deutsche Zivilrecht um ein Sanktionsprinzip zu ergänzen, das neben dem Prinzip des Ausgleichs steht¹⁷⁴⁵.

Strafende Gesichtspunkte im Zivilrecht kommen sowohl dem Opfer von Rechtsverletzungen wie auch dem Täter entgegen, weil eine strafrechtliche Überkompensation nicht mehr notwendig bleibt, wenn das Schadensersatzrecht für ausreichende Mittel sorgt, die einen Versöhnungseffekt herbeiführen können und so auf empfindliche Strafen verzichten können¹⁷⁴⁶. Insofern ist hier die Wahl eines wirksamen, aber doch des mildesten Mittels im Raume, das beiden Seiten, dem Recht wie dem Unrecht, in verhältnismäßiger Weise Genugtuung verschafft¹⁷⁴⁷. Aus diesem Grunde ist anzunehmen, dass das Zivilrecht zur Durchsetzung seiner Ziele eben doch nicht ganz ohne die scheinbar so verpönte Zivilstrafe auskommt¹⁷⁴⁸.

Allerdings ist Voraussetzung im Regelfall das besondere Verschulden des Schädigers, das sich auch unmittelbar auf die „Straf“- Höhe auswirkt. Im Einzelnen zeigen sich Aspekte des strafenden Prinzips namentlich in § 817 S. 2 BGB und § 288 BGB sowie in der Genugtuungsfunktion des § 253 II BGB. Nichtigkeitsfolgen dagegen sind keine Ausprägung des pönalen Prinzips¹⁷⁴⁹. Auch § 241a BGB und § 661a BGB enthalten pönale Elemente. § 15 AGG gehört nun auch zu dieser Gruppe von Normen.

Allerdings müssen für die speziellen Ausformungen bei pönalen Elementen die Regeln erst noch genau ausgearbeitet werden. Zu Grunde zu legen ist dabei immer, dass es sich um eine zivilrechtliche Umsetzung gemeinschaftsrechtlich verlangter Rechtsvorgaben handelt.

Richtig ist vor diesem Hintergrund, wie *Wagner* davon auszugehen, dass zumindest an der Zweispurigkeit von materiellem und immateriellem Schadensersatz festgehalten werden muss¹⁷⁵⁰. Denn auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht erkennt an, dass es Vermögens- und Nichtvermögensschäden gibt¹⁷⁵¹. Dies bedeutet aber, dass die ursprünglich strafende pönale Wirkung des Zivilrechts nunmehr über eine Station des strikten Ausgleichs stark präventive Züge bekommen hat, die nunmehr neben dem Ausgleich die pönale Funktion darstellen¹⁷⁵².

Die Rechtswirklichkeit stellt sich aber jetzt schon anders dar, wenn man das Antidiskriminierungsrecht genauer analysiert: Denn hier wird die Rechtsfolge so deutlich wie in keinem anderen Fall verstärkt auf den Schadensverursacher bezogen, weil sie sich nach seinem Handeln

¹⁷⁴⁴ Dieser Ansicht ist *Ebert*, Pönale Elemente, S. 250, die insofern auf z. B. § 847 a. F. verweist. Vgl. auch *Stoll*, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, S. 163, der erwägt, „äußerstenfalls“ bei immateriellen Rechtsverletzungen auch zur Privatstrafe zu greifen.

¹⁷⁴⁵ So *Müller*, Punitive Damages, S. 369.

¹⁷⁴⁶ Vgl. z. B. *Müller*, JA 2000, 119 (120 f.).

¹⁷⁴⁷ Vgl. *Lüderssen* in: Festschrift für Hirsch, S. 879 (894).

¹⁷⁴⁸ So auch *Hirsch*, Festschrift für Engisch, S. 304 (311).

¹⁷⁴⁹ Vgl. zusammenfassend auch *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (428).

¹⁷⁵⁰ Siehe *Wagner*, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, S. A 49 ff.

¹⁷⁵¹ Vgl. *Staudinger*, NJW 2006, 2433 ff.

¹⁷⁵² Ähnlich *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 607 (These 1).

und Vermögen richtet. *Wagner* sieht einen Lösungsansatz darin, dass bei Versagen der Präventionsanreize die Gewinnabschöpfung einen höheren Stellenwert bekommt¹⁷⁵³. Dies kann jedoch nur im Immaterialgüter- und Kartellrecht nennenswerte Fortschritte bieten¹⁷⁵⁴ und kann daher keine Grundlage für die Verletzung von Diskriminierungsverboten sein.

Wie dies beim AGG im Einzelnen aussehen kann und welche Konsequenzen dies hat, soll nun erläutert werden, wenn abschließend darauf eingegangen wird, welchen verfassungsrechtlichen Bedenken pönale Elemente im AGG begegnen.

D. § 15 AGG im Lichte des Verfassungsrechts

I. Einleitung

Wie eingangs erwähnt, gibt es auch Kritiker, die in § 15 AGG einen Verfassungsverstoß sehen. Die Fragen bezüglich einer Kollision müssen daher geklärt werden. Liegt gar kein problematischer Eingriff in das deutsche Verfassungsrecht vor, so ist mit § 15 AGG eine Umsetzung erfolgt, die vollumfänglich die europäischen Vorgaben erfüllt und sich dabei in das bestehende nationale Recht einfügt. In diesem letzten Falle wäre die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien und der Anforderungen des EuGH geglückt.

Die Frage nach dem Verstoß gegen den *ordre public* des deutschen Zivilrechts konnte im vorhergehenden Kapitel weitgehend beantwortet werden. Im Rahmen der Verfassungskonformität ist die deutsche Literatur jedoch ebenso kritisch wegen einer möglichen Verletzung des verfassungsrechtlich garantierten Grundsatzes der Privatautonomie eingestellt. Befürchtet wird daneben, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht eingehalten werden kann, wenn z. B. für viele Fälle keine Obergrenzen existieren. Zuletzt wird das Fehlen des Verschuldenserfordernisses auf mögliche Verfassungsverstöße im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip zu untersuchen sein. Diese Fragen sollen nun geklärt werden.

II. Eingriff in die Vertragsfreiheit

1. Einschränkung der Privatautonomie und Eingriff in die Vertragsfreiheit

a) Einleitung

Besonders schwierig gestaltet sich im Bereich der Entschädigung der Ausgleich zwischen der Grundrechtskonformität - insbesondere bezüglich des Rechtsstaatsgebotes - und den Vorga-

¹⁷⁵³ So *Wagner*, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, S. A 82 ff.

¹⁷⁵⁴ Dazu *Staudinger*, NJW 2006, 2433 (2434).

ben der Richtlinien¹⁷⁵⁵. Im Sinne der Anforderungen europäischen Rechts und den Entschädigungsleistungen, die auch das deutsche Recht inne hat, müssen einige Gesichtspunkte in die Bemessung der Entschädigungszahlung mit einbezogen werden, die general- und spezialpräventive Elemente berücksichtigen. Durch die Vorgaben des EuGH werden die Gerichte verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die entsprechenden Summen zumindest eine abschreckende Wirkung haben¹⁷⁵⁶. Einerseits sollen Dritte abgeschreckt werden, sich diskriminierend zu verhalten, andererseits soll auch der Arbeitgeber selbst durch das Urteil die Einsicht erhalten, dass zukünftige Diskriminierungen sich keineswegs lohnen, sondern solche Handlungen besser zu vermeiden sind¹⁷⁵⁷.

Der Arbeitgeber kann sich nun angesichts der gemäß § 15 AGG angedrohten „Sanktionen“ genötigt fühlen, einen Bewerber einzustellen, den er eigentlich niemals ausgewählt hätte. Dies könnte dann aber einen unrechtmäßigen Eingriff in seine Vertragsfreiheit darstellen, weil ihm die diesbezügliche Entscheidungsfreiheit faktisch genommen wird.

Die Vertragsfreiheit kann bislang nur in ganz bestimmten Fällen eingeschränkt werden, die sich im wesentlichen darauf beschränken, dass der Anbieter eine Monopolstellung inne hat. Bisher ging das deutsche Arbeitsrecht von einer wirtschaftlichen und intellektuellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber aus. Die Diskriminierungsverbote sollten jedoch erst bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis greifen, nicht schon bei der Anbahnung des Vertragsverhältnisses¹⁷⁵⁸. Der zivilrechtliche Diskriminierungsschutz entfernt sich aber nun davon und entwickelt einen neuen Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit, der schon beim Vertragsschluss ansetzt. Ob dies ein gerechtfertigter Lösungsweg ist, wird zu zeigen sein.

b) Das Problem des faktischen Kontrahierungszwangs

(aa) Die geschützte Vertragsfreiheit

In manchen Bereichen scheint es so, als würde das Staatsrecht übergeordnete Wertentscheidungen treffen, die bezogen auf das Privatrecht zu Interessenkollisionen führen: So wird zwar einerseits die Freiheit des Menschen garantiert, auf der anderen Seite gilt jedoch auch der Gleichheitsgrundsatz. Durch den Gebrauch individueller Freiheit dürfen Rechte anderer nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden, was sich aus verfassungsrechtlicher Sicht bereits

¹⁷⁵⁵ Dazu *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 69.

¹⁷⁵⁶ Dazu *Bezani/Richter*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Rn. 276.

¹⁷⁵⁷ *EuGH v. 22.04.1997*, NZA 1997, 645.

¹⁷⁵⁸ *Z. B. Säcker*, ZRP 2002, 186 (288).

aus Art. 2 I, 1 II und Art. 14 I, 12 I und 9 I GG ergibt¹⁷⁵⁹. Im Bereich des Privatrechts muss der Bürger vor allem in seiner Willensfreiheit und vor unerwünschten Bindungen geschützt werden¹⁷⁶⁰. Dies bedeutet, dass es die „Privatautonomie“ des Bürgers zu schützen gilt¹⁷⁶¹. Wenn der Mensch die Freiheit hat, im Privatrecht die Wahl von Mitteln, Zwecken oder Vertragspartnern frei zu bestimmen, können andere Privatrechtssubjekte aber in ihrer Freiheit beschränkt werden. Den Staat treffen unter gewissen Umständen Pflichten, welche ihm auferlegen, eine Grundversorgung der Bürger herzustellen. Dies ist auch mit dem Prinzip der Sozialstaatlichkeit verknüpft¹⁷⁶². Mit verhaltenssteuernden Elementen wie Strafe und Prävention wird der Bürger angehalten, sich auch beim Vertragsabschluss unter Gleichgeordneten fremdbestimmt zu verhalten.

Insbesondere in Deutschland wird aber der Vertragsfreiheit größte Bedeutung zugesprochen¹⁷⁶³. Die Vertragsfreiheit im Rahmen seiner privatrechtlichen Tätigkeit wird dem Bürger durch die Verfassung in Art. 2 I, 12 I GG garantiert¹⁷⁶⁴ und soll durch andere Grundrechte nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden, da ihre Durchsetzung eine gleichrangige Aufgabe ist¹⁷⁶⁵. Die Vertragsfreiheit garantiert das Recht, Verträge im Rahmen der zivilrechtlichen Ordnung frei und ohne Gründe schließen und auflösen zu können. Der Einzelne soll seine Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich und nach seinem Willen gestalten können¹⁷⁶⁶. Grundrechte des (potentiellen) Vertragspartners müssen dabei zunächst einmal nicht beachtet werden¹⁷⁶⁷. Das Prinzip der Vertragsfreiheit ist ein Fundamentalprinzip des deutschen Zivilrechts, denn Verträge beruhen in der Regel auf einem Konsens¹⁷⁶⁸.

Das deutsche Recht kennt Einschränkungen der Vertragsfreiheit. Nicht wenige dieser Fälle sind auf das europäische Recht zurück zu führen oder wurden, sofern schon bestehend – wie z. B. im Arbeits- und Mietrecht – durch das europäische Recht noch weiter konkretisiert¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁵⁹ So deutlich *Baer*, ZRP 2002, 290 (291).

¹⁷⁶⁰ Grundlegend z. B. *Baer*, ZRP 2002, 290 ff.; *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (423).

¹⁷⁶¹ Privatautonomie ist nach der Rechtsprechung das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen, vgl. *BVerfG* v. 13.05.1986, BVerfGE 72, 155 (179) = NJW 1986, 1859 ff. sowie *BVerfG* vom 25.07.2005, NJW 2006, 596 ff. Zum Begriff der Privatautonomie und seiner Herleitung ausführlich *Busche*, Privatautonomie, § 2 S. 13 ff.

¹⁷⁶² Dazu z. B. *Busche*, Privatautonomie, § 2, S. 44; *Luhmann*, Staat und Gesellschaft, S. 280, 287 f.; *Schmitt-Glaeser*, DÖV 1982, 381 ff.

¹⁷⁶³ Zur Vertragsfreiheit in Abgrenzung zu Privatautonomie siehe *Busche*, Privatautonomie, § 3, S. 46 ff.

¹⁷⁶⁴ *BVerfG* v. 24.04.1991, BVerfGE 84, 133 8146 ff. = NJW 1991, 1667 ff.; *BVerfG* v. 27.01.1998, BVerfGE 97, 169 (175 f.) = NZA 1998, 470. Dazu auch *Busche*, Privatautonomie, § 3, S. 53; *Boemke/Gründel*, ZfA 2001, 245 (253 ff.) und *Söllner*, NZA 1992, 721 (727 f.).

¹⁷⁶⁵ Vgl. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 66: kritisch auch *Waas*, ZIP 2000, 2151 (2155); v. *Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1491).

¹⁷⁶⁶ Dazu in diesem Zusammenhang z. B. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 11 III, S. 147.

¹⁷⁶⁷ Grundlegend *Boemke*, NJW 1993, 2083 ff.; vgl. auch *Wagner*, Kommentar zu Armbrüster ZRP 2005, 41, ZRP 2005, 136 (127).

¹⁷⁶⁸ Vgl. *Armbrüster*, NJW 2007, 1494 (1495); *Richardi*, NZA 2006, 881.

¹⁷⁶⁹ Ausnahmen werden in den meisten Fällen durch das Europarecht gemacht, vgl. z. B. § 81e VAG – dazu Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 50; *ders.*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 47.

Ausnahmen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit gibt es z. B. in Bereichen der Daseinsvorsorge¹⁷⁷⁰. In solchen Bereichen kann ein Zwang zum Vertragsabschluss, also ein Kontrahierungszwang, entstehen¹⁷⁷¹. Generell wird jedoch auch bei der Ausweitung zivilrechtlicher Schadenersatzregelungen im Sinne pönaler Aspekte eine Beschneidung der Vertragsfreiheit kritisiert, weil die Aussicht auf Bestrafung dazu führe, dass unzulässig ein faktischer Zwang zu Vertragsschluss entstehe. Dies wurde schon bei § 611a BGB¹⁷⁷² bei § 823 II BGB¹⁷⁷³ diskutiert.

Es stellt sich daher die Frage, ob ein vertragsrechtliches Diskriminierungsverbot verfassungsrechtlich haltbar ist, weil es möglicherweise die Vertragsfreiheit unzulässig durch einen Kontrahierungszwang oder andere beeinträchtigende Faktoren beschneidet.

(bb) Das AGG und die Vertragsfreiheit

(1) Voraussetzungen eines Kontrahierungszwangs

Ein die Vertragsfreiheit zulässig einschränkender Kontrahierungszwang hat bestimmte Voraussetzungen: Zum einen müssen durch den Vertragsinteressenten rechtlich geschützte Interessen verfolgt werden. Zum anderen kann ein Kontrahierungszwang nur dort bejaht werden, wo der Vertragsinteressent von einem Anbieter sachlich, räumlich, zeitlich in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Der Anbieter muss weiterhin generell geneigt zum Vertragsschluss und leistungsfähig sein¹⁷⁷⁴.

Der allgemeine Kontrahierungszwang folgt im Regelfall aus dem Fehlschlagen einer vorangegangenen Vertragsanbahnung. Er trägt damit Züge der Schadenswiedergutmachung und ist damit *ultima ratio* im Falle eines unrechtmäßigen Gebrauchs des Selbstbestimmungsrechts¹⁷⁷⁵. Jedenfalls durch § 15 VI AGG wurde der Vertragsabschlusszwang jedoch explizit

¹⁷⁷⁰ Dazu Busche, Privatautonomie, z. B. zur Anschluss- und Versorgungspflicht im Energierecht, § 10, S. 405 ff.

¹⁷⁷¹ Zum Begriff des Kontrahierungszwangs vgl. Busche, Privatautonomie, § 4, S. 110 ff.

¹⁷⁷² Im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz siehe z. B. v. Koppfels, WM 2002, 1489 (1491). Ausnahmen zum Grundsatz der Abschlussfreiheit enthalten §§ 9, 107 BPersVG, 78a BetrVG, um Auszubildenden, die im BR oder in der PV sind, auch nach Ende des Ausbildungsverhältnisses die Möglichkeit zu geben, weiter beschäftigt zu werden. Die Normen geben dem Auszubildenden ein Gestaltungsrecht in die Hand, das es ermöglicht, auch gegen den Willen des Arbeitgebers ein Arbeitsverhältnis herbeizuführen. Sinn der Regelung ist, eine funktionsfähige Arbeitnehmervertretung zu erhalten. Die Gleichbehandlung der Geschlechter hat aber eine ganz andere Zielrichtung und mit anderer Rechts- und Gefährdungslage.

Eine zweite Beschäftigungspflicht ergibt sich aus § 5 I und § 11 SchwBG. Diese Pflicht ergibt sich allerdings nur aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten und gibt keinem einzelnen Arbeitnehmer einen Anspruch auf Einstellung, da es sich um die Besetzung von Pflichtplätzen handelt, bei deren Besetzung der Arbeitgeber Auswahlmöglichkeiten hat.

¹⁷⁷³ Überblick und Diskussion bei Herrmann, ZfA 1996, 19 ff.

¹⁷⁷⁴ Zu den Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs als „qualifizierte Vertragsverweigerung“ siehe Busche, Privatautonomie, § 5, S. 140 f.

¹⁷⁷⁵ Wiederum Busche, Privatautonomie, § 6, S. 142.

ausgeschlossen¹⁷⁷⁶. Trotzdem kann angenommen werden, dass ein Benachteiligungsverbot zumindest durch eine bestimmte Bindung an Regeln die Vertragsfreiheit beeinträchtigen und einschränken kann. Wenn ein solcher Eingriff in die Vertragsfreiheit bejaht wird, muss er im Rahmen einer Rechtfertigung einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.

(2) Eingriff - Faktische Beeinträchtigung

Im Vordergrund des § 15 AGG stehen nach wie vor Schadensersatz und Entschädigung¹⁷⁷⁷. Obwohl der Einstellungsanspruch gemäß § 15 VI AGG als Rechtsfolge explizit ausgenommen ist, wird eine faktische Einschränkung der Privatautonomie beklagt¹⁷⁷⁸. Diese ist verfassungsrechtlich problematisch, weil das AGG dem Arbeitgeber wichtige Verpflichtungen auferlegt, bei deren Nichtbeachtung er sich hohen, vor allem finanziellen, Risiken aussetzt¹⁷⁷⁹.

Das AGG berührt die Freiheitsrechte, um bestimmte Personengruppen zu schützen. Ein daraus resultierendes Problem ist, dass der Arbeitgeber durch solche Regeln in seiner Vertragsfreiheit eingeschränkt werden kann¹⁷⁸⁰. Konkret betroffen ist nicht nur das Recht auf die arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit, sondern auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Erstere folgt einerseits aus Art. 12 I GG, aber auch aus Art. 2 I GG¹⁷⁸¹. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sichert dem Unternehmer auch hinsichtlich der Besetzung der Arbeitsplätze Dispositionsfreiheit und folgt aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG¹⁷⁸².

Jeglicher Eingriff führt zur Schwächung der Privatautonomie, oder, wie im Fall des Antidiskriminierungsrechts, sogar zur partiellen Beseitigung z. B. im Bereich des Arbeitsrechts¹⁷⁸³. Da das AGG ab dem Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens uneingeschränkt auf alle – also auch die zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Arbeitsverhältnisse – Anwendung findet, sind die Arbeitgeber einem hohen Druck ausgesetzt, alle Regelungen im Betrieb und alle Arbeitsverträge auf ihre Konformität mit dem AGG zu kontrollieren. Der Arbeitgeber ist gezwungen,

¹⁷⁷⁶ Dazu *Busche*, Privatautonomie, § 6, S. 143 ff., zu § 611a BGB als Norm über Arbeitsverträge § 6, S. 213 f. *Busche* geht davon aus, dass im Schadensersatzrecht einzig der quasinegatorische Beseitigungsanspruch als Anknüpfungspunkt für einen Kontrahierungszwang in Betracht kommt, siehe auch § 6, S. 235.

¹⁷⁷⁷ Vgl. § 15 VI AGG. So auch *Armbrüster*, ZRP 2005, 41 (43), der davon ausgeht, dass ein Kontrahierungszwang nur im allgemein zivilrechtlichen Teil zu finden ist, schon zum ADG-E 2005.

¹⁷⁷⁸ Siehe z. B. v. *Koppenfels*, WM 2002, 1489 ff.; *Armbrüster*, NJW 2007, 1494 ff. und *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21 ff. begründen mit der Existenz des § 15 VI AGG sogar, dass kein Kontrahierungszwang im Rahmen des § 21 AGG zu finden sein dürfe.

¹⁷⁷⁹ Vgl. *Baer*, ZRP 2002, 290 (291).

¹⁷⁸⁰ Vgl. BAG v. 10.10.2002, AP Nr 44 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = NJW 2003, 1685-1688 = NZA 2003, 483-487.

¹⁷⁸¹ Dazu *Boemke*, NJW 1993, 2083 (2084); *Boemke/Gründel*, ZfA 2001, 245 (255); Überblick bei *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (263).

¹⁷⁸² Vgl. *Scholz*, SAE 1984, 251; abweichend *Söllner*, NZA 1992, 721 (730).

¹⁷⁸³ Vgl. *Kloepfer*, NuR 1990, 337 (339).

alle Personalentscheidungen „gerichtsfest“ abzusichern¹⁷⁸⁴. So ergibt sich insbesondere in Verbindung mit § 12 AGG die wohl praktisch wichtigste Bedeutung des § 15 AGG: Zwar können die Arbeitgeber ein wesentliches Haftungsrisiko beseitigen, sobald sie ihre Pflichten nach § 12 AGG – zum Beispiel durch eine Schulung nach § 12 II 2 AGG – erfüllt haben¹⁷⁸⁵. Kommen sie dem jedoch nicht nach, setzen sie sich immensen Schadensersatz- und Entschädigungsrisiken aus¹⁷⁸⁶. Ebenso müssen die Arbeitgeber ihre Stellenanzeigen einer gründlichen Prüfung unterziehen und insbesondere bei der Einstellung ihre Verhaltensweisen und Fragen genauestens kontrollieren. Zwar ist die benachteiligende Stellenausschreibung selbst nicht sanktioniert, sie bietet aber dennoch Indizien für eine spätere bestimmte Gruppen diskriminierende Bewerberauswahl¹⁷⁸⁷. Dies wird insbesondere der amerikanischen Vorbild-Verhältnisse wegen mit Sorge betrachtet: In fast jeder Stellenanzeige finden sich Indizien für eine vermeintliche Diskriminierungsmöglichkeit. Das kann schon die Anzeige in einer Zeitung sein, die nur einen bestimmten Leserkreis erreicht oder mit einem bestimmten Team von Kollegen wirbt, das nur aus Angehörigen einer bestimmten Gruppe besteht¹⁷⁸⁸. Das Fragerecht des Arbeitgebers ist bereits seit jeher eingeschränkt, weil bestimmte Fragen nicht erlaubt sind. Schon unzulässige Fragen beim Einstellungsgespräch können Ansprüche aus § 15 AGG auslösen. Sie müssten dazu allerdings selbst diskriminierende Wirkung haben¹⁷⁸⁹. Allein die Tatsache, dass eine bestimmte Frage gestellt wurde, kann allerdings schon große Indizwirkung für eine Diskriminierung haben. Dem Arbeitgeber kann die entlastende Beweisführung außerdem sehr schwer werden, sofern er z. B. nach Alter, sexueller Neigung oder Parteizugehörigkeit nur gefragt hat. Dann steht dem Bewerber nicht mehr nur das „Recht zur Lüge“ zu, sondern gleichzeitig die Möglichkeit, wegen günstiger Beweislage Ersatzansprüche geltend zu machen: Der EuGH hat zwar nicht die unzulässige Frage nach der Schwangerschaft einer Bewerberin schon als Diskriminierung *per se* eingestuft, sondern erst die daraufhin erfolgende Absage oder Entlassung¹⁷⁹⁰. Allein die Frage nach einem der in § 1 AGG genannten Merkmale begründet damit noch keine Diskriminierung, weil der Arbeitgeber trotzdem noch den Befragten einstellen kann. Wenn der Bewerber aber abgelehnt wird, drängt sich wegen der In-

¹⁷⁸⁴ So *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583 (2589 f.).

¹⁷⁸⁵ Hierzu mit positiver Wertung *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 136, auch *Göpfert/Siegrist*, ZIP 2006, S. 1710 f.

¹⁷⁸⁶ *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 18.

¹⁷⁸⁷ Zur Stellenausschreibung z. B. *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (182); *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8 (10), zum Fragerecht ausführlich *Wisskirchen/Bissels*, NZA 2007, 169-174.

¹⁷⁸⁸ *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774 (776).

¹⁷⁸⁹ Dazu *Wisskirchen/Bissels*, NZA 2007, 169 ff.

¹⁷⁹⁰ *EuGH v. 05.05.1994*, EuGHE I 1994, 1657-1678 = NZA 1994, 609 (*Habermann/Beltermann*); *EuGH v. 03.02.2000*, Rs. C-207/98, Slg. I-549=AP Nr. 18 zu § 611a BGB=EuZW 2000, 209= NZA 2000, 255= NJW 2000, 1019 (*Mahlburg*); *EuGH v. 05.05.1994*, EuGHE I 1994, 1657-1678 = NZA 2001, 1241 (*Brandt/Nielsen*).

dizwirkung solcher Fragen sofort der Verdacht auf, dass es aus diskriminierenden Gründen so gekommen sein könnte¹⁷⁹¹.

Dabei liegt der Verdacht nahe, dass Arbeitgeber dem Risiko nur dann entgehen können, wenn sie von vornherein versuchen, Arbeitnehmer einzustellen, die irgendein Diskriminierungsmerkmal aufweisen. Es stellt sich die Frage, welche Diskriminierungsmerkmale wohl „schwerer wiegen“ als andere, wenn der Arbeitgeber beispielsweise die Wahl hat zwischen der Einstellung eines behinderten Ausländers oder einer muslimischen Frau¹⁷⁹². Denn egal, für wen sich der Arbeitgeber in einem solchen Fall entscheidet: Das Kostenrisiko bleibt, denn der abgelehnte Bewerber kann sich auf eine Ablehnung aus diskriminierenden Gründen berufen¹⁷⁹³. Dies führt im schlimmsten Falle zu einer umgekehrten Diskriminierung, bei der auf Grund der besseren Behandlung der Minderheiten diejenigen, die keine klassischen Diskriminierungsopfer sind, wiederum benachteiligt werden¹⁷⁹⁴.

Die jetzige Regelung bietet folglich nach einer besonders kritischen Auffassung für den Arbeitgeber keinerlei Vorteile, für den Arbeitnehmer dagegen bei entsprechender Auslegung sehr viele. Die Kritik stützt sich darauf, dass das Gesetz hinsichtlich der Möglichkeiten für Arbeitnehmer, sich gegen Diskriminierungen zu wehren, wenig Rechtsklarheit geschaffen und großen Spielraum für Interpretationsmöglichkeiten gelassen habe. So lade das AGG den Arbeitnehmer, der ja nur einen Anhaltspunkt für eine mögliche Diskriminierung zu suchen braucht, geradezu zu Missbrauch der Rechtslage ein¹⁷⁹⁵. Dies passt zu der Ansicht, dass es keinen Anspruch des Arbeitnehmers gebe, ausschließlich nach sachlichen Kriterien bewertet zu werden, weil die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers im Vordergrund stehe¹⁷⁹⁶.

Eine derart negative Wirkung steht dem AGG jedoch wohl nicht bevor, denn in der Praxis stellt sich dieses Problem weniger einschneidend dar: So obliegt es zum Beispiel bei Beförderungen innerhalb des Betriebs immer noch dem Arbeitgeber, das Anforderungsprofil für die zu besetzende Position festzulegen - in die der anschließend ausgewählte Mitarbeiter dann allerdings auch ganz genau passen sollte. Es gilt trotzdem, dass der Arbeitgeber nicht aus Angst vor weiter gehenden Ansprüchen verpflichtet ist, den objektiv besten Bewerber einzustellen. Er darf auch die so genannten *Softskills* berücksichtigen und nach Sympathie ent-

¹⁷⁹¹ So *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8 (12 f.).

¹⁷⁹² Ähnlich zur alten Rechtslage schon *Reichold*, JZ 2004, 384 (389).

¹⁷⁹³ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Förderung Behinderter und Schwerbehinderter weiterhin in Einklang mit dem Gesetz steht und der Arbeitgeber eine solche Entscheidung bereits bei der Stellenausschreibung treffen darf, vgl. *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8 (10).

¹⁷⁹⁴ Z. B. *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 40 ff.; *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierung, S. 279 ff. Diese umgekehrte Diskriminierung darf aber auch wieder nicht unverhältnismäßig sein, so *EuGH*, Rs. 476/99 (*Lommers*), DB 2002, 1450 (1451 bzw. Rz. 39).

¹⁷⁹⁵ LAG Berlin v. 14.07.2004, NZA-RR 2005, 124, dazu *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774 (775).

¹⁷⁹⁶ *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 150.

scheiden. Einzig von diskriminierenden Merkmalen darf er sich nicht leiten lassen¹⁷⁹⁷. Allein eine Absage ist trotz der Enttäuschung für den Bewerber noch keine verbotene Benachteiligung. Auch ist der Arbeitgeber dem Gesetz nach nicht verpflichtet, sich mit allen Bewerbungsunterlagen gleich gründlich zu beschäftigen, was ihm nach wie vor eine Spontanauswahl möglich macht¹⁷⁹⁸. So entsteht ein subjektiver Entscheidungsspielraum, der nahe bis an die Willkürgrenze reicht¹⁷⁹⁹. Erschwert wird ihm die Auswahl freilich durch sein immer mehr eingeschränktes Fragerecht¹⁸⁰⁰. Nach freiem Belieben kann der Arbeitgeber außerdem nur entscheiden, ob er einem Arbeitnehmer mit größerer Berufserfahrung oder einen Anfänger wählen will, ob er teamfähige Mitarbeiter bevorzugt oder „Einzelkämpfer“¹⁸⁰¹.

Zuzugeben ist auch, dass die Beweisführung bei solchen Kriterien schwer nachvollziehbar ist. Ausschließlich subjektive Kriterien bei der Auswahl von Bewerbern zu berücksichtigen, ist daher zwar nicht gänzlich unzulässig, allerdings aus prozesstaktischer Sicht nicht besonders empfehlenswert¹⁸⁰².

Diskriminierungsverbote greifen damit letztendlich tatsächlich in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ein, weil es viele unabwägbar Risiken hinsichtlich möglicher Gegenansprüche zu bedenken gilt. Von einer faktischen Einschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitgeber ist daher auszugehen. Deshalb muss hinterfragt werden, ob der Preis, der in dieser Gestalt für die Verwirklichung des Schutzes vor Diskriminierung gezahlt wird, nicht zu hoch ist und mit grundlegenden Grundprinzipien wie der Vertrags- und Meinungsfreiheit, die immerhin grundgesetzlich garantiert sind, nicht in unverhältnismäßiger Weise kollidiert¹⁸⁰³. Die Verbote sind in dieser Ausgestaltung letztlich Produkt einer Rechtspolitik „mit Augenmaß“¹⁸⁰⁴.

(3) Rechtfertigung des Eingriffs

Bei der Kollision widerstreitender Verfassungsgüter sind diese einander gegenüber zu stellen und jedem Recht ist im Sinne der praktischen Konkordanz zu optimaler Geltung zu verhelfen. Bei der Herstellung eines schonenden Ausgleichs hat eine Abwägung nach allgemeinen Maßstäben der Verhältnismäßigkeit statt zu finden¹⁸⁰⁵.

Dies wird somit zu einer Frage der Abwägung: Wenn der Staat in Zeiten, in denen Arbeit

¹⁷⁹⁷ Vgl. *Schieck*, NZA 2004, 873 (879). Anderer Ansicht jedoch *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 111, der die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers auch bei willkürlichem Verhalten als das wichtigere Rechtsgut ansieht.

¹⁷⁹⁸ Dazu *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (181).

¹⁷⁹⁹ Vgl. *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 91; genauso *Wiese*, JuS 1990, 357 (360).

¹⁸⁰⁰ Dazu *Leuchten*, NZA 2002, 1254 (1256 ff.); *Wisskirchen/Bissels*, NZA 2007, 169 ff.

¹⁸⁰¹ Beispiele bei *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (263).

¹⁸⁰² So das Fazit von *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8 (15).

¹⁸⁰³ Vgl. *Ring*, ZGS 2006, 371 (375); *Wagner*, Kommentar zu Armbrüster ZRP 2005, 41, ZRP 2005, 136 (127); auch *Wiese*, JuS 1990, 357 (360).

¹⁸⁰⁴ So *Reichold*, ZfA 2006, (271).

¹⁸⁰⁵ Zum Vorgehen bei kollidierenden Verfassungsgütern siehe *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (263), m. w. Nw.

Mangelware ist, eingreifen darf, um Mindeststandards zu schaffen, so stellt sich die Frage, inwieweit er dabei gegen die Vertragsfreiheit agieren darf.

Ziele der europäischen und deutschen Arbeitsmarktpolitik sind die Angleichung der Chancen, die Teilhabe und soziale Eingliederung aller Bürger. Auch die EU ist dabei auf die Verwirklichung der Privatautonomie ausgerichtet. Auf ihrer Grundlage kann daher auch keine unverhältnismäßige Einschränkung möglich sein¹⁸⁰⁶. Behutsam muss daher ermittelt werden, welche Gerechtigkeitsstandards allein durch den Staat im öffentlichen Recht gewährleistet werden können und welche Einschränkungen im Bereich des Privatrechts zulässigerweise noch auferlegt werden müssen und können, damit das Gleichheitsprinzip verwirklicht werden kann¹⁸⁰⁷.

Sehr früh wurde daher im Arbeitsvertragsrecht eine Rechtsprechung entwickelt, die besagte, dass zwar die Selbstbestimmung in der Verantwortung jedes einzelnen liege, dies aber gerade im Vertragsrecht für beide Parteien gelten müsse und Einschränkungen gelten müssten, sobald eine Partei überlegen ist¹⁸⁰⁸. Eng damit zusammen hängt, dass auch beim Antidiskriminierungsrecht dem Arbeitgeber im Prozess verhältnismäßig mehr aufgebürdet wird als dem Arbeitnehmer, sofern es um die Taschenfeststellung geht. Die Beweislastverteilung kann schnell zu einer Überforderung des Arbeitgebers führen, während die Erfolgsaussichten des klagenden Bewerbers wesentlich höher sind als die des Arbeitgebers. Schließlich muss ja dieser beweisen, dass er keinerlei diskriminierende Verhaltensweisen gezeigt hat.

Die Einschränkung der Vertragsfreiheit ist also eine scheinbar ungeeignete Sanktion, weil das Antidiskriminierungsrecht in erster Linie vor der Herabwürdigung der Person schützen soll¹⁸⁰⁹. Aus diesem Grunde müssen die Vertrags- und Berufsfreiheit des Arbeitgebers sorgfältig gegen die Gleichstellungsgebote abgewogen werden¹⁸¹⁰. Diese Abwägung kann natürlich nicht immer zu Gunsten der Gleichbehandlung ausgehen: Denn der Gleichbehandlungsgrundsatz ist kein „Übergrundrecht“, das ohne Rücksicht auf Freiheitsgrundrechte anderer – wie dem der Vertragsfreiheit und dem Recht am Unternehmen (Art. 14 GG) – verwirklicht werden kann. Der Anspruch auf willkürfreie Anstellung oder ein Recht auf Arbeit sind eben nicht verfassungsrechtlich garantiert¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁶ Dazu z. B. *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 43 f. mit Bezug zur Europäischen und deutschen Rechtsordnung unter dem Gesichtspunkt aristotelischer *ius distributiva* und *ius commutativa* (Austeilende und Ausgleichende Gerechtigkeit).

¹⁸⁰⁷ Grundlegend zu Eingriffen des Staates in den Privatrechtsverkehr zum Zwecke der Verwirklichung von Gerechtigkeit *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 46 ff.

¹⁸⁰⁸ Dazu *Dieterich*, NZA 1996, 673 (676), der allerdings auf Rechtsprechung zu Ausbildungshilfe und Kündigung verweist.

¹⁸⁰⁹ So *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21 (25).

¹⁸¹⁰ Schon zu § 611a BGB siehe *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 86.

¹⁸¹¹ *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (263); *Schmidt-Gläser*, DÖV 1982, 381; *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (48).

Ein Lösungsansatz zu diesem Problem baut auf der Unterscheidung von Gleichbehandlungsgrundsätzen und dem Postulat der Gleichstellung auf¹⁸¹²: Er geht davon aus, dass durch die Antidiskriminierungsnormen in der jetzigen Ausgestaltung stark in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers eingegriffen wird. Dies sei jedoch darauf zurückzuführen, dass der bloße Grundsatz der „Gleichbehandlung“ dies gar nicht verlange und demnach die Vertragsfreiheit vorgehe. Wenn dagegen von „Gleichstellung“ die Rede sei, so sei der Verlust der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers in einem gewissen Grade hinzunehmen¹⁸¹³.

Das Postulat der Gleichstellung ist durch Art. 3 II 2 GG, zumindest was die Gleichstellung der Geschlechter angeht, in das Grundgesetz aufgenommen worden. Diese Änderung könnte bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Gleichgewicht der Grundrechte verschieben, sodass größere Einschnitte in die Vertragsfreiheit möglich wären, um Gleichstellung durchzusetzen.

Wenn ein Einstellungsanspruch also nicht erforderlich und überdies unproportional ist, um das Ziel der *Gleichbehandlung* zu erreichen¹⁸¹⁴, so könnte sich dies im Hinblick auf den *Gleichstellungsauftrag* anders darstellen. Unmöglich wäre die Umsetzung des Gleichstellungsauftrags also erst dann, wenn Grundrechte in ihrem Wesensgehalt in Frage gestellt wären¹⁸¹⁵. Das Antidiskriminierungsrecht muss sich folglich wegen des Gleichstellungsauftrags trotzdem daran orientieren, was tatsächlich durch europäisches Recht verlangt wird¹⁸¹⁶.

In Ergebnis kann die Vertragsfreiheit nur bis zu der Grenze garantiert werden, wo andere diskriminiert werden. Diskriminierung bei Vertragsschlüssen stellt einen Verstoß gegen die guten Sitten dar, der unter Umständen auch umgekehrt die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts begründen kann¹⁸¹⁷. Anknüpfungspunkt ist dabei ein Verhalten, das die Gleichwertigkeit des potentiellen Vertragspartners bestreitet und damit seine Gleichrangigkeit als Mitglied der Rechts- und Sozialgemeinschaft negiert¹⁸¹⁸. Ein Vertrag, der nicht beiderseitig autonom bestimmt wurde, verdient jedoch keine rechtliche Anerkennung und damit auch keinen Schutz¹⁸¹⁹. Ein Eingriff in die Privatautonomie lässt sich gerade im Arbeitsrecht, das sich stets als Schutzrecht der Arbeitnehmer präsentiert, also letztlich sogar mit der überlegenen Stellung des Arbeitgebers selbst begründen¹⁸²⁰.

¹⁸¹² Zu dieser Unterscheidung s. o., Erster Teil, A. II.

¹⁸¹³ So grundlegend *Fastrich*, RdA 2000, 65 (68).

¹⁸¹⁴ *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (263 f.).

¹⁸¹⁵ Vgl. *BVerfG* v. 29.05.1974, BVerfGE 37, 271 ff. (*Solange I*); *BVerfG* v. 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 (376) – (*Solange II*); *BVerfG* v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (188) (*Maastricht-Urteil*).

¹⁸¹⁶ Darüber hinaus gehen sollten die neuen Regelungen dagegen nicht, vgl. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 24.

¹⁸¹⁷ Dazu *Richardi*, NZA 2006, 881.

¹⁸¹⁸ Vgl. *Picker*, ZfA 2005 167 (172).

¹⁸¹⁹ Vgl. Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 50; auch *Baer*, ZRP 2002, 290 (292).

¹⁸²⁰ Kritisch unter dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers z. B. *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 49.

Gleichzeitig hat § 15 AGG aber bei aller Kritik auch eine Komponente, die die Vertragsfreiheit fördert: Erfasst ist nicht nur die Freiheit, Verträge abstrakt abschließen zu können. Es muss vielmehr auch faktisch möglich sein, einen Vertragsschluss tatsächlich durchzuführen, sofern er angeboten wird. Grund dafür ist, dass Art. 2 I GG die beiderseitige Vertragsfreiheit garantiert. Wenn auf der einen Seite daher die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers eingeengt wird, wird auf der anderen Seite die des Arbeitnehmers erweitert¹⁸²¹.

(cc) Ergebnis

Anlass zur Sorge besteht daher nicht, weil die Vertragsfreiheit auch die Freiheit des anderen Vertragspartners betrifft und daher im Wege der verfassungsmäßigen Konkordanz Abstriche zu akzeptieren sind¹⁸²². Der Arbeitgeber ist im Ergebnis nicht zu Vertragsabschlüssen gezwungen, sondern zur Gewährung einer Chancengleichheit, was ihn aber nicht unverhältnismäßig einschränkt. Die generelle Abschlussfreiheit ist daher nicht dadurch eingeschränkt, dass der Arbeitgeber keinen Bewerber diskriminieren darf.

Bei der Wahl anderer Mittel im Rahmen der Erforderlichkeitskontrolle bei der Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen wäre eine Regulierung außerdem nur noch dann möglich, wenn starre Grundsätze wie z. B. strengere Quotenregelungen eingeführt würden. Dann hätte der Arbeitgeber einen noch viel stärkeren Eingriff in seine Vertragsfreiheit zu erleiden, weil er sich dann unter Umständen noch nicht einmal mehr für den bestqualifizierten Bewerber entscheiden dürfte, nur weil dieser einem bestimmten Geschlecht angehört. Quotenregelungen wären auch bezüglich vieler Diskriminierungsmerkmale nur äußerst diffizil zu formulieren und anzuwenden. Die Gefahr, dass solche Systeme letztendlich wieder diskriminierende Wirkung gegenüber anderen Arbeitnehmer zeigen, ist sehr hoch. Bei Anwendung solcher Mittel wäre auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip wieder in Gefahr, weil sie zu sehr einschränken würden¹⁸²³.

Um einen wirksamen Ausgleich herzustellen, sind daher Schadensersatz- und Entschädigungsregelungen noch der geringste Eingriff. Denn eine Ablehnung ist auch bei Gewährung aller Chancen noch möglich: „Die Freiheit, diskriminierenden Vorurteilen freien Lauf zu lassen, ist der wohl am ehesten verzichtbare Teil der Vertragsfreiheit“¹⁸²⁴.

Das AGG verfolgt daher verfassungsrechtlich legitimierte Zweck und ist ein taugliches, erforderliches und geeignetes Mittel, um diese Ziele zu erreichen. Dass z. B. geschlechtsspezifisch

¹⁸²¹ So Münchener Kommentar AGG/*Thüsing*, Einl. Rn. 50.

¹⁸²² So im Ergebnis auch *Armbrüster*, ZRP 2005, 41 (43); *Baer*, ZRP 2002, 290 (292); *Thüsing*, NJW 2003, 405 (407).

¹⁸²³ Speziell zu diesem Problem bezüglich der Diskriminierung von Behinderten siehe *Günzel/Heilmann*, RdA 2000, 341 (344).

¹⁸²⁴ So *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21 (26).

sche Benachteiligungen verboten sind, stellt im Ergebnis keinen ungerechtfertigten Eingriff in die Freiheitsrechte anderer dar, da vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohles den Gleichbehandlungsgrundsatz rechtfertigen können. Ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Vertragsfreiheit ist daher im Ergebnis zu verneinen.

Vielmehr sind es die Sanktionen, die im Falle der Nichtbeachtung drohen, die kritisch betrachtet werden müssen¹⁸²⁵.

c) Strafcharakter des Gesetzes

Neben der Beweislastverteilung schränken den Arbeitgeber auch die Rechtsfolgenregelungen des Art. 15 AGG ein: Die Möglichkeit, Schadensersatz zu gewähren, wurde deshalb gewählt, weil sie im Gegensatz zur Naturalrestitution in Form eines Anspruches auf Einstellung bzw. Beförderung eben nicht die Vertragsfreiheit zu verletzen versprach¹⁸²⁶. Anfänglichen Problemen bei der Feststellung eines materiellen Schadens half das BAG mit seiner Rechtsprechung, gekoppelt an Monatsgehälter zu bemessen, ab. Im Übrigen durfte der immaterielle Schaden, der in der Herabsetzung des Wertes des Bewerbers lag, nicht unbeachtet bleiben¹⁸²⁷. Gerade wegen des strafenden Charakters des Gesetzes wird ein Druck auf den Arbeitgeber ausgeübt, der ebenfalls eine unzulässige Eingrenzung der Vertragsfreiheit erzeugen kann¹⁸²⁸.

Der EuGH selbst hatte verlangt, dass die Schadensersatzzahlungen dem nahe kommen müssen, was durch einen Einstellungsanspruch erreicht worden wäre. Die Rechtsprechung des Gerichts lässt erkennen, dass die Möglichkeit einer Schadensersatzlösung nur deshalb in Betracht komme, weil ein Einstellungsanspruch in vielen Fällen praktisch kaum durchführbar wäre: Unter Umständen wäre er nur dadurch erreichbar, dass beispielsweise ein anderer, eingestellter Mitbewerber wieder entlassen würde oder der Arbeitgeber unbegrenzt Bewerber einstellen müsste¹⁸²⁹. Hierzu kann er aber nicht nur aus praktischen Überlegungen heraus nicht gezwungen werden - auch aus rechtlichen Gründen ist dies kaum denkbar: Privatpersonen untereinander ist die Vertragsfreiheit als fundamentaler Grundsatz des Schuldrechts und auch der deutschen Verfassung garantiert, und wird daher als eine der wichtigsten Errungenschaften der modernen westlichen Zivilisation angesehen¹⁸³⁰. Es bleibt danach den Vertragsparteien grundsätzlich überlassen, ob und mit wem und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag

¹⁸²⁵ So *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (263); *Armbrüster*, ZRP 2005, 41 ff.; *Wagner*, Kommentar zu *Armbrüster*, ZRP 2005, 41, ZRP 2005, 136 f.

¹⁸²⁶ Vgl. *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, S. 156; *Armbrüster*, NJW 2007, 1494 f.

¹⁸²⁷ Dazu *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, S. 157.

¹⁸²⁸ So *Wagner*, Kommentar zu *Armbrüster*, ZRP 2005, 41, ZRP 2005, 136 (137).

¹⁸²⁹ Vgl. *Armbrüster*, NJW 2007, 1494 (1495 f.); *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (262); *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583 (2589).

¹⁸³⁰ Vgl. *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 395; *Säcker*, ZRP 2002, 286 (287).

abschließen wollen¹⁸³¹.

Dem ersten Gesetzesentwurf, der zur Umsetzung der Richtlinien im Dezember 2001 veröffentlicht wurde, wurde vor allem die Gefahr für die Vertragsfreiheit zur Last gelegt¹⁸³². Gefördert werde durch den Entwurf eine umfassende Motivkontrolle der Entscheidungen des Bürgers, der in seinem Lebensstil und seiner persönlichen Entfaltung eingeschränkt werde. Die Kritiker sprechen von einem im Sinne der „*political correctness*“ kontrollierenden „Tugendstaat“¹⁸³³. Die Schutzpflicht des Staates zwingt dazu, Regeln zu finden, die sicherstellen, dass keine unsachlichen Gründe zum Verlust des Arbeitsplatzes führen¹⁸³⁴. Alle Ungereimtheiten des § 611a BGB führten aber letztendlich zu einer Diskreditierung eines berechtigten politischen Anliegens und wirkten nicht mehr verhältnismäßig.

Das, was z. B. *Säcker* ins Feld führt, um das Antidiskriminierungsgesetz als Zerstörer der Vertragsfreiheit darzustellen¹⁸³⁵, hat aber wenig mit der Realität auf dem Arbeitsmarkt zu tun und ist auf die derzeitige Ausgestaltung des AGG nicht mehr anwendbar. So ist z. B. der Fall der alten Dame, die in ihrer Wohnung ein Zimmer nur an eine Studentin vermieten will, nicht mehr aktuell¹⁸³⁶. Denn auch das AGG findet im normalen Zivilrechtsverkehr nur unter bestimmten Voraussetzungen Anwendung, die z. B. im Mietrecht eine gewisse Größe der vermietenden Partei voraussetzt. Das AGG muss im Hinblick auf § 15 AGG vor allem bezüglich seiner arbeitsrechtlichen Komponenten untersucht werden. Die allgemeinen zivilrechtlichen Auswirkungen haben damit zum Teil wenig zu tun, weil das Arbeitsrecht in vielen Teilen wesentlich strenger ausgestaltet ist. Das AGG nimmt andererseits für den Bereich des Arbeitsrechts den Anspruch auf Vertragsabschlüsse ausdrücklich aus den denkbaren Rechtsfolgen einer Diskriminierung heraus. Stattdessen hilft das AGG den Diskriminierungsopfern konkret mit Unterlassungsansprüchen, Schadensersatz und Entschädigung. Gerade wegen dieser Regelungen, die scheinbar keine Grundsätze der Privatautonomie verletzen können, gerät das AGG aber in Verdacht, massive Einschnitte in die Vertragsfreiheit zu produzieren: Virulent wird dies insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber zwei gleich qualifizierte Bewerber hat, die sich jedoch in einem Diskriminierungsmerkmal – beispielsweise Alter oder Geschlecht – unterscheiden. Denn ganz egal, welchen der beiden Bewerber der Arbeitgeber im

¹⁸³¹ So argumentiert auch *Wiese*, JuS 1990, 357 (260).

¹⁸³² Vgl. *Picker*, JZ 2003, 540 (544).

¹⁸³³ Vgl. *Adomeit*, NJW 2006, 2169-2171; auch *Boemke*, NJW 1993, 2083 (2085), der sogar die Grundrechte des Arbeitnehmers bei der Auswahl unberücksichtigt lassen will.

¹⁸³⁴ *BVerfG* v. 27.01.1998, NJW 1998, 1475 (1476). Kritisch dazu z. B. *Boemke/Gründel*, ZfA 2001, 245 (278).

¹⁸³⁵ Siehe *Säcker*, ZRP 2002, 286 (288).

¹⁸³⁶ Ähnlich übertriebene Argumentationen von *Baer*, ZRP 2002, 290 (i. E. jedoch gegen einen Verfassungsverstoß) und *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (28); vgl. dieselbe Argumentation bei *Wagner*, Kommentar zu Armbrüster ZRP 2005, 41, ZRP 2005, 136 (127).

Ergebnis aussucht: Der abgelehnte Bewerber kann in genau dieser Ablehnung eine diskriminierende Verhaltensweise sehen, deren Nichtvorliegen dann der Arbeitgeber beweisen muss. Man kann im schlimmsten Fall daher zu der Vermutung gelangen, dass es nur dann im Hinblick auf das Antidiskriminierungsrecht kein finanzielles Risiko darstellt, wenn die Stelle erst gar nicht besetzt wird. So kann die Gefahr entstehen, dass das Antidiskriminierungsrecht den rechtsgeschäftlichen Umgang mit Personen, die besonders geschützt werden sollen, sogar erschweren kann, weil den geschützten Gruppen mit Befangenheit entgegen getreten werden könnte und sie so völlig kontraproduktiv noch mehr stigmatisiert würden¹⁸³⁷. In der Praxis werden diese Fälle freilich über andere objektive Faktoren zu lösen sein, sodass der Arbeitgeber sich vom Vorwurf der Diskriminierung freimachen kann.

Umgekehrt ist es aber ohne Kostenrisiko kaum möglich, einen mit einem Diskriminierungsmerkmal ausgestatteten Bewerber inmitten eines Kreises „normaler“ Mitbewerber *nicht* einzustellen: Die Aussicht auf in einer solchen Konstellation sehr Erfolg versprechenden Schadensersatz dürfte dem ausgeschlossenen potentiellen Diskriminierungsopfer nur ein zu guter Anreiz für eine Klage sein. Daher muss der Arbeitgeber nun bei der Einstellung vorsichtig agieren, will er nicht ein schwieriges Beweisverfahren, das ihn entlasten kann, führen. Nicht ganz zu Unrecht wird daher befürchtet, dass eine abschreckende Wirkung im Rahmen eines Einstellungsanspruches nicht gegenüber dem Arbeitgeber erreicht würde, sondern vielmehr gegenüber einem erfolgreichen Mitbewerber, dessen Rechtstellung nicht weniger legitimiert, sondern sowohl verfassungsrechtlich als auch vertragsrechtlich gleichrangig sein wird¹⁸³⁸.

Eine pönale Interpretation der neuen Regel lässt damit einen Verstoß gegen das Grundgesetz vermuten, weil durch eine Strafe kein Privater privilegiert werden soll. Auch wird ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz vermutet¹⁸³⁹, weil der Arbeitgeber gegebenenfalls verschuldensunabhängig Sanktionen unterliegt und das sogar in dem Fall, in dem gar kein Schaden entstanden ist. Ein Verstoß gegen Art. 103 II GG wird darin gesehen, dass nur die Kausalität zwischen Diskriminierungsmerkmal und Entscheidung des Arbeitgebers ausreichen soll, um schwerwiegende Sanktionen auszulösen¹⁸⁴⁰. Es kann jedoch im Falle des § 15 AGG nichts anderes gelten, als bei anderen pönal wirkenden Zivilrechtsnormen: Strafe ist nicht als Kriminalstrafe zu verstehen und muss daher losgelöst von diesen Aspekten betrachtet werden. Die Abschreckung gegenüber dem Arbeitgeber darf nach den bisher dargelegten Grundsätzen niemals so stark sein, dass der Arbeitgeber in seiner Entscheidungsfreiheit

¹⁸³⁷ So z. B. *Wagner*, Kommentar zu *Armbrüster*, ZRP 2005, 41, in ZRP 2005, 136 (127); *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583 (2589 f.).

¹⁸³⁸ *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (262); a. A. aber *Bertelmann/Pfarr*, DB 1984, 1297 (1299).

¹⁸³⁹ Dies spricht *Richardi*, NZA 2006, 881 (882), an.

¹⁸⁴⁰ So *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (181), *Hirsch*, Festschrift für Engisch, S. 304 (327).

„gelähmt“ wird und demnach niemanden mehr einstellt. Der Verstoß gegen das Verfassungsrecht muss daher verneint werden, wenn unter Berücksichtigung des Art. 3 III GG davon ausgegangen wird, dass grundsätzlich das Gebot der Gleichstellung anerkannt wird. Dies führt dazu, dass auch die Freiheitsrechte einzelner in ein neues Gleichgewicht zueinander zu setzen sind¹⁸⁴¹. Der Arbeitgeber muss zwar vorsichtig agieren - hat er jedoch einen objektiven Grund für seine Einstellungsentscheidung, braucht er keine Sanktionen zu fürchten. Seine Mehrverpflichtungen sind gegenüber dem Recht der betroffenen Arbeitnehmer auf Gleichstellung jedenfalls hinzunehmen. Aus diesem Grunde liegt im Falle des § 15 AGG auch wegen sanktionierender Aspekte kein Verstoß gegen das Grundgesetz vor.

2. Verfassungskonformität privatrechtlicher Verhaltenssteuerung

Sofern hinsichtlich der Verhaltenssteuerung im Zivilrecht der Vorwurf eines Verfassungsverstoßes bezüglich Art. 103 GG¹⁸⁴² bzw. im Hinblick auf das Rechtsstaatprinzip geäußert wird¹⁸⁴³, existiert aus verfassungsrechtlicher Sicht im Ergebnis keine Norm, die generell die Verhaltenssteuerung im Zivilrecht verbietet. Schließlich ist auch das Zivilrecht nur Teil einer Gesamtrechtsordnung, deren einzelne Regelungsbereiche freilich unterschiedliche Mittel einsetzen, aber dennoch das Verhalten der einzelnen in bestimmte Bahnen lenken will¹⁸⁴⁴. Deshalb müssen aber die Rechtsgebiete miteinander kommunizieren und dürfen auch ineinander greifen. Nur, weil das Strafrecht mit Hilfe pönaler Elemente arbeitet und Sanktionen androht, heißt dies nicht, dass das Zivilrecht sich keinerlei Steuerungsaufgaben widmen darf¹⁸⁴⁵.

Was im Grundgesetz als Strafrecht benannt wird und deshalb bestimmten Regeln unterliegt, bezieht sich vor allem auf Maßnahmen der Repression, die Vergeltung für geschehenes Unrecht fordern¹⁸⁴⁶. Nicht jede Sanktion kann daher als „Strafrecht“ qualifiziert werden und diesen sehr speziellen Regeln unterworfen werden. Aus diesem Grunde liegt auch kein Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem* vor. Eine zweimalige Strafe kommt schließlich von vorn herein nicht in Betracht, wenn man davon ausgeht, dass Sanktionen im Zivilrecht wichtig werden, weil das Strafrecht das Unrecht der Tat nicht erfasst. Zivilrechtliche Sanktionen wie §§ 661a, 241a BGB oder auch vergleichbare andere Regeln sind aber kein Strafrecht in Sinne

¹⁸⁴¹ Für verfehlt hält dieses neue Gleichgewicht z. B. *Braun*, ZRP 2005, 135 (136).

¹⁸⁴² Kritik deshalb, weil Strafen nur im Rahmen der besonderen Regeln des Strafprozesses verhängt werden sollen, siehe oben, Dritter Teil, C. I. 1. Dazu auch *Ebert*, Pönale Elemente, S. 370; *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (40); *Schneider*, BB 2002, 1653 (1655).

¹⁸⁴³ Grundlegende Kritik schon bei *Hirsch*, Festschrift für Engisch, S. 304 (327) bezüglich der Genugtuungsfunktion. Dazu auch *Ebert*, Pönale Elemente, S. 370; *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (40); *Schneider*, BB 2002, 1653 (1655).

¹⁸⁴⁴ Vgl. *Hofmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 7, 13 f.

¹⁸⁴⁵ So *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (449 und 467).

¹⁸⁴⁶ Siehe *Volk*, ZStW 1983, 405.

des Grundgesetzes. Begründet wird dies damit, dass es schon an einer Straftat fehle¹⁸⁴⁷. Art. 103 II GG, der zwar nicht nur für Kriminalstrafen sondern grundsätzlich etwa auch für Disziplinarmaßnahmen gilt, kann daher in Bezug auf das Verhältnis der Kriminalstrafe zu zivilrechtlichen Rechtsfolgen nicht verletzt sein: Auch der BGH hat daher festgestellt, dass z. B. § 661 a BGB keine Strafvorschrift sei und daher auch keinen strafrechtlichen Grundsätzen unterfallen könne¹⁸⁴⁸.

Die Frage, ob eine Straftat vorliegt, muss zwar grundsätzlich vom Gesetzgeber beantwortet werden, der aber auch gewisse Regeln zu beachten hat. Zu diesen Regeln kann gehören, Strafen nur bei Straftaten anzuwenden, ansonsten aber dem Prinzip des Ausgleichs zu folgen, da Strafen die schwerwiegendsten Einschnitte darstellen und aus diesem Grunde bestimmten Regeln gehorchen müssen¹⁸⁴⁹. Die Zivilstrafe hat jedoch nur viel weniger einschneidende Mittel zur Verfügung, als es bei der Kriminalstrafe der Fall ist. Die Zivilstrafe hat somit einen ähnlichen Abschreckungseffekt wie die Kriminalstrafe, kämpft aber mit ungleich stumpferen Waffen. Die Verhängung einer Privatstrafe muss damit nicht in Konflikt mit der Verhängung einer Kriminalstrafe stehen, weil eine völlig unterschiedliche Ausrichtung der die Schuld ausgleichenden Funktion besteht und die Privatstrafe auch über viele Mittel der Kriminalstrafe gar nicht verfügt¹⁸⁵⁰. Sie hat nach wie vor stark ausgleichende Züge, da sie auf Geld“ersatz“ beschränkt bleibt. Auch fehlt ein stigmatisierender Effekt, weil weder Registereintragungen vorgenommen werden noch ein Strafverfahren durchgeführt werden muss.

In dieselbe Richtung geht die *Soraya*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die pönale Elemente beim Ersatz wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen als verfassungskonform einstuft¹⁸⁵¹. Auch der angebliche historische Wille des Gesetzgebers, der das pönale Prinzip ausklammern will, ist gerade beim Schmerzensgeld nicht nachweisbar. Eine eindeutige Position ist in diesen Fällen nicht bezogen worden, indem die Rechtsnatur des Schmerzensgeldes zunächst offen gelassen wurde¹⁸⁵². Z. B. der Resozialisierungsgedanke gegenüber der Allgemeinheit spielt bei der Privatstrafe keine Rolle, da deren Wirkung sich allein im Verhältnis Schädiger – Geschädigter erschöpft¹⁸⁵³. Die an den Staat fließende Kriminalstrafe weist dagegen sehr wohl all diese öffentlich - strafrechtlichen Gesichtspunkte auf¹⁸⁵⁴. Daher sind die Begriffe Strafbarkeit und Strafgesetz im formalen Sinne zu verstehen¹⁸⁵⁵.

¹⁸⁴⁷ Dazu Kern, AcP 191 [1991], 247 (263); Wagner, AcP 206 [2006], 352 (433).

¹⁸⁴⁸ BGH v. 16.10.2003, NJW 2003, 3620 f.

¹⁸⁴⁹ So auch i. E. Canaris, in: Festschrift für Deutsch, S. 85 (107).

¹⁸⁵⁰ Siehe Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (425).

¹⁸⁵¹ BVerfG v. 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (293)= NJW 1973, 1221 ff. (*Soraya*).

¹⁸⁵² Historische Entwicklung bei Nehlsen-v. Stryck, JZ 1987, 119.

¹⁸⁵³ So Kern, AcP 191 [1991], 247 (257); Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (425).

¹⁸⁵⁴ Dazu Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (425).

¹⁸⁵⁵ BVerfG v. 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (293); kritisch dagegen Canaris, FS für Deutsch, 1999, 85 (107).

Auch die Grundsätze *nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. II GG) und *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG) schließen die Anwendung der Zivilstrafe daher nicht aus. Denn nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts müssen die Begriffe Privatstrafe und Kriminalstrafe deutlich getrennt werden, weil sie trotz einiger Gemeinsamkeiten hinsichtlich ihrer Ziele doch deutliche Unterschiede aufweisen¹⁸⁵⁶. Diese deutlichen Differenzen entbinden die Zivilstrafe von den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausformulierung von Straftatbeständen sowie sonstigen Regeln wie Art. 103 GG¹⁸⁵⁷.

Das Verfassungsrecht steht damit verhaltenssteuernden Präventionszwecken nicht im Weg, enthält aber einen Regelungsrahmen für Schadensersatzpflichten und sonstigen Sanktionen im Zivilrecht¹⁸⁵⁸. Kompensation und Prävention müssen daher im Zivilrecht nicht unbedingt Gegensätze darstellen, weil bei einem vollen Schadensausgleich automatisch auch Präventionsanreize erzeugt werden. Vorsicht ist erst dort geboten, wo die erwünschte Prävention zur bloßen Sanktion und Vergeltung wird¹⁸⁵⁹.

III. Die Verhältnismäßigkeit des § 15 AGG

1. Keine Obergrenze

Auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit an sich ist gemäß § 20 II GG ein tragender Verfassungsgrundsatz. Die Rechtsfolgen des § 15 AGG müssen somit im Verhältnis zum angerichteten Schaden und der erfolgten diskriminierenden Handlung stehen. Problematisch ist zunächst, dass das AGG in § 15 I keine Obergrenze festlegt¹⁸⁶⁰. Zur Konsequenz kann dies haben, dass der Arbeitgeber einem nicht eingestellten Bewerber extrem lange den Verdienstausfall gemäß § 15 I AGG zahlen muss. Vertreten wird ebenso, dass eine Schadensersatzpflicht, die infolge nicht erkennbarer und deshalb unverschuldeter Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot unverhältnismäßig ist und objektiv betrachtet gar nicht den einzelnen Arbeitgeber, der sich seines Handelns ja nicht bewusst ist, abschrecken kann¹⁸⁶¹. Die Regelung gerät damit in den Verdacht, nicht verhältnismäßig zu sein. Dies würde dann auch den europarechtlichen Regelungen widersprechen: Denn diese Vorgaben haben dem nationalen Gesetzgeber das Gebot der Verhältnismäßigkeit mit auf den Weg gegeben¹⁸⁶².

¹⁸⁵⁶ BVerfG v. 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (293).

¹⁸⁵⁷ So Dreier, Kompensation und Prävention, S. 509 f; Schäfer, AcP 202 [2002], 397 (434).

¹⁸⁵⁸ So Wagner, AcP 206 [2006], 352 (434).

¹⁸⁵⁹ Vgl. Wagner, AcP 206 [2006], 352 (469).

¹⁸⁶⁰ Besgen, B+P 2006, Beihefter Nr. 1 zu Heft 8, S. 7.

¹⁸⁶¹ So Maier-Reimer, NJW 2006, 2577 (2582).

¹⁸⁶² Art. 15 Richtlinie 2000/43/EG; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 15 Rn. 26.

Es gibt allerdings viele Anhaltspunkte, die dagegen sprechen: Der Arbeitgeber kann sich nach einer bestimmten Zeit z. B. auf eine hypothetische Kündigung berufen, ohne dass ihm deshalb erneut der Vorwurf der Diskriminierung gemacht werden kann¹⁸⁶³. Stattdessen liegt ein rechtmäßiges Alternativverhalten vor, oder auch eine Art Reserveursache für die Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers. Auch für den Arbeitgeber tritt damit eine gewisse *zeitliche* Kalkulierbarkeit ein. Hinzu kommt, dass eine Festschreibung von Haftungsobergrenzen noch nicht einmal bei der Gefährdungshaftung¹⁸⁶⁴ erforderlich ist. Haftungsobergrenzen sind zumindest bei der Verschuldenshaftung bisher unbekannt¹⁸⁶⁵.

Ein Verfassungsverstoß ist jedenfalls im Fehlen von Obergrenzen nicht verwirklicht, weil keine Strafe im straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sinne vorliegt bzw. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ohnehin auch bei der Höhe des Schadensersatzes gewahrt bleiben muss¹⁸⁶⁶.

2. Fehlende Kalkulierbarkeit der Forderungshöhe und Übermaßverbot

Ein Problem, das sowohl mit dem Verzicht auf das Verschuldenserfordernis als auch mit der Festlegung von Höchstgrenzen zu tun hat, ist die Frage nach der Kalkulierbarkeit von Schadensersatz- und Entschädigungsforderungen. Denn wenn das Verschulden keine Voraussetzung für den Anspruch gegen den Arbeitgeber ist, so ist das Risiko, sich ersatzpflichtig zu machen sehr schwer einzuschätzen. Diese Bedrohung der Unternehmer könne aber nicht zu Gleichberechtigung und Chancengleichheit führen¹⁸⁶⁷.

Es lässt sich einwenden, dass gerade die fehlende Kalkulierbarkeit aber abschreckend wirkt¹⁸⁶⁸. Außerdem hat der Gesetzgeber für manche Fälle des § 15 II AGG Höchstgrenzen geschaffen, die das Risiko des Arbeitgebers zusätzlich einschränken. Beispielsweise in Fällen der Gefährdungshaftung, mit denen die alte Regel des § 611a BGB oft verglichen wurde, gibt es ebenfalls Haftungsobergrenzen, um die Versicherbarkeit solcher Schäden sicher zu stellen. Gerade die komplette Versicherbarkeit von Diskriminierungsschäden würde die abschreckende Wirkung der Norm aber zu Nichte machen¹⁸⁶⁹. Wie auch im anglo-amerikanischen Recht muss eine generelle Einführung von Höchstgrenzen daher unterbleiben, weil der Arbeitgeber sein Verhalten selbst in der Hand hat und seine Pflichten kennen muss. Will man dem europä-

¹⁸⁶³ BHG v. 13.05.1953, BGHZ 10, 6; vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 27; *Staudinger/Annuß*, § 611 a BGB Rn. 99; Münchener Kommentar/*Oetker*, § 249 Rn. 205 ff.; Palandt/*Heinrichs*, Vorb. zu § 249, Rn. 102; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 105 f.

¹⁸⁶⁴ Zur Gefährdungshaftung siehe oben, Dritter Teil, C. IV.

¹⁸⁶⁵ Vgl. z. B. *Wendeling-Schröder*, DB 1999, 1012 (1014).

¹⁸⁶⁶ Siehe im Ergebnis auch *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 510 f.

¹⁸⁶⁷ Bereits zu § 611 a BGB *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (258).

¹⁸⁶⁸ *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (339).

¹⁸⁶⁹ Vgl. *Kandler*, *Sanktionsregelungen*, S. 205.

ischen Recht daher gerecht werden, so können Haftungsobergrenzen gar nicht überall anwendbar sein, da die Norm sonst sinnentleert wäre¹⁸⁷⁰.

Denkbar ist deshalb ein Verstoß gegen das Übermaßverbot, sofern dem Arbeitgeber Kosten auferlegt werden, die über entstandene Schäden hinausgehen. Sofern die Schadensersatzleistungen daher extrem hoch sind und für den Arbeitgeber starke Einbußen bedeuten, ist im Sinne der Verhältnismäßigkeit daher eine sorgfältige Abwägung zwischen der finanziellen Belastung des Schädigers und dem Ausgleichsbedürfnis des Geschädigten erforderlich.

Gegen einen solchen Verstoß gegen das Übermaßverbot spricht jedoch, dass zumindest die Haftung bei Bewerbern, die nicht bestqualifiziert sind, sich im Rahmen hält und nicht unnötig viel vom Arbeitgeber verlangt¹⁸⁷¹. Ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip wegen unkalkulierbarer Haftungsrisiken ist daher zu verneinen.

3. „Professionelle“ Diskriminierungsklagen

Da für den Schadensersatzanspruch weder Schaden noch Verschulden notwendig sind, erscheint eine Diskriminierungsklage als „leicht verdientes Geld“ oder sogar als „Nebenverdienst“¹⁸⁷². Ein ähnliches Problem bietet sich im Bereich des Mutterschutzes: Der Arbeitgeber muss die Frau einstellen und bezahlen, obwohl er sie gar nicht beschäftigen darf und ihr den Arbeitsplatz dann drei Jahre freihalten, oder ihr aber eine angemessene Entschädigung zahlen¹⁸⁷³.

Daher begegnet die Regelung bei solchen Voraussetzungen dem hauptsächlich in der Literatur aufgeworfenen Problem der „professionellen Diskriminierungskläger“, die sich nicht ernsthaft auf eine Stelle bewerben, um dort tatsächlich zu arbeiten, sondern nur, um eine Diskriminierung geltend zu machen, die den Arbeitgeber über die Ersatznorm zahlungspflichtig macht¹⁸⁷⁴. Kommt eine objektive Benachteiligung in solchen Fällen vor, wird schließlich im Regelfall nicht überprüft, ob die Bewerbung ernsthaft abgegeben wurde¹⁸⁷⁵.

Einzig der Einwand des Rechtsmissbrauchs, gestützt auf § 242 BGB, kann hier vom – beweispflichtigen - Arbeitgeber noch entgegengesetzt werden, sofern die Norm denn wirklich zweckentfremdet wird. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn keinerlei Beeinträchtigung der Inte-

¹⁸⁷⁰ So zu Recht *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 206; *Wendeling-Schröder*, DB 1999, 1012 (1013 f.).

¹⁸⁷¹ Hierzu *Wendeling-Schröder*, DB 1999, 1012 (1014).

¹⁸⁷² Vgl. *ArbG Köln* v. 13.06.1996, ZIP 1997, 804, wo sich ein BWL-Student auf sieben explizit für Frauen ausgeschriebene Stellen bewarb. Dazu auch *Picker*, ZfA 2005, 167 (170) zum ADG-E.

¹⁸⁷³ Dazu *Gamillscheg*, FS Stoll, S. 21 (24).

¹⁸⁷⁴ Dazu auch *Volmer*, BB 1997, 1582 (1583).

¹⁸⁷⁵ Vgl. schon die Rechtssache *EuGH* v. 22.04.1997, EuGH RS C-180/95 (*Draehmpaehl./ Urania Immobilienservice oHG*) Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839 = NZA 1997, 645 ff. DB 1997, 983 ff. = JZ 1997, 1172-1174; *Steinkühler*, AGG, Zweiter Teil, Rn. 380.

ressen des Klägers zu verzeichnen sind¹⁸⁷⁶.

Problematisch ist, dass hiervon allerdings in Fällen, in denen der Arbeitgeber tatsächlich diskriminiert hat, nicht auszugehen sein wird, da ein Schwerpunkt der Norm auf Präventions- und Sanktionsgedanken beruht. Insofern müsste der professionelle Diskriminierungskläger noch gelobt werden, weil er den Arbeitgeber, der sich falsch verhält, der Justiz zuführt und so einen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung leistet¹⁸⁷⁷.

Allerdings wird bei dieser Sichtweise verkannt, dass es sich dennoch um eine schuldrechtliche Norm handelt, die nicht nur dem öffentlichen Interesse dient und gerade deshalb auch im Zivilrecht angesiedelt wurde. Die Grenze des § 242 BGB muss daher im Interesse des zumindest auch relevanten Ausgleichszweckes beachtet werden. Deshalb kann auch nicht entgegen stehen, dass der Gesetzgeber keine ausdrückliche Missbrauchsklausel in den Gesetzestext aufgenommen hat¹⁸⁷⁸.

Ein anderer Ansatz hat die Problematik schon zur Zeit der Geltung des § 611 a BGB a. F. dahingehend zu lösen versucht, dass den Klägern, die sich von vornherein nicht ernsthaft um die Stelle beworben hatten, die Anspruchsberechtigung aberkannt wurde. In einem solchen Fall sei die Rechtstellung, die zur Geltendmachung von Ansprüchen berechtigt, gar nicht erreicht worden¹⁸⁷⁹. Diese Ansicht begründet sich mit einer teleologischen Auslegung des Entschädigungsanspruches: § 611 a BGB sollte einen Ausgleich dafür gewähren, dass die Einstellungschancen durch eine Benachteiligung vereitelt oder geschmälert worden sind. Eine solche Beeinträchtigung scheidet aber aus, wenn die Bewerbung wegen mangelnder Qualifikation ohnehin aussichtslos ist oder gar kein Interesse an der Einstellung besteht. Denn in solchen Fällen existiere kein „benachteiligter Bewerber“¹⁸⁸⁰.

Auch das BAG hat im Jahr 1998 die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch präzisiert, indem es eine objektive Eignung des Bewerbers für die betreffende Position verlangte¹⁸⁸¹. Dieser Rechtsprechung muss unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB zugestimmt werden¹⁸⁸². Zwar soll jedes verbotswidrige Verhalten von Arbeitgebern sanktioniert werden, jedoch kann dies nicht im Rahmen des Zivilrechts gelten, wenn der Anspruchsteller sich schon nicht korrekt verhält. Wer von vorn herein niemals vorhatte, eine Stelle zu besetzen,

¹⁸⁷⁶ *ArbG Köln* v. 13.06.1996, ZIP 1997, 804; dazu auch *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 209; *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 44; *Walker*, SAE 2000, 64 (66).

¹⁸⁷⁷ Vgl. z. B. *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 45; *Volmer*, BB 1997, 1584; speziell zu behinderten „Diskriminierungsklägern“ *Diller*, NZA 2007, 1321 ff.

¹⁸⁷⁸ Anders aber *Schiek/Kocher*, AGG, § 15 Rn. 46.

¹⁸⁷⁹ *LAG Hamm* v. 22.11.1996, AP Nr. 15 zu § 611 a BGB.

¹⁸⁸⁰ Diese Ansicht vertritt *Raab*, DStR 1999, 854 (855).

¹⁸⁸¹ *BAG* Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 365/97, SAE 2000, 60 (62 f) – *Frauenbeauftragte, Steinkühler*, AGG, Zweiter Teil, Rn. 380; a. A. *Müller*, MDR 1999, 750, der davon ausgeht, dass der „professionelle Diskriminierungskläger Rechtsförderung betreibe.

¹⁸⁸² So z. B. i. E. grundlegend *Pfarr*, RdA 1995, 204 (207); *Volmer*, BB 1997, 1582 (15984).

wird sich bei einer Ablehnung auch schwer tun, eine Persönlichkeitsrechtsverletzung dar zu tun, weil deren Eintritt schließlich beabsichtigt war. Insofern ist dann auch kein Schaden eingetreten, die Diskriminierung ist also, vom Standpunkt des „Geschädigten“ betrachtet, wertlos¹⁸⁸³.

IV. Verstoß gegen den *ordre public*

Nur kurz soll im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit des § 15 AGG nochmals auf einen Verstoß gegen den *ordre public* klarstellend eingegangen werden: Angesichts der bisher gewonnenen Erkenntnisse ist *Dreier* zu folgen, der davon ausgeht, dass es wünschenswert ist, wenn bestimmte deliktische Forderungen gerade angesichts der besonderen Sanktionserfordernisse an z. B. immateriellen Rechtsgütern aufgewertet werden¹⁸⁸⁴. Bei der vertraglichen Haftung (vgl. § 7 AGG) kann indes nichts anderes gelten, wenn die Vorgaben der EG eingehalten werden sollen. Dies hat auch das Kapitel über die Integrationsfähigkeit des § 15 AGG in das deutsche Zivilrecht bereits gezeigt¹⁸⁸⁵.

V. Ausklammerung des Verschuldensprinzips

1. Problemstellung

Wenn auch pönale Elemente im deutschen Rechtsraum im Zivilrecht keinen völligen Fremdkörper darstellen und daher § 15 AGG diesbezüglich keinen Integrationsproblemen begegnet, sticht die Norm dennoch aus der Zivilrechtslandschaft heraus. Denn sie setzt, wie bereits im zweiten Teil der Arbeit deutlich gemacht wurde, in § 15 II AGG kein Verschulden voraus und hat aus diesem Grunde einen extremen Sonderstatus.

Eine Umsetzung der Richtlinien, die durch die Gewährung von Schadensersatz und Entschädigung erfolgt, setzt nach Europarecht zwingend voraus, dass das Verschulden des Arbeitgebers keine Rolle spielen soll¹⁸⁸⁶. Es wird jedoch mit Skepsis betrachtet, dass der Arbeitgeber auch haftet, wenn ihn kein Verschulden trifft: Die Möglichkeit, dass für eine Tat unabhängig vom Verschulden eine Strafe verhängt werden soll, begegnet grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Rechtsstaatsprinzip garantiert schließlich, dass Strafen nur bei

¹⁸⁸³ Weitere Szenarien entwirft *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2582), der eine von den Verbänden ausgelöste Klagewelle vermutet.

¹⁸⁸⁴ Siehe *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 514.

¹⁸⁸⁵ Siehe Dritter Teil, C.

¹⁸⁸⁶ *EuGH* v. 08.11.1990 – Rs. 177/88 (*Dekker*); NZA 1991, 171 (172); *EuGH* v. 22.04.1997, NZA 1997, 645 ff. / *EuGH* RS C-180/95 / DB 1997, 983 ff. (*Draehmpaehl*).

Verschulden verhängt werden können¹⁸⁸⁷. Ohne das Verschuldenserfordernis wird der Eindruck erweckt, dass auf eine Art Urform der Privatstrafe zurückgewichen wird, die im Blutrachefall (*lex talionis*) auf das Verschulden des Täters keine Rücksicht mehr nehmen wollte, weil es einzig und allein darauf ankam, Gleiches mit Gleichem zu vergelten¹⁸⁸⁸.

Solche archaischen Rechtsinstitute sollten heute jedoch längst überwunden sein: Das Verschulden ist nach deutschem Verständnis ein zentrales Haftungskriterium, das nicht unbedingt nur pönale Aspekte berücksichtigt, sondern auch auf Erwägungen zur Schadensverteilung beruht. Pönale Nebenwirkungen lassen sich zwar nicht vermeiden, treten aber im Hinblick auf ihre Funktionen in den Hintergrund¹⁸⁸⁹: Denn wer auch ohne Verschulden haftet, war sich seines rechtswidrigen Verhaltens entweder gar nicht bewusst oder konnte es nicht vermeiden, weshalb nicht ganz klar ist, wofür er bestraft werden soll. Insofern ist auch einzuwenden, dass das Racheprinzip daran scheitert, dass der Gedanke „Auge um Auge und Zahn um Zahn“ im Falle einer geldwerten Sanktion wegen einer Diskriminierung nicht aufgeht: Denn wie gezeigt, ist hier die „Rache“ nach wie vor an Ausgleichsgesichtspunkte gebunden und steht nicht allein als Strafe im Raum. Dies tritt besonders dort in den Vordergrund, wo es um Schäden geht, deren Höhe sich nicht mit Sicherheit ermitteln lassen – also bei Nichtvermögensschäden und Persönlichkeitsrechtsverletzungen¹⁸⁹⁰.

Die Idee, dass es sich bei dieser Art von Schadensersatz um eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung handeln könnte, liegt sehr nahe. Jedoch stellt sich die Frage, wie dies mit den gleichzeitig verlangten pönalen Aspekten zusammen passt. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf die Beweislastverteilung, weil das Vorliegen einer Benachteiligung vermutet wird und so vermutete Tatbestandsmäßigkeit und vermutetes Verschulden zusammentreffen würden, was verfassungsrechtlich bedenklich wäre¹⁸⁹¹.

2. Gefährdungshaftung und pönale Aspekte in § 15 AGG

Die Struktur der Gefährdungshaftung wurde bereits oben bei den Ausnahmen zur Trennung des Zivil- vom Strafrecht erläutert¹⁸⁹². Nach dem deutschen System des Haftungsrechts wird Schadensersatz nur ausnahmsweise ohne Verschulden gewährt, während die Richtlinien das fehlende Verschuldenserfordernis im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts zur Regel ma-

¹⁸⁸⁷ Dazu z. B. *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (337). Dies gilt auch für Rechtsfolgen im Deliktsrecht, siehe *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 11 III, S. 149. Zur Historie des Verschuldensprinzips im Deliktsrecht *dies.*, § 42 I, S. 651.

¹⁸⁸⁸ Dazu *Bentert*, Das pönale Element, S. 12 f.

¹⁸⁸⁹ So *Ebert*, Pönale Elemente, S. 412.

¹⁸⁹⁰ Vgl. *Staudinger/Hager*, BGB, Vorbem. zu § 823 ff., Rn. 10; *Ebert*, Pönale Elemente, S. 412.

¹⁸⁹¹ So zur vergleichbaren Regelung des § 611a BGB schon *Staudinger/Richardi/Annufß*, BGB, § 611a Rn. 99.

¹⁸⁹² Siehe oben, Dritter Teil, C. IV.

chen¹⁸⁹³. Normalerweise knüpft die Haftung nach nationalem Recht an eine rechtsgutverletzende Handlung an. Demgegenüber reicht nach europäischem Recht schon ein Verhalten, das nicht zu einer Verletzung führt, für eine Inanspruchnahme aus¹⁸⁹⁴. Der Schadensersatz hat schließlich nach deutschem Verständnis den Ausgleich zum Ziel, das europäische Recht dagegen spricht zentral Straf- und Abschreckungsfunktionen zu. In Verbindung mit den Beweislastrichtlinien¹⁸⁹⁵ verschärft sich das Problem.

Fraglich ist vor allem, ob diese Ausklammerung des Verschuldensprinzips nicht vielmehr die Präventionswirkung der Norm negiert. Denn bestraft kann nur werden, was absichtlich oder fahrlässig getan wurde. Aus diesem Grunde werden auch von den Befürwortern der Privatstrafe all jene Sanktionen im Vertragsrecht, die lediglich Konsequenzen aus dem Wegfall der Geschäftsgrundlage oder der Gefährdung der Durchführbarkeit eines Vertrags oder einer sonstigen rechtsgeschäftlichen Beziehung sind, nicht als Privatstrafe eingestuft¹⁸⁹⁶.

Bedenken gegen § 15 AGG ergeben sich daher wegen des aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG fließenden Schuldprinzips. Danach darf eine Maßnahme mit Strafcharakter nur bei schuldhaftem Handeln verhängt werden, und sie hat in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und dem Verschulden des Betroffenen zu stehen. § 15 AGG setzt formal kein Verschulden des Arbeitgebers voraus. Dieser müsste sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen zudem ein Handeln von Dritten zurechnen lassen. Das könnte aber zu einer Bestrafung ohne eigene Schuld führen, was verfassungswidrig sein könnte¹⁸⁹⁷.

Zuweilen wird die Norm deshalb als „Gefährdungshaftung“ angesehen¹⁸⁹⁸. *Nollert-Borasio/Perreng* nennen diese Haftung „Ergebnishaftung“¹⁸⁹⁹. Letztlich wird jedoch auch von diesen Autoren die Wirkung einer Gefährdungshaftung beschrieben.

Gefährdungshaftung im Antidiskriminierungsrecht wird sehr kritisch begutachtet, weil der Sinn einer solchen Regelung zunächst nicht ganz einleuchtend ist: Eine Schadensersatzpflicht, die auch infolge unverschuldeter und damit möglicherweise gar nicht vom Handelnden registrierter Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot eintritt, vermag nicht abzuschrecken, sondern eher den Ersatzpflichtigen ohne eigene Handlungsmöglichkeiten vor vollendete Tatsachen zu stellen¹⁹⁰⁰, denn er hat keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten auf ein Verhalten, das

¹⁸⁹³ Siehe *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 21 ff.; *Ebert*, Pönale Elemente, S. 412.

¹⁸⁹⁴ Konfliktpunkte zusammengefasst von *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (363).

¹⁸⁹⁵ Art. 4 RI 97/80/EWG (*Beweislastrichtlinie*); siehe auch Art. 8 I RL 2000/43/EG oder Art. 10 I RL 2000/78/EG.

¹⁸⁹⁶ Siehe dazu *Ebert*, Pönale Elemente, S. 252, die insbesondere das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen oder die *ultima ratio* des Gesellschafterausschlusses nennt.

¹⁸⁹⁷ Diesen Gedankengang verfolgt auch *Schneider*, BB 2002, 1653 (1655 ff.) in Bezug auf § 661a BGB.

¹⁸⁹⁸ So schon zum ADG-E *Picker*, ZfA 2005, 167 (170); im Zusammenhang mit § 611a BGB *Wendeling/Buschkröger*, FS Däubler, S. 133.

¹⁸⁹⁹ Siehe *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 13.

¹⁹⁰⁰ Siehe *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2581).

ihm gar nicht bewusst ist. Außerdem kann es nicht abschreckend wirken, wenn der Vermögensschaden gar nicht in die Regelung der verschuldensunabhängigen Haftung hineinfällt, sondern diese erst bei Verletzungen des Persönlichkeitsrecht des Diskriminierungsopfers eingreift. Dem Handelnden sind seine Handlungsalternativen in einem solchen Fall schließlich überhaupt nicht bewusst¹⁹⁰¹, was das von § 611a BGB bekannte Problem der Gefährdungshaftung ins Gedächtnis ruft. Die verhaltenssteuernde Wirkung der Verschuldens- und Gefährdungshaftung ist jedoch im wesentlichen gleich, wenn der schwerere Grad des Verschuldens zu einer Verschärfung der Haftung des Verletzenden führen kann¹⁹⁰².

Würde man hier entgegenhalten, dass es mildernd wirken kann, wenn der Arbeitgeber sich im Vorfeld schon bemüht hat, er diskriminierungsfreies Umfeld zu schaffen, so käme man wieder zu der Annahme, dass eine solche Wertung für die Annahme einer Privatstrafe spricht. Denn dann würde nicht mehr der Schaden des Opfers ausgeglichen werden, sondern vielmehr das Verhalten des Schädigers im Mittelpunkt der Entscheidungsfindung stehen. Dafür spricht auch die Intention, mit der der Gesetzgeber schon § 611a BGB und das Höhenbegrenzungsverfahren des § 61b ArbGG geändert hatte: Bedacht wurde dabei, dass zu starke Beschränkungen den Arbeitnehmer wegen der immer geringer ausfallenden Entschädigungen davon abhalten könnten, sich um die Rechtsverfolgung zu kümmern - diese hätte sich ab einer bestimmten Anzahl von Betroffenen schlichtweg nicht mehr gelohnt¹⁹⁰³.

Es bleibt aber prinzipiell die Entscheidung des Gesetzgebers, eine bestimmte Konstellation als Gefährdungshaftung in das Gesetz mit aufzunehmen. In diesen Fällen enthalten die jeweiligen Normen jedoch deutliche Hinweise darauf, dass es sich konkret um eine Gefährdungshaftung handelt. Auch im Vertragsrecht spielt die verschuldensunabhängige Haftung mittlerweile eine bekannte und bedeutende Rolle, ohne dass dabei eine Gefährdungshaftung vorliegen würde. Dies zeigen z. B. die §§ 122, 278, 311a, 437 ff., 537 ff., 633 ff. und 651c ff. BGB¹⁹⁰⁴. Verschuldensunabhängige Haftung ist daher nicht immer gleichbedeutend mit Gefährdungshaftung. Die Möglichkeit dieser Art der Haftung im vertraglichen Bereich manifestiert sich nun auch darin, dass der Gesetzgeber sich dazu entschieden hat, ebenfalls bei Diskriminierungen verschuldensunabhängige Haftungstatbestände zu schaffen¹⁹⁰⁵.

¹⁹⁰¹ Vgl. *Bullinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte, S. 301; *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 203 ff.

¹⁹⁰² Dazu *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 (383).

¹⁹⁰³ Dazu *Raab*, DStR 1999, 854.

¹⁹⁰⁴ Vgl. dazu *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 202.

¹⁹⁰⁵ Dieser Ansicht auch schon zu § 611a BGB a. F. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 202 f.

3. Lösungsmöglichkeiten

a) Kein Verschuldenserfordernis

Eine „Europa-freundliche“ Auslegung kommt zu dem Ergebnis, dass das Verschulden ausgeklammert werden muss und § 15 AGG so auch eine pönale Wirkung zeigen kann. Selbst Vertreter der Ansicht, dass die Haftung für Diskriminierungsschäden ohne Verschulden gegen tragende Verfassungsprinzipien verstoße, geben zu, dass diese Haftung notwendig ist, da sonst die europäischen Vorgaben nicht erfüllt werden.

Nach den Entscheidungen *Solange II* und *Maastricht*¹⁹⁰⁶ ist dem europäischen Recht Vorrang einzuräumen. Der deutsche Gesetzgeber hat hier keinen Umsetzungsspielraum, während die Rechtsprechung die Normen nicht auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen kann¹⁹⁰⁷. Das Verschuldenserfordernis kann damit nach der hier vertretenen Ansicht, die die Durchsetzung des Europäischen Rechts fördern will, weder für § 15 I noch für § 15 II AGG anerkannt werden.

b) Sanktionen und verschuldensunabhängige Haftung

Mit dem fehlenden Verschuldenserfordernis nach § 15 AGG ist aber ein besonderes Problem verknüpft, weil „Sanktion“ und „verschuldensunabhängige Haftung“ nach deutschem Verständnis nicht unbedingt zusammen passen: Das pönale Prinzip, soweit es im Zivilrecht anerkannt werden kann, lässt auch die zivile Strafe nur bei Verschulden zu. Die Strafe muss daher in einem gewissen Grad auch schuldproportional verhängt werden. Unrecht und Schuld werden in diesem Sinne abstrakt schon durch den Gesetzestatbestand bewertet (vgl. z. B. §§ 817 S. 2, 241 a und 288 BGB); die zu verhängende Sanktion unterfällt so dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Auch der in seiner Entscheidung freie Richter muss bei Schmerzensgeld und Entschädigungsleistungen Grundsätze der Proportionalität beachten. So ist es anerkannt, dass es bei Verletzungen einer anderen Person auch auf den Grad des Verschuldens des Handelnden ankommt. Deshalb muss die Höhe der Entschädigungszahlung nach § 15 II AGG ebenso davon abhängen, ob den Arbeitgeber gar kein Verschulden, leichte, einfache oder grobe Fahrlässigkeit, bedingter oder direkter Vorsatz vorzuwerfen ist¹⁹⁰⁸. Wird Verschulden gar nicht mehr verlangt, wird die Bemessung der Entschädigung daher schwierig. Einen Unterschied macht es im Antidiskriminierungsrecht ebenfalls aus, ob es sich um eine mittelbare

¹⁹⁰⁶ BVerfG v. 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 (376) – (*Solange II*); BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (188) (*Maastricht-Urteil*).

¹⁹⁰⁷ Dies vertritt z. B. *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 204.

¹⁹⁰⁸ So *Bauer/Krieger/Göpfert*: AGG, § 15 Rn. 36, auch *Raab*, DStR 1999, 854 (857 f.).

oder eine unmittelbare Diskriminierung handelt¹⁹⁰⁹. Darüber hinaus spielt die Schwere der Verletzung selbst eine Rolle. Zu beachten sind dabei die Dauer und Intensität einer Benachteiligung¹⁹¹⁰ und ob nur eine oder mehrere oder wiederholte diskriminierende Handlungen gegenüber einem Arbeitnehmer stattgefunden haben¹⁹¹¹ und welche Motive und Beweggründe der Arbeitgeber bei der Benachteiligung hatte¹⁹¹². So ist es ein Unterschied, ob der Arbeitgeber nur eine Bemerkung macht oder gar handgreiflich wird¹⁹¹³. Ebenso soll berücksichtigt werden, ob der Arbeitgeber selbst gehandelt hat oder nur ein durch ihn Beauftragter wie eine Personalagentur oder ein anderer Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber kann bei ergriffenen Gegenmaßnahmen die Höhe der Entschädigung für ihn positiv beeinflussen¹⁹¹⁴.

Das Motiv für die verschuldensunabhängige Haftung bei § 15 AGG ist also eines, das es bisher so noch nicht gegeben hat: Es handelt sich um das Diskriminierungsverbot, das diese Gesetzgebung erforderlich gemacht hat. Denn auch dieses ergibt sich aus höchstrangigen Verfassungsnormen, namentlich dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Gleichbehandlungsgebot, Art. 2 I i. V. m. 1 I, Art. 3 II und III GG¹⁹¹⁵. Neu ist nun die gänzliche Abkehr vom Verschuldensprinzip zu Gunsten einer besonders starken Präventivwirkung, wie es das europäische Recht nun zwangsläufig mit sich gebracht hat¹⁹¹⁶.

Festzuhalten ist daher, dass Verschulden zwar nicht für die Haftung dem Grunde nach verlangt werden darf, aber jedenfalls im Rahmen des § 15 II AGG bei der Entschädigungshöhe berücksichtigt werden muss.

c) Rechtsprechung im Sinne der Verhältnismäßigkeit

Auch diese Norm, die sich auf den ersten Blick so schwer in die deutsche Rechtsdogmatik einfügt, kann jedoch in das Rechtssystem integriert werden, indem behutsam ein Ausgleich zwischen den Interessen der Beteiligten herbeigeführt wird. In Fällen, wo keinerlei Verschulden festzustellen ist, ist eine Haftung zwar durchzusetzen, weil nur so die präventive Funktion der europäischen Anforderungen erreicht werden kann. Hier liegt der Schwerpunkt dann jedoch auf den ausgleichenden Aspekten der zivilen Strafe. Schaden muss kompensiert werden. Die Tatsache, dass diese Haftung verschuldensunabhängig erfolgt, erinnert zwar an eine Ge-

¹⁹⁰⁹ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 524.

¹⁹¹⁰ *Bauer/Krieger BB-Spezial* 6/2004, 20 (24).

¹⁹¹¹ BT-Drucksache 16/1780, S. 38; auch *Erman/Edenfeld*, § 611a Rn. 16; *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 3. Teil § 9 Rn. 67.

¹⁹¹² *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 524.

¹⁹¹³ Weitere Beispiele bei *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht, Rn. 130.

¹⁹¹⁴ Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 525.

¹⁹¹⁵ So schon zur letzten Fassung des § 611a BGB *Wendeling-Schröder*, DB 1999, 1012 (1014).

¹⁹¹⁶ Vgl. auch *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (428).

fährdungshaftung, ist aber im Hinblick auf europäische Vorgaben unvermeidbar und außerdem leicht durch Sicherheitsvorkehrungen durch den Arbeitgeber zu umgehen.

Bei den verschiedenen Abstufungen eines vorliegenden Verschuldens durch den Arbeitgeber sind die Gerichte dagegen angehalten, Sanktionen zu verhängen, die - ganz im Sinne des Strafbegriffes - am Verhalten des Arbeitgebers orientiert sein müssen. Der Arbeitgeber muss im Falle bewusster Diskriminierungen davon ausgehen, dass er härtere Rechtsfolgen zu befürchten hat als beim bloßen Vernachlässigen von Sicherheitsvorkehrungen. Erst hier zeigt sich nun die Überkompensation, die mit einer zivilen Ahndung von Rechtsvergehen zusammen hängen kann. Ausschlaggebend dabei ist, dass diese Überkompensation sich nicht mehr nur in den anerkannten Bereichen der „Genugtuung“ befindet, sondern mittels starker Ausrichtung auf das Handeln des Verletzers die Interessen des Verletzten weniger berücksichtigt. Letztlich wird damit die Verhältnismäßigkeit gewahrt, wenn einerseits Schaden und andererseits Verschuldensgrad miteinander abgewogen werden. Das bedeutet, dass der Schaden an sich auch ohne Verschulden ausgeglichen werden muss, bei steigendem Verschulden aber zu Präventionszwecken auch Überkompensation stattfinden darf. Nur so werden die Auflagen Europas erfüllt, wenn die Rechtsfolgen im Bereich des Zivilrechts angeordnet werden sollen. Die Ausklammerung des Verschuldensprinzipes stellt damit einen weiteren, bisher in dieser Form unbekanntem, Aspekt im Rahmen pönalisierender Aspekte im Zivilrecht dar.

Wichtig ist, dass die praktische Durchsetzung dieser Regelung nicht dazu führt, dass ein Tatbestand einer unzulässig und unverhältnismäßig strafenden Gefährdungshaftung geschaffen wird. Dies gilt umso mehr, als dass im Gegensatz zu den strafrechtlichen Vorschriften für die Schadensersatzfälle des § 15 AGG keine Höchstgrenzen festgelegt sind¹⁹¹⁷. Dies wird aber nur als die einen sehr weiten Tatbestand einschränkende Rechtsprechungsaufgabe der Gerichte zu verwirklichen sein. Die Rechtsprechung erhält so umfassende Pflichten und Aufgaben, das europäische Recht behutsam umzusetzen. Sie darf dabei jedoch die bisher wenig anerkannten pönalen Faktoren des Zivilrechts bewusst einsetzen¹⁹¹⁸. Auch darf dabei berücksichtigt werden, wie sich eine Rechtsverletzung konkret auf das Opfer ausgewirkt hat¹⁹¹⁹. Nur der umfassende Auftrag, der damit der Rechtsprechung erteilt wird, entbindet somit den Gesetzgeber von der Pflicht, erneut einzugreifen und genauere Regelungen zu verabschieden. Die verfassungskonforme Anwendung des Gesetzes ist somit Aufgabe der Gerichte¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁷ Vgl. hierzu schon kritisch *Bötticher*, MDR 1963, 353 (359).

¹⁹¹⁸ Ähnlich auch *Ebert*, Pönale Elemente, S. 352 zu § 611a BGB.

¹⁹¹⁹ Vgl. Ausführungen bei *Staudinger*, NJW 2006, 2433 (2434).

¹⁹²⁰ Siehe nun z. B. erste Entscheidung des ArbG Frankfurt v. 29.05.2007, Az.: 11 Ca 8952/06, DSB 2007, Nr. 9, 20 (red. Leitsatz).

E. Ergebnis zum dritten Teil

I. Privatstrafe und Schwerpunkt auf dem Aspekt der Prävention

1. Zur Frage der Privatstrafe

Nach der Rechtsprechung des BAG hat es sich bei Ansprüchen wegen Diskriminierungen bei der Einstellung immer nur um den Ausgleich immaterieller Schäden gehandelt. Soweit auch demjenigen Bewerber eine Entschädigung zu Gute kommt, der auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, gilt insoweit nichts anderes für die Motivation, aus der heraus der Anspruch zugesprochen wird: Es werden immaterielle Schäden ersetzt¹⁹²¹.

Daher handelt es sich bei diesen Entschädigungen gerade nicht um eine klassische Privatstrafe: Abgestellt wird wiederum auf die das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzende Diskriminierung, die einen immateriellen Schaden verursachen kann und auch nach einfachem Schadensersatz- und Schmerzensgeldregelungen einen Anspruch begründet¹⁹²². Gegen eine Privatstrafe spricht weiterhin die Ausgestaltung des § 15 AGG als verschuldensunabhängige Haftung und die Tatsache, dass die Norm vornehmlich *präventiv*, also schwerpunktmäßig abschreckend wirkt. Hervorgehoben muss in diesem Zusammenhang also die verhaltenssteuernde Wirkung der Norm, die im Sinne des europäischen Rechts Abschreckung durch Sanktionsandrohung und Ausgleich als Hauptziele verfolgt.

Ausgleich und Verhaltenssteuerung mögen eine Seite des Schadensrechts darstellen, aber Strafe ist – zumindest im technischen Sinne – eine andere¹⁹²³. Beantwortet werden muss daher in diesem Zusammenhang die Frage, wie weit eine solche präventive Zielsetzung im Zivilrecht gehen darf¹⁹²⁴.

2. Zum Schwerpunkt der Prävention

Die Schnittstelle zwischen Zivilrecht und Strafrecht liegt bezogen auf § 15 AGG in der abwehrrechtlichen Dimension des Antidiskriminierungsrechts¹⁹²⁵. Sie verfolgt ein Integritätsinteresse. Dies begegnet uns in Deutschland auch im Öffentlichen Recht, und zwar ganz besonders ausgeprägt im Strafrecht. Ähnliche Schnittstellen sind bereits in anderem Zusammenhang bekannt: Denn der Tatbestand der Beleidigung, mit Sanktionen in § 185 StGB belegt,

¹⁹²¹ A. A. Kandler, Sanktionsregelungen, S. 199.

¹⁹²² So BAG, Urt. v. 15.02.2005, NZA 2005, 870 = BB 2005, 2816 = AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 10.

¹⁹²³ So auch Löwe, Gedanke der Prävention, These 7, S. 256.

¹⁹²⁴ Den Tatbestand der Beleidigung, § 185 StGB, gibt es schließlich auch, weil damit eine Lücke zu schließen war, die es wegen der Sanktionslosigkeit von Beleidigungen bei der Einführung des BGB gab. Auch dieses Delikt ist aber gemäß § 374 I Nr. 2 StPO im Wege der Privatklage verfolgbar.

¹⁹²⁵ Vgl. Neuner, JZ 2003, 57 ff.

deckt z. B. dieselbe Schutzrichtung ab wie im Zivilrecht § 823 II BGB. Der zivilrechtliche Schutz erfolgt dabei primär über § 823 I BGB¹⁹²⁶.

Das Deliktsrecht dient aber originär nicht der Erlangung von Leistungspflichten, sondern nur der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen. Bei einer Diskriminierung kommen dabei vor allem Schmerzensgeld sowie die Erstattung der Rechtsverfolgungskosten in Betracht. Dabei ist eines der Grundprinzipien des Haftungsrechts auch das Bereicherungsverbot, nach welchem eigentlich nicht mehr zugesprochen werden sollte, als zur Schadensregulierung notwendig ist¹⁹²⁷. Trotzdem geschieht dies regelmäßig, um eine abschreckende Wirkung zu erzeugen.

Es wird gelegentlich bezweifelt, dass im Haftungsrecht im Fall unbewusster Fahrlässigkeit eine verhaltenssteuernde Wirkung überhaupt möglich sein könne, weil ein Schaden ohne einen dahinter stehenden Willen erzeugt wird. Für die Frage der Prävention ist jedoch nicht dieser eine Moment der Unachtsamkeit ausschlaggebend, sondern vielmehr das Unterlassen von Sicherheitsvorkehrungen, die bei Beachtung gewisser Regeln schon im Vorfeld Rechtsverletzungen hätten vermeiden können. Diese sind sehr wohl willentlich steuerbar¹⁹²⁸. Genauso gestaltet sich der Grundgedanke, der dem Antidiskriminierungsrecht zu Grunde liegt: Die starke Sanktionswirkung der Norm soll den Arbeitgeber für mögliche Regelverstöße sensibilisieren, sodass keine Diskriminierungen mehr geschehen können. Geschieht dies doch, wird zunächst der Schaden ausgeglichen, aber wegen der Berücksichtigung des Verschuldens des Arbeitgebers auch in Kauf genommen, dass eine Sanktionswirkung eintritt, die im Endeffekt als Nebenprodukt dem Opfer zu Gute kommt.

Keinesfalls ist dieses System jedoch neu, wie die *Caroline*- und die *Ginseng*-Rechtsprechung zeigen¹⁹²⁹. § 15 AGG geht dabei jedoch noch deutlich über das hinaus, was der BGH mit diesem Kränkungsgeld zu erreichen versuchte¹⁹³⁰. Nach einer Ansicht verbieten Präventionszuschläge sich insoweit, als sie über das hinausgehen, was für ein Sanktionsmaß, das einen gerechten Ausgleich herbeiführen sollte, nötig ist. Solche „Übersanktionen“ seien nämlich ein starkes Indiz dafür, dass das Zivilrecht der Durchsetzung von Allgemeininteressen dient und nicht mehr vornehmlich dem Ausgleich¹⁹³¹.

Im Hinblick auf den Zweck des § 15 AGG ist dies jedoch hinzunehmen, weil weder Überlegungen genereller Art, also wegen der Zulässigkeit strafender Aspekte im Zivilrecht, noch spezieller Art im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit bei der Anwendung des § 15 AGG

¹⁹²⁶ Dazu *Neuner*, JZ 2003, 57 (64).

¹⁹²⁷ Siehe *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (363).

¹⁹²⁸ So auch zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (424).

¹⁹²⁹ So auch *Löwe*, Gedanke der Prävention, S. 67.

¹⁹³⁰ Begriff des „Kränkungsgeldes“ bei *Löwe*, Gedanke der Prävention, These 9, S. 256.

¹⁹³¹ So *Müller*, Punitive Damages, S. 40.

gegen die Einführung drohender Überkompensation sprechen.

Insbesondere von einer Einführung „amerikanischer Zustände“ in das deutsche Zivil- und Arbeitsrecht kann unter Berücksichtigung der Aufgaben der Rechtsprechung jedenfalls keine Rede sein. Selbst schwerwiegende Persönlichkeitsverletzungen führen nicht zur generellen Zubilligung exorbitant hoher Schadensersatzsummen. Dies gilt sogar in Fällen schikanöser Verhaltensweisen und systematischer Herabwürdigung, die zu schwerwiegenden Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führen¹⁹³².

Allen Horrorszenarien vom „*arbeitsrechtlichen overkill*“¹⁹³³ kann damit entgegengehalten werden, dass keinesfalls die Höhe der Ersatzsummen Grund zur Sorge geben werden, sondern vielmehr die Grundlage für den Zuspruch eines Ersatzanspruches kritisch begutachtet werden muss. Dieser ist aber keineswegs auf „amerikanische Zustände“ zurückzuführen, sondern auf eine Fehlinterpretation des europäischen Gesetzgebers, die ihrerseits unreflektiert ins deutsche Recht übernommen wurde¹⁹³⁴. Insofern ist auch *Wagner* nicht zuzustimmen, wenn er davon ausgeht, dass die Haltung der EU zum Strafschadensersatz ambivalent und sogar widersprüchlich sei. Der europäische Gesetzgeber steht einem Schadensersatz mit Strafcharakter nämlich weder zustimmend noch ablehnend gegenüber, sondern überlässt es vielmehr den nationalen Staaten, eine Regelung zu finden¹⁹³⁵. Dass die Europäischen Institutionen aber an diesen Zielen festhalten, führt zu einem Ausgleichsauftrag an die deutschen Arbeitsgerichte, die die damit verbundenen Unstimmigkeiten im Sinne der Verhältnismäßigkeit lösen müssen. Ob die Umsetzung dieser Zielsetzungen zum Begriff des „Strafschadensersatzes“ passen und was das für das deutsche Recht bedeuten kann, soll nun geklärt werden.

II. § 15 AGG als „Strafschadensersatz“

1. Der Begriff des „Strafschadensersatzes“ im Antidiskriminierungsrecht

In Hinblick auf das europäische Recht zeigt sich durch die Entstehung des § 15 AGG einmal mehr, dass der deutsche Gesetzgeber lange Zeit davon ausging, dass ihm keinerlei Instrument zu Verfügung stünde, um europäische Vorgaben in das deutsche Schadensrecht umzusetzen. Geschaffen wurde daher eine neue Art von Regelungen, die den Vorgaben entsprechen kann, sofern sie auch nach deutschem Recht in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit verbleibt¹⁹³⁶. Diese Entwicklung zeigte schon der „alte“ § 611a BGB, welcher den Vorläufer der heutigen

¹⁹³² Dieser Ansicht *Kasper*, NZA-RR 2003, 1 (5).

¹⁹³³ Vgl. *Diller*, FA 2001, 97.

¹⁹³⁴ Ähnlich auch *Müller*, JA 2000, 119 (123).

¹⁹³⁵ So auch *Staudinger*, NJW 2006, 2433 (2436).

¹⁹³⁶ So schon der Appell von *Wendeling/Buschkröger*, FS Däubler, S. 138.

AGG-Regelung darstellte und daher hier nochmals vergleichend erwähnt werden soll¹⁹³⁷. Auch § 611a BGB ist in der Vergangenheit nämlich von einigen Rechtswissenschaftlern bereits als „Strafschadensersatznorm“ qualifiziert worden und wurde wegen Verdachts des Verstoßes gegen das Schuldprinzip, das Übermaßverbot das Bestimmtheitsgebot und den Grundsatz „*ne bis in idem*“ teilweise als verfassungswidrig eingestuft¹⁹³⁸.

§ 611a BGB kam dem, was man unter einem *Strafschadensersatz* versteht, bisher in der deutschen Rechtslandschaft am nächsten und wurde deshalb mit jedem Entwicklungsstadium mehr als ein Fremdkörper angesehen¹⁹³⁹. Insbesondere nach der *Draehmpaehl*-Entscheidung ist die Sichtweise diskutiert worden, dass der systemfremde „anglo-amerikanische Strafschadensersatz“ eingeführt würde¹⁹⁴⁰: Während zunächst nur die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer einen Schmerzensgeldanspruch zuzugestehen, einem Strafschadensersatz nahe kam, so traf dieser Vergleich auf die neu gefassten § 611a Abs. 2 und 3 BGB noch mehr zu. Denn der Arbeitgeber sollte für den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nicht nur ohne Verschulden haften, sondern darüber hinaus für sein Handeln bestraft werden. Dafür spielte der konkrete Schaden des Bewerbers scheinbar keine ausschlaggebende Rolle mehr¹⁹⁴¹. Auch das BAG gab deutlich zu erkennen, dass die zu § 611a BGB geschaffene Rechtsprechung von vornherein dazu geschaffen wurde, um Sanktions- und Präventionsdefizite zu kompensieren¹⁹⁴². Maßgeblich waren bei der Bemessung der Ersatzsumme in Fällen der Diskriminierung vor allem strafrechtliche Kriterien wie der Grad des Verschuldens, Art und Schwere der Benachteiligung, Anlass und Beweggrund des Handelns, Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessenschädigung, sowie Wiederholungscharakter der Diskriminierung¹⁹⁴³.

§ 611a BGB galt lange Zeit als Spezialfall der Geldentschädigung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen gemäß § 823 I BGB i. V. m. Art. 1, 2, GG, weil durch diese Norm auch der Ersatz eines immateriellen Schadens möglich war¹⁹⁴⁴. Ein deutlicher Unterschied ergab sich nur aus der Verschuldensunabhängigkeit der Haftung¹⁹⁴⁵. Anders als bei der Haftung wegen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist bei der Entschädigung nach § 611a BGB die Festset-

¹⁹³⁷ Die Gesetzgebungsgeschichte des § 611a BGB wurde bereits ausführlich im Kapitel über die europäischen Vorgaben geschildert, weshalb hier darauf nicht näher eingegangen werden soll. Siehe Erster Teil, A.

¹⁹³⁸ Siehe *Annuß*, NZA 1999, 738 (741); *Müller*, MDR 1999, 750 (751); *Müller*, Punitive Damages, S. 162.

¹⁹³⁹ Dazu *Behr*, Chicago-Kent Law Review Vol. 78 [2003] S. 139 ff.; *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 120; auch *Schäfer*, AcP 202 [2002], 397 (410 ff.); *Zwanziger*, BB 1995, 1404 (1406).

¹⁹⁴⁰ Siehe dazu schon oben, Erster Teil, B. IV. 2.; Dritter Teil, B.

¹⁹⁴¹ Dazu *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 89.

¹⁹⁴² Dazu *Müller*, Punitive Damages, S. 158, mit Verweis auf die Tierannahmeentscheidung des BAG, *BAG v. 14.03.1989*, DB 1989, 2279 ff.

¹⁹⁴³ Dazu *Müller*, Punitive Damages, S. 160.

¹⁹⁴⁴ *Staudinger/Richardi/Annuß*, BGB, 13. Bearbeitung 1999, § 611a, Rn. 88.

¹⁹⁴⁵ *EuGH v. 22.04.1997*, EuGH RS C-180/95 (*Draehmpaehl./. Urania Immobilienservice oHG*) Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839 = NZA 1997, 645 ff. DB 1997, 983 ff. = JZ 1997, 1172-1174.

zung einer einheitlichen Privatstrafe oder pönalen Entschädigung nicht möglich gewesen. Dies ergibt sich daraus, dass pönale Aspekte wie vor allem die Abschreckungsfunktion der Geldentschädigung bei § 611a BGB nicht als Teil der verschuldensunabhängigen Entschädigung berücksichtigt werden konnten, sondern nur für die Notwendigkeit der Verhängung eines Strafaufschlages ausschlaggebend waren¹⁹⁴⁶. Der Umfang eines Nichtvermögensschadens des Arbeitnehmers ist daher nach opferbezogenen Kriterien zu bestimmen gewesen¹⁹⁴⁷. Im Rahmen dieser Betrachtung wurde dann zur Abschreckung noch auf die Art und Schwere des Verstoßes sowie den Verschuldensgrad und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers gesehen¹⁹⁴⁸.

§ 611 a BGB versprach damit eine Entschädigung, die aus zwei Komponenten bestand. Die Komponenten waren die Zusprechung des verhältnismäßigen Ersatzes eines Schadens sowie das Erfordernis nach Abschreckung. Jede der Komponenten vermochte die Mindestentschädigung zu determinieren. Denn auch, wenn kein Schaden entstanden ist, sollte der Arbeitgeber durch Sanktion abgeschreckt werden¹⁹⁴⁹. Die Ausgleichskomponente trat aber damit in den Hintergrund¹⁹⁵⁰: Die Bundesregierung selbst brachte im Verfahren *Draehmpaehl* vor, dass eine Entschädigung bis zu drei Monatsgehältern durchaus über eine symbolische Entschädigung hinausgehe und dem Arbeitgeber eine erhebliche, spürbare und abschreckende finanzielle Belastung auferlege¹⁹⁵¹. Auch generalpräventive Zwecke wurden in der Argumentation genannt, mithin die Bedeutung des § 611a BGB nicht allein bei Kompensationsgesichtspunkten belassen¹⁹⁵². § 611a BGB als strafende Norm wurde aus diesem Grunde als Entschädigungsnorm „getarnt“¹⁹⁵³. Zumindest im Hinblick auf die strikte Einhaltung des Ausgleichsprinzips ist die Ausklammerung pönaler Elemente bei § 611a BGB jedoch nicht gelungen¹⁹⁵⁴. Die Entstehungsgeschichte zeigt daher, dass § 611 a BGB nicht nur dem Ausgleich privater Interessenkonflikte diene, sondern auch die Aufgabe der Verhaltenssteuerung übernehmen soll¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁴⁶ Siehe Staudinger/*Richardi/Annuß*, BGB, 13. Bearbeitung 1999, § 611a, Rn. 88; *Ebert*, Pönale Elemente, S. 349.

¹⁹⁴⁷ Art und Schwere des Eingriffs, Folgen und Genugtuungsbedürfnis für den Arbeitnehmer, siehe *Ebert*, Pönale Elemente, S. 349.

¹⁹⁴⁸ So noch Münchener Kommentar/*Müller-Glöge*, BGB, 3. Auflage 1997, § 611a, Rn. 52; Staudinger/*Richardi/Annuß*, BGB, 13. Bearbeitung 1999, § 611a, Rn. 90.

¹⁹⁴⁹ Vgl. *Annuß*, NZA 1999, 738 (741).

¹⁹⁵⁰ Dazu *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (254).

¹⁹⁵¹ *EuGH* v. 22.04.1997, *EuGH* RS C-180/95 (*Draehmpaehl./. Urania Immobilienservice oHG*) Slg. 1997, I-2195 = NJW 1997, 1839 = NZA 1997, 645 ff. DB 1997, 983 ff. = JZ 1997, 1172-1174 Rn. 26.

¹⁹⁵² So wurde in der Literatur beispielsweise bejaht, dass die Eingrenzung durch § 61 b II ArbGG tatsächlich einer abschreckenden Wirkung entgegen stehe, weshalb die Verwerfung dieser Grenze akzeptiert wurde. *Hergenröder*, JZ 1997, 1174 (1175); *Oetker*, ZIP 1997, 802 (803).

¹⁹⁵³ So formuliert *Ebert*, Pönale Elemente, S. 3.

¹⁹⁵⁴ Vgl. z. B. *Ebert*, Pönale Elemente, S. 335 ff.; *Kandler*, Sanktionsregelungen, S. 227; *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, S. 238 ff.;

¹⁹⁵⁵ Vgl. *Annuß*, NZA 1999, 738 (741).

Die Bedeutung des § 611a BGB erschöpfte sich dann allerdings in einer praktisch eher geringen Relevanz. Bereits erhebliche Zweifel an der Authentizität des *Draehmpaehl*-Urteiles belegen dies¹⁹⁵⁶. Provokant wurde daraus die These abgeleitet, dass auch zukünftige Normen - wie jetzt auch beispielsweise § 15 AGG - nicht die Bedeutung hätten, die ihnen in der Debatte prognostiziert würden¹⁹⁵⁷. Ob diese Prognose verifizierbar ist, mag angesichts der Anreize, die durch das derzeitige Recht geboten werden und der Tatsache, dass das Antidiskriminierungsrecht immer mehr in das Bewusstsein der Bürger eindringt, zu bezweifeln sein. So bietet die Aussicht auf eine Ersatzzahlung wegen einer abgelehnten Bewerbung in einigen Fällen genügend Anreize, aus der Klage wegen Diskriminierung ein lukratives Geschäft zu machen – auch ohne erkennbare Ernsthaftigkeit der Bewerbung¹⁹⁵⁸.

Auch gemäß § 15 AGG kann in Fortführung des § 611a BGB eine verschuldensabhängige Überkompensation erfolgen, die maßgeblich auf § 15 II AGG beruhen kann. Damit sollen Absicht und Böswilligkeit geahndet werden, ohne dass eine Kriminalstrafe verhängt wird. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der präventiven Verhinderungskausalität der Norm, die durch die Sanktionsandrohung erreicht werden soll. Der Ansicht, dass die klassische Privatstrafe zwar abgeschafft ist, aber dennoch in anderer, abgeänderter Form wieder aufleben konnte, ist damit letztendlich zuzustimmen¹⁹⁵⁹. § 15 AGG regelt Sanktionen im weiteren Sinne, aber keine herkömmliche Privatstrafe, weil auch das Verschuldenserfordernis ausgeklammert wird¹⁹⁶⁰: Verschuldensunabhängig haftet der Arbeitgeber nämlich ebenfalls, wobei mit dieser Haftung vornehmlich abschreckende Wirkungen erreicht werden wollen. Hierbei handelt es sich erst recht nicht um eine klassische Privatstrafe, sondern die Einführung präventiv-pönaler Aspekte, die einen zweiten Faktor des „Strafschadensersatzes“ ausmachen, aber ebenso pönalisierend wirken. Fehlt das Verschulden, müssen die Rechtsfolgen in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit verbleiben. Die Ersatzpflicht dient der vollständigen Entschädigung bei Diskriminierungshandlungen und ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen, lässt aber für die Abschreckung als „Sanktion“ ausreichen, dass überhaupt gehaftet wird. Der Schwerpunkt dieses Anspruches liegt also auf der Prävention, genauer auf der Sensibilisierung des potentiellen Schädigers.

¹⁹⁵⁶ Siehe *Annuß*, NZA 1999, 738; ebenso *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360. Zu *Draehmpaehl* z. B. *Adomeit*, NJW 1997, 2295 (2296), der darauf hinweist, dass die Klage ein „abgekartetes Spiel“ gewesen sein könne, da z. B. die Beklagte gar nicht ermittelbar war.

¹⁹⁵⁷ So *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360.

¹⁹⁵⁸ Hierzu kritisch *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253 (354) bezüglich der Klagefreudigkeit bei § 611a BGB, die betrügerische Absichten nahelegt; anders dagegegn *Raab*, DStR 1999, 854 (855), der die „professionellen Diskriminierungskläger“ gar nicht zu den Anspruchsberechtigten zählt.

¹⁹⁵⁹ Vgl. dazu vor allem *Müller*, Punitive Damages, S. 70; *Ebert*, Pönale Elemente, S. 578, die allerdings davon ausgeht, dass die Privatstrafe nie abgeschafft wurde.

¹⁹⁶⁰ A. A. *Kandler*, Sanktionsregelungen, zur vergleichbaren Norm des § 611a BGB, die von dessen Verfassungswidrigkeit ausgeht.

Dass die Norm auch dann zu finanziellen Verpflichtungen führt, wenn gar kein Verschulden gegeben ist, spricht damit jedoch für eine neue Bedeutung des Begriffes „Strafschadensersatz“. Denn Anknüpfungspunkt, um den Schädiger einer Sanktion zuzuführen, ist der Schaden. Dass dabei kein Verschulden verlangt wird, wirkt in besonders hohem Maße sensibilisierend und vornehmlich abschreckend, weil bei einer Haftung ohne Verschulden nur das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtet werden muss. Das bedeutet jedoch nur, dass die überkompensierende Strafe im Zweifelsfall bei Null anzusetzen ist¹⁹⁶¹.

§ 15 AGG hat also im Zusammenspiel zwischen verschuldensabhängiger Sanktion und verschuldensunabhängigem Ausgleich eine Art janusköpfige Funktion, die zwei bislang schon für sich genommen schwierige Haftungsregelungen¹⁹⁶² in sich vereint. Geschaffen wurde daher in Ansehung des Europäischen Rechts eine neue Art der Haftung, die es im Lichte des Grundgesetzes zu akzeptieren und verhältnismäßig anzuwenden gilt. § 15 AGG ist somit Ausformung einer Neuschöpfung eines bestimmten Normentyps¹⁹⁶³. In diesem Sinne sollte daher auch hier eine Neudefinition versucht werden.

Bezeichnen könnte man die verschuldensunabhängige Prävention als „negativ-präventiven Strafschadensersatz“, der wirkt, weil er einzelfallbezogen für die Beachtung des Diskriminierungsverbotes sensibilisieren soll, indem er sanktionierende Rechtsfolgen androht und diese danach auch durchsetzbar sind. Diese schwierige Konstellation ist jedoch die einzige Möglichkeit, dem europäischen Recht Geltung zu verschaffen, ohne dass eine umfangreiche Neuregelung notwendig wird.

2. Bedeutung für die aktuelle Rechtsprechung

Die bisher zu § 15 AGG ergangene Rechtsprechung ist insgesamt eher zurückhaltend gewesen und erlaubt noch keine endgültigen Rückschlüsse auf die Anwendung des § 15 AGG in Grenzfällen. Entweder wurde bereits die Frage, ob überhaupt diskriminiert worden ist, verneint¹⁹⁶⁴. Hier finden sich vor allem Fälle zur Benachteiligung wegen des Alters¹⁹⁶⁵, einer Behinderung¹⁹⁶⁶ oder wegen der Rasse¹⁹⁶⁷. In einem Fall scheiterte eine Entschädigung an der

¹⁹⁶¹ Nur ein Ausgleich muss in diesen Fällen vollzogen werden.

¹⁹⁶² Vgl. dazu z. B. *Kamanabrou*, *ZfA* 2006, 327.

¹⁹⁶³ *Ebert* vermerkt im Zusammenhang mit solchen Neuschöpfungen, dass die bloße Feststellung der Ungewöhnlichkeit einer Norm für deren juristische Bewertung wenig hilfreich ist. Siehe *Ebert*, *Pönale Elemente*, S. 360.

¹⁹⁶⁴ *LAG Nürnberg* v. 19.02.2008, Az. 6 Sa 675/07, DB 2008, 2708 (nur Leitsatz); *LAG Rheinland-Pfalz* v. 11.01.2008, Az.: 6 Sa 522/07, PERSONAL 2008, Nr 5, 54 (Kurzwiedergabe); *ArbG Hamburg* v. 04.12.2007, *ArbuR* 2008, 109-111; *ArbG Berlin* v. 12.11.2007, NZA 2008, 492-496. *ArbG Berlin* v. 26.09.2007, *ArbuR* 2008, 112 ff.

¹⁹⁶⁵ *ArbG Stuttgart* v. 05.09.2007, Az. 29 Ca 2793/07, RDV 2008, 162 (red. Leitsatz).

¹⁹⁶⁶ Z. B. BAG v. 22.10.2009, Az. 8 AZR 642/08=NZA 2010, 280 ff., dazu *Löw*, BB 2010 643 ff.; LAG Köln 15.02.2008, Az. 11 Sa 923/07, NZA-RR 2008, 622-625; vorgehend *ArbG Köln*, 31. Mai 2007, Az: 22 Ca 8421/06, nachgehend BAG v. 1. Oktober 2008, Az: 9 AZN 485/08, Beschluß (nicht dokumentiert).

Fristversäumung der Klägerin¹⁹⁶⁸. Außerdem wurden teilweise Entschädigungen mangels Ernsthaftigkeit der Bewerbungen verneint, wenn erkennbar nur die Möglichkeit der Entschädigung treibende Kraft für die Bewerbung gewesen war¹⁹⁶⁹. Des Weiteren wurden in erster Instanz anerkannte Diskriminierungen durch LAG oder BAG im Ergebnis oftmals wieder verneint, weil keine subjektiv ernsthafte Bewerbung vorgelegen habe¹⁹⁷⁰ bzw. keine Diskriminierung stattgefunden habe¹⁹⁷¹. Oft musste gar nicht Stellung genommen werden zu der Frage, ob ein Verschulden für den Anspruch des Diskriminierungsopfers Voraussetzung sein muss¹⁹⁷².

Diejenigen Entschädigungszahlungen, die durch die deutschen Gerichte gewährt wurden, gingen außerdem nicht über mehrere tausend Euro hinaus¹⁹⁷³. Zumindest das Arbeitsgericht Frankfurt hat sich wenigstens auf eine genauere Darstellung zur Ermittlung der Höhe eines Entschädigungsanspruches aus § 15 II AGG eingelassen¹⁹⁷⁴: Das Gericht sieht einen Betrag von drei Monatsgehältern „als angemessen“ an. Begründet wird dies damit, dass es sich bei Verhalten des Arbeitgebers um eine vorsätzliche, unmittelbare Diskriminierung durch den Arbeitgeber gehandelt habe. Ein Ausgleich der Persönlichkeitsverletzung durch einen materiellen Schadensersatz allein sei noch nicht erfolgt. Das Gericht weist ausdrücklich darauf hin, dass zudem bei der Bemessung der Entschädigungshöhe beachtet wurde, dass diese unter dem Gesichtspunkt der Generalprävention geeignet sein müsse, den Arbeitgeber generell von die-

¹⁹⁶⁷ Keine Diskriminierung bei Nichteinstellung wegen ungenügender Deutschkenntnisse: *ArbG Berlin v.* 26.09.2007, Az. 14 Ca 10356/07, *ArbuR* 2008, 112 ff.

¹⁹⁶⁸ *BAG v.* 24.09.2009, Az. 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387 ff.; *LAG Düsseldorf v.* 14.02.2008, Az. 11 Sa 1939/07; vorgehend *ArbG Düsseldorf v.* 18.09.2007, Az. 7 Ca 1969/07; *BAG v.* 24.09.2009, Az. 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387 ff.

¹⁹⁶⁹ *LAG Baden-Württemberg v.* 13.08.2007, Az. 3 Ta 119/07, AuA 2007, 624 (Kurz wiedergabe), FA 2007, 313 (red. Leitsatz, Kurz wiedergabe), ZGS 2007, 367-368 (nur red. Leitsatz). In dieselbe Richtung geht *LAG Rheinland-Pfalz v.* 11.01.2008, Az. 6 Sa 522/07, NZA-RR 2008, 343-344 (Leitsatz und Gründe). Ebenso *ArbG Celle v.* 20.06.2007, Az. 2 Ca 35/07, dazu auch *LAG München v.* 19.11.2008, 5 Sa 556/08 (1, 5 Monatsgehälter).

¹⁹⁷⁰ *ArbG Dortmund v.* 19.10.2007, Az. 1 Ca 1941/07; nachgehend *LAG Hamm (Westfalen) v.* 26.06.2008, Az. 15 Sa 63/08, EzA-SD 2008, Nr 22, 7 (red. Leitsatz), *ArbuR* 2008, 360 (red. Leitsatz); *BAG v.* 18.03.2010, Az. 8 AZR 77/09=BD 2010, 1534 f.

¹⁹⁷¹ *LAG Rheinland-Pfalz v.* 20.03.2008, Az. 2 Sa 51/08, vorgehend *ArbG Trier*, 21. November 2007, Az: 1 Ca 1288/07, ZTR 2008, 500-501 (Leitsatz und Gründe), bestätigt durch *BAG v.* 28.05.2009, Az: 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016 ff. Ähnlich *LAG Hamm v.* 26.06.2008, Az. 15 Sa 198/08, vorgehend *ArbG Gelsenkirchen v.* 28. November 2007, Az: 4 Ca 1981/07.

¹⁹⁷² *ArbG Frankfurt v.* 29.05.2007, Az.: 11 Ca 8952/06, DSB 2007, Nr 9, 20 (redaktioneller Leitsatz).

¹⁹⁷³ 1500 Euro: *ArbG Stuttgart v.* 26.04.2007, Az. 15 Ca 11133/06, AiB Newsletter 2007, Nr 10, 6 (red. Leitsatz); 1890 Euro: *ArbG Stuttgart v.* 05.09.2007, Az. 29 Ca 2793/07, RDV 2008, 162 (red. Leitsatz); 4200 Euro, allerdings in Berufung aufgehoben: *ArbG Dortmund v.* 19.10.2007, Az. 1 Ca 1941/07, nachgehend *LAG Hamm v.* 26.06.2008, Az. 15 Sa 63/08, EzA-SD 2008, Nr 22, 7 (red. Leitsatz), *ArbuR* 2008, 360 (red. Leitsatz); 1000 Euro: *LAG Berlin-Brandenburg v.* 05.12.2007, Az. 24 Sa 1684/07, *BAG*, Az: 8 AZR 73/08 (nicht veröffentlicht, Parallelscheidung jedoch *BAG v.* 22.01.2009 Az. 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945 ff. 3900 Euro: *ArbG Hamburg v.* 04.12.2007, Az. 20 Ca 105/07, in Berufung allerdings abgeändert und abgewiesen: *LAG Hamburg v.* 9.10.2008, Az. 3 Sa 15/08.

¹⁹⁷⁴ *ArbG Frankfurt v.* 29.05.2007, Az.: 11 Ca 8952/06, DSB 2007, Nr 9, 20 (redaktioneller Leitsatz).

ser Diskriminierung abzuhalten¹⁹⁷⁵. Das Gericht deutet an, dass auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers berücksichtigt werden dürfen¹⁹⁷⁶. Das ArbG Berlin gewährte in einem Fall der geschlechtsbezogenen Diskriminierung eine Entschädigung in Höhe von 5100 Euro, als ein Mann sich auf eine für eine Sekretärin ausgeschriebene Stelle beworben hatte und abgelehnt wurde. Die Entschädigung wurde anhand des dreifachen Monatsgehaltes berechnet und unter anderem auf die Finanzstärke des Arbeitgebers gestützt¹⁹⁷⁷. Diesem „Trend“ in der Rechtsprechung ist vor allem vor dem Hintergrund des europäischen Rechts weitgehend zuzustimmen.

Im Jahr 2008 kam es nun zu einem wirklich beachtlichen Urteil, in dem durch das ArbG Berlin-Brandenburg eine Entschädigung von 20 000 Euro zugesprochen wurde¹⁹⁷⁸. Das Gericht stützte sich darauf, dass der Klägerin wegen ihres Geschlechtes eine nachhaltige Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts widerfahren war. Nachdem die Klägerin sich gegen den Eindruck des Kompetenzzugs und einer Diskriminierung bei der Beförderungsentscheidung wehrte, wurde sie einer Behandlung ausgesetzt, die sie herabwürdigte und bewusst unter Druck setzte. Die Klägerin unterlag verschiedensten Schikanemaßnahmen, die ihre beruflichen Perspektiven betrafen und sie als Frau beleidigten. Sie war außerdem nachhaltigen Einschüchterungsversuchen durch ihre Vorgesetzten ausgesetzt. Das Gericht entschied folgendermaßen: Soweit die Klägerin bei der Beförderung wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden sei, liege darin eine Herabwürdigung ihrer beruflichen Fähigkeiten und zugleich eine Verletzung ihrer Würde als Person. Das Gericht urteilte, ein derartiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht sei regelmäßig schwerwiegend und verpflichte zur Zahlung einer Entschädigung. Wortwörtlich wird in der Entscheidung ausgeführt: „Bei Entschädigungszahlungen im Rahmen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist nicht nur der Ausgleichs-, sondern auch der Präventionsgedanke zu berücksichtigen [...]. Dies geht zurück auf die Rechtsprechung des BGH (vom 05.12.1995 – VI ZR 332/94 – NJW 1996, 984 Rn. 16). Bei der Ausgleichsfunktion des Entschädigungsanspruchs sind die Umstände der Mobbingbegehung und ihre Auswirkung auf das Mobbing-Opfer zu berücksichtigen [...]. Hierbei ist die Dauer und Intensität des Mob-

¹⁹⁷⁵ Das Gericht verweist an dieser Stelle auf *EuGH* Urt. v. 22.04.1997 – Rs. C-180/95 (*Draehmpaehl*), AP Nr. 13 zu § 611a BGB = *EzA* § 611a BGB Nr. 12; *Däubler/Bertzbach/Deinert*, AGG, § 15 Rn. 79; und *Schleuse-ner/Suckow/Voigt*, AGG, § 15 Rn. 51.

¹⁹⁷⁶ *ArbG Frankfurt* v. 29.05.2007, Az.: 11 Ca 8952/06, DSB 2007, Nr 9, 20 (red. Leitsatz); so auch *ArbG Berlin* v. 11.09.2007, Az.: 54 Ca 7713/07 und folgende Instanz *LAG Berlin-Brandenburg* v. 16.10.2007, Az.: 7 Ta 1977/07, AE 2008, 14 f.

¹⁹⁷⁷ *ArbG Berlin* v. 28.11.2007, Az. 75 Ca 12083/07.

¹⁹⁷⁸ Das ArbG Berlin hat mit Urteil vom 30. Januar 2008 die Klage insgesamt abgewiesen, anders nun *LAG Berlin-Brandenburg* v. 26.11.2008 Az. 15 Sa 517/08, DB 2008, 2707-2708 (red. Leitsatz) = BB 2008, 2737 (Leitsatz), dazu z. B. *Heyn/Meinel*, NZA 2009, 20 (21). Nachgehend wieder einschränkend jedoch BAG v. 22.07.2010, Az. 8 AZR 1012/08.

bings zu bewerten. Finanzielle Leistungsfähigkeit des Täters ist ebenfalls ein relevanter Gesichtspunkt [...]. Hinsichtlich der Nichtberücksichtigung bei der Beförderung ist im vorliegenden Fall auch zu beachten, dass durch den materiellen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 die Klägerin einen hohen Ausgleich erhält, was auch dem Präventionsgedanken Rechnung trägt. Hinsichtlich der übrigen Handlungen bleibt festzustellen, dass sie sich über einen Zeitraum von mehr einem Jahr hingezogen haben. [...] Erschwerend ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Herabwürdigungen und Einschüchterungen durch Organmitglieder des Beklagten erfolgten, sodass dem Präventionsgedanken größeres Gewicht zukommt. Bei dem Beklagten handelt es sich um ein Großunternehmen, sodass die finanzielle Leistungsfähigkeit als gut einzuschätzen ist.“ Das Urteil zeigt, dass die Gedanken des europäischen Gesetzgebers nunmehr auch in der Praxis umgesetzt werden¹⁹⁷⁹. Der Schwerpunkt wird auf die Prävention gelegt, und vor allem mit der Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Klägerin begründet. Das Gericht führt zur Höhe der Entschädigung aus: „Sollte in der unterbliebenen Beförderung keine Persönlichkeitsrechtsverletzung zu sehen sein, dann wäre für die zeitlich nachfolgenden Handlungen des Beklagten zumindest eine Entschädigung in Höhe von 16.000,00 EUR gerechtfertigt. All diese Momente rechtfertigen es, eine Entschädigung in Höhe von insgesamt 20.000,00 EUR festzusetzen“.

Klar ist durch das BAG mittlerweile entschieden worden, dass eine Entschädigung kein Verschulden voraussetzen darf¹⁹⁸⁰. Alle mit § 15 AGG zusammenhängenden strittigen Fragen konnten bisher jedoch nicht höchstinstanzlich geklärt werden¹⁹⁸¹. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte und insbesondere das BAG sich verhalten werden, wenn zum Verschuldensfordernis oder einer Sanktion im technischen Sinne tatsächlich Stellung genommen werden muss. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit verbleibt und dabei die Durchsetzung des europäischen Rechts fördern und voran treiben wird.

¹⁹⁷⁹ So auch *Heyn/Meinel*, NZA 2009, 20 ff.

¹⁹⁸⁰ BAG v. 22.01.2009, 8 AZR 906/07, dazu Anm. v. *Richert*, BB 2010, 255,

¹⁹⁸¹ Siehe BAG v. 03.04.2007, 9 AZR 823/06, NJW 2007, 3515-3518=NZA 2007, 1098-1101 zu Fragen einer Entschädigung wegen Diskriminierung auf Grund einer Behinderung, vorgehend *ArbG Berlin* 86. Kammer, 13. Juli 2005, Az: 86 Ca 24618/04, vorgehend *LAG Berlin* 5. Kammer, 9. März 2006, Az: 5 Sa 1794/05, nachgehend *LAG Berlin-Brandenburg* v. 31. Januar 2008, Az: 5 Sa 1755/07; BAG v. 22.01.2009 Az. 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945 ff.; BAG v. 17.12.2009, Az. 8 AZR 670/08 (Zurückverweisung an LAG), NZA 2010, 383 ff.

A. Rechtspolitische Erwägungen

I. Verwirklichung der Gleichstellung

In der deutschen Literatur wird die Entwicklung, die das Gleichbehandlungsrecht EU-weit erfährt, mit Skepsis betrachtet, weil das Vorgehen der europäischen Institutionen dafür spricht, dass keineswegs nur der Ausgleichsgedanke verwirklicht werden soll, wie es an sich bei der Verletzung von Rechten Einzelner der Fall wäre. Bedenken werden dahingehend geäußert, dass eine unreflektierte Verallgemeinerung der Gleichbehandlung stattfindet¹⁹⁸². So wird nicht mehr nur formal Gleiches gleich, aber Ungleiches ungleich behandelt, sodass für viele Differenzierungen keine Rechtfertigungen mehr in Betracht kommen können. Dazu kommt, dass jedes Individuum, unabhängig von äußeren abgrenzbaren Faktoren, Gleichheit erfahren *muss*. Durch dieses strenge Gebot der Gleichbehandlung wird die Lücke geschlossen, die bei der Vergleichbarkeit der Merkmalsträger noch innerhalb einer bestimmten Gruppe offen gelassen wurde: Es ist nicht nur verboten, einen Menschen deshalb auszuschließen, weil er aus einem anderen Land kommt und damit wegen eines Gruppenmerkmals diskriminiert würde, sondern es ist ebenfalls verboten, ihn zu diskriminieren, weil er sich auf eine bestimmte (vielleicht mit der Herkunft zusammen hängende) Art kleidet oder frisiert, obwohl dies sein freier Wille ist¹⁹⁸³. Im europäischen Antidiskriminierungsrecht besteht damit tatsächlich ein generelles Differenzierungsverbot, das nur gelegentliche Ausnahmen zulässt.

Auch im deutschen Recht sind aber Differenzierungen aus anderen als rein sachlichen Gründen in vielen Fällen auch vor der europäischen Einmischung nicht erlaubt gewesen¹⁹⁸⁴.

Noch nicht geklärt ist, ob das Ziel tatsächlich dadurch verwirklicht werden kann, dass dem Arbeitgeber solche Sanktionen auferlegt werden, die teilweise größte Zweifel an ihrer Existenzberechtigung in den nationalen Rechtsordnungen erwecken¹⁹⁸⁵. Dies wird erst die Zukunft zeigen können. Jedenfalls müssen nach deutschem Verständnis Gleichstellungspflichten die Ausnahme bleiben, weil diese Durchbrechung der allgemeinen (arbeitsrechtlichen) Gleichbehandlung nur dort zu einer Privilegierung des einzelnen führen darf, wo eine übergeordnete Wertung dies verlangt¹⁹⁸⁶.

¹⁹⁸² Vgl. *Fastrich*, RdA 2000, 65.

¹⁹⁸³ Zur Unterscheidung von formaler und materieller Gleichheit siehe *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 51 ff.

¹⁹⁸⁴ Z. B. in § 75 BetrVG, siehe Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Richardi*, § 14, Rn. 25.

¹⁹⁸⁵ Kritisch bezüglich dem Problem der mittelbaren Diskriminierung z. B. *Kyriazis*, Sozialpolitik, S. 94 f.

¹⁹⁸⁶ So *Fastrich*, RdA 2000, 65 (74).

II. Kritik an der Erfolgswirksamkeit des § 15 AGG

Schon § 611a BGB wurde nicht als wirkliche Unterstützung des Arbeitnehmers empfunden. Z. B. *Raab* drückte seine Bedenken folgendermaßen aus: „Das Gesetz fördert die Tendenz, wahre Auswahlgründe zu verschleiern. Diskriminiert wird daher weiter werden, aber nur einen „ungeschickten“ Arbeitgeber trifft die Sanktion“¹⁹⁸⁷.

Hinsichtlich des neuen AGG hat sich daran nichts geändert. Dies wird vor allem klar, wenn man die Praxistauglichkeit des Gesetzes untersucht. Dem Arbeitnehmer wird unter der Geltungsdauer des AGG nur eine möglichst geringe Angriffsfläche bei Absagen gegeben werden. Der Arbeitgeber ist zwar nach wie vor nicht ausschließlich an rein sachliche Gründe gebunden. Wenn er aber im Klagefall darlegen muss, dass er nicht diskriminiert hat, wird er sich hüten, alle Gründe für die Ablehnung preiszugeben. Insbesondere subjektive Gründe wird er unbedingt für sich behalten wollen. Das Ablehnungsschreiben wird „inhaltsleer“ formuliert, mündliche Auskünfte werden in jedem Fall vermieden¹⁹⁸⁸. Die Dokumentation der Erwägungsgründe für Personalentscheidungen wird im Hinblick auf die Beweislastumkehr zur Pflicht werden¹⁹⁸⁹.

Die praktische Anwendung des AGG stellt sich damit als gefährliche Gratwanderung dar, die umfassende Pflichten, eine große Vorsicht und fast schon hellseherische Fähigkeiten des Arbeitgebers voraussetzt. Ein Bewerber, der nicht absolut bestqualifiziert ist, kann in Zukunft nur noch eingestellt werden, wenn sich entweder niemand neben ihm bewirbt oder aber der Arbeitgeber das finanzielle Risiko der „Diskriminierung“ aller anderen Bewerber auf sich nimmt¹⁹⁹⁰. Ob dem Arbeitsmarkt damit gute Anreize gegeben werden, wird daher stark angezweifelt.

Ein nicht bestqualifizierter Bewerber muss sich im schlimmsten Fall so lange auf Stellen bewerben, bis endlich jemand noch weniger Kompetenzen aufweist als er. Auf *softskills*, einen persönlich sympathischen Eindruck und das spontane Gefühl, dass der Kandidat „passt“, darf der Personalchef in der Gesetzestheorie gar nicht mehr achten. Dies würde die Auswahl auf dem Arbeitsmarkt und auch die Stellenangebote verheerend einschränken und kann daher nicht das Ziel eines den Arbeitnehmer schützenden Gesetzes sein.

Die Befürworter des Gesetzes erwarten dagegen, dass es ein Umdenken in der Gesellschaft bewirken kann. Dies geht aber nur dann, wenn auch die Gerichte gezwungen werden, das Gesetz im Sinne der europäischen Vorgaben anzuwenden und außerdem jedem Einzelfall ge-

¹⁹⁸⁷ So *Raab*, DStR 1999, 854 (861) zu § 611a BGB in seiner letzten Fassung.

¹⁹⁸⁸ Vgl. auch die Tipps für ein ablehnendes Schreiben bei *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1494).

¹⁹⁸⁹ Vgl. *Wisskirchen*, DB 2006, 1491 (1496).

¹⁹⁹⁰ Anderer Ansicht bezüglich einer befürchteten Klageflut aber *Preis*, Personalführung 2005, 6 (8).

recht werden können¹⁹⁹¹. Erste Tendenzen zeigen bereits, dass persönliche Eindrücke einer Person nun gewissermaßen „normiert“ werden, indem auch *softskills* z. B. in Gestalt einer Bewertungseinheit abprüfbar werden. Das Phänomen nennt sich dann „soziale Kompetenz“ und findet sich sogar im deutschen Richtergesetz als Eignungsvoraussetzung wieder.

Mit Skepsis ist daher die Frage zu stellen, ob das Neue, durch die europäische Gemeinschaft geschaffene Recht tatsächlich eine wirklich „produktive Aufnahme“ gefunden hat, wenn die Auswahlfreiheit des Arbeitgebers nun solche Wege gehen muss¹⁹⁹². Aus diesem Grunde vertritt *Mohr* auch die These, dass möglichst schnell ein umfassendes Europäisches Arbeitsrecht geschaffen werden sollte, damit das Recht nicht weiter auf dem umständlichen und oft von unpassenden Ergebnissen gekrönten Weg der richterlichen Rechtsfortbildung geschaffen werden muss. Die Rechtsfindung könne so wieder den Herren der Verträge überlassen bleiben, sodass keine Einzelregelungen mehr gemacht werden müssen, die gar nicht in die nationalen System integrierbar sind¹⁹⁹³.

Man kann hier aber entgegenhalten, dass die Rechtsentwicklung zeigt, dass die Staaten gerade bei der Entwicklung von Richtlinien auf die Rechtsfortentwicklung durch den EuGH bauen, und außerdem als Herren der Verträge auch bisher schon alle Chancen haben, sich am Rechtsfindungsprozess zu beteiligen: Sogar fertige Richtlinien können noch auf ihre Praxistauglichkeit hin überprüft werden. In der Praxis mag dies zwar nur eingeschränkt der Fall sein¹⁹⁹⁴, dennoch kann so aber auch der Gerichtshof in seine Schranken gewiesen werden.

Gewissermaßen muss jedoch ein Problem grundsätzlich bemängelt werden: Die Tatenlosigkeit der nationalen Staaten. Es wurden mittlerweile mehr als nur eine Richtlinie zum Gleichbehandlungsrecht verabschiedet. Alle kranken an denselben Unwägbarkeiten, die schon in der ersten Anlaufphase bekannt waren. Dass nie dagegen vorgegangen wurde, zeigt, dass die Verfolgung der vorgezeichneten Zwecke von Gesetzgeber wohl so beabsichtigt sein muss. Ob die Umsetzung der europäischen Vorgaben geglückt ist, ist daher ein andere Frage, die auch zu § 15 AGG noch gestellt werden darf. Denn § 15 AGG ist, obwohl im Sinne der Gleichstellung gut gemeint, nur unter äußerster Anstrengung so zu interpretieren und anzuwenden, dass sowohl europäische wie auch deutsche Anforderungen gleichermaßen erfüllt sind.

¹⁹⁹¹ Vgl. kritisch *Richardi*, NZA 2006, 881 (887).

¹⁹⁹² Dazu 1994 schon *Däubler*, Völkerrecht und Europarecht in der Rechtsprechung, S. 621.

¹⁹⁹³ *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 132.

¹⁹⁹⁴ Zu den Korrekturmöglichkeiten durch den gemeinschaftsgesetzgeber siehe *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen, S. 158 f. anhand des *Barber*-Protokolls.

III. Missverhältnis

Betrachtet man Schmerzensgeldzahlungen und die unterschiedlichen Haftungsgründe dafür, fällt auf, dass hier teilweise ein Missverhältnis besteht¹⁹⁹⁵: So kann das Verhältnis von Zahlungen wegen ärztlichen Kunstfehlern, Verkehrsunfällen oder Vergewaltigungen im Gegensatz zu Zahlungen bei rein immateriellen Persönlichkeitsverletzung besonderes Erstaunen hervorrufen, da letztere oft sehr viel höher ausfallen. Der verfassungsrechtliche Rang des Schutzes von Körper, Gesundheit, Fortbewegungsfreiheit und sexueller Integrität ist jedoch im Ergebnis keinesfalls geringer als der des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu bewerten. Ein Unterschied besteht höchstens unter dem Gesichtspunkt der Prävention, weil z. B. bei Körper und Gesundheitsverletzungen häufig materielle Schäden eintreten, deren Ersatzpflichtigkeit schon von vorn herein eine Hemmschwelle darstellen¹⁹⁹⁶. Hier kann zumindest noch entgegen gehalten werden, dass solche Verletzungen zudem strafbar sind und der Täter der justiziellen Verfolgung nicht entgehen kann¹⁹⁹⁷.

Besonders auffällig ist aber der interne Unterschied bei der Höhe der in verschiedenen Fällen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen zugesprochenen Summen. So sprach das BAG einer aus einem Betrieb ausscheidenden Arbeitnehmerin 4000 DM auf Grund einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts zu, als der Arbeitgeber ihren Namen in einer Verbandszeitung veröffentlichte und im Falle einer Bewerbung bei einem dem Verband angehörenden Arbeitgeber um dessen Meldung bat¹⁹⁹⁸. Das OLG Hamburg dagegen sprach 180.000 DM zu, als ein Verlag drei unwahre Titelgeschichten über *Caroline von Monaco* publizierte¹⁹⁹⁹. Die Arbeitssuche der Arbeitnehmerin war wesentlich gefährdet, damit ihre Existenzgrundlage bedroht. Die prominente Persönlichkeit hatte lediglich bestimmte Interviews nicht gegeben, die veröffentlicht worden waren. Trotzdem war der Abdruck nicht getätigter Äußerungen „mehr wert“ als die öffentliche Verunglimpfung einer Person, was mit dem niedrigen Leserkreis der Verbandszeitschrift wohl nur teilweise gerechtfertigt werden kann. Die meisten der in diesem Zusammenhang mit Persönlichkeitsrechtsverletzungen ergangenen Urteile fallen dadurch auf, dass die Entscheidungen zu einem überwiegenden Anteil an die Namen von berühmten Persönlichkeiten gekoppelt sind. Insbesondere die höheren Schmerzensgeldzahlungen sind

¹⁹⁹⁵ So schon *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85 (106), auch *Ott/Schäfer*, JZ 1990, 563 (573), diese allerdings in Bezug auf Körperverletzungen.

¹⁹⁹⁶ Vgl. z. B. *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85 (106).

¹⁹⁹⁷ So *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85 (106).

¹⁹⁹⁸ LAG Hamburg v. 03.04.1991, NZA 1992, 509; ähnliche Höhe bei BAG v. 18.02.1999, NZA 1999, 645 = NJW 1999, 1988 (“Tritt ins Gesäß”).

¹⁹⁹⁹ OLG Hamburg v. 25.07.1996, NJW 1996, 2870 (*Caroline von Monaco*).

durchweg an prominente Namen der Kläger gebunden, unbekannte diskriminierte Arbeitnehmer tauchen in diesen Ausnahme - Entscheidungen nicht auf²⁰⁰⁰.

Den Schutz des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuches genießt aber der Sache nach auch der „unbekannte“ Arbeitnehmer. Es ist nicht nachweisbar, dass der „einfache“ Bürger im Rahmen von Arbeitsverhältnissen auf den Schutz der grundrechtlich garantierten Menschenwürde verzichten muss. Schmerzensgeld ist bei Verletzungshandlungen wie Beleidigung oder Diskriminierung anerkannt²⁰⁰¹. Die weichen Kriterien allerdings machten es gerade einem Arbeitnehmer schwer, höhere Summen zu erstreiten. Die Zurückhaltung des deutschen Rechts beim Zusprechen von Ersatzzahlungen wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Arbeitsverhältnis zeigt sich auch an der zögerlichen Entwicklung des § 611 a BGB (s. o.)²⁰⁰².

Den Grund für diese teilweise schwer nachvollziehbare Differenzierung darf man jedenfalls nicht darin vermuten, dass der Prominente in den Augen der Justiz einen höheren Wert haben könnte als der einfache Arbeitnehmer. Grund für die Differenzierung ist nämlich nicht die Person des Betroffenen, sondern vielmehr derjenige, der die Verletzungshandlung begangen hat. So wird vor allem deutlich, dass hier im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen offenkundig durch das Zivilrecht eine Art Ersatz dafür geschaffen werden sollte, dass die meisten Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht unter einen Straftatbestand fallen und somit Konsequenzen für ein Fehlverhalten nicht vorhanden sind²⁰⁰³. Der BGH hat die kommerzielle Nutzung von Persönlichkeitsrechten aber sehr bewusst auf Prominente beschränkt und z. B. den postmortalen Persönlichkeitsschutz nicht derart hoch gehalten²⁰⁰⁴. Die Vergleichbarkeit mit der *Caroline*-Rechtsprechung zu einer Einstellungsdiskriminierung mag überdies auch fraglich sein. Vielmehr geht es in dieser Konstellation um das Verbot einer Kommerzialisierung von Daten, Abbildungen oder sonstigen Faktoren, die dem Verfügungsrecht einer Persönlichkeit unterliegen und der Öffentlichkeit nicht ohne ihre Erlaubnis zugänglich gemacht werden sollen²⁰⁰⁵.

Festhalten lässt sich zwar, dass dem Schmerzensgeld unter bestimmten Voraussetzungen Abschreckungsfunktion zuerkannt wird. Es handelt sich dabei allerdings vornehmlich um Fälle, die mit denen im Bereich von Beschäftigung und Beruf nur schwer vergleichbar sind. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes steht im deutschen Recht dabei die Genugtuungsfunktion

²⁰⁰⁰ Liste ausgewählter Urteile bei *Alenfelder*, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 122.

²⁰⁰¹ Siehe *Kern*, NZA 2000, 124 (127 f.).

²⁰⁰² Dazu *Kern*, NZA 2000, 124 (127).

²⁰⁰³ Ähnlich *Canaris*, in: Festschrift für Deutsch, S. 85 (106 f.), der diesen Effekt jedoch im Ergebnis als unzulässig ansieht.

²⁰⁰⁴ *BGH* v. 06.12.2005, BGHZ 165, 203-213=NJW 2006, 605 (607).

²⁰⁰⁵ So *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327 (336).

im Vordergrund. Kriterien sind auch bei dieser Bemessung die Intensität der Schmerzen im Geistigen, das Maß der Schuld, der Anlass sowie die Begleitumstände der Verletzungshandlung. Weitere Berücksichtigung finden die Stellung des Opfers und seine wirtschaftlichen Verhältnisse. Angeblich sollen diese Kriterien wegen der Genugtuungsfunktion mit einbezogen werden²⁰⁰⁶.

Objektiv spricht aber für diese Handhabung der Bemessung eine andere Erwägung: Dass ein Arbeitgeber für eine Tötlichkeit 4000 Euro zahlt, dass der Arbeitgeber für die öffentlich Warnung vor der Bewerbung einer Arbeitnehmerin ebenso 4000 DM zahlt, gleichzeitig aber ein Verlag für falsche Interviews 180.000 DM zahlen soll – dies alles spricht eher dafür, dass es auf die Leistungsfähigkeit des Ersatzverpflichteten ankommt und darauf, diesen von künftigem, ähnlich gelagert sozialschädlichem Verhalten abzuhalten. Fälle wie „*Caroline von Monaco*“ entwickeln durch die Prominenz der Beteiligten einen ungleich höheren Bekanntheitsgrad und damit eine wesentlich stärkere abschreckende Wirkung als Fälle, in denen es um die Nichtbeachtung bei der Einstellung geht. Dabei liegt jedoch beiden Bereichen das selbe Problem zu Grunde: Die Verletzung des nur immateriell wertbaren Persönlichkeitsrechtes.

Es kommt also nicht nur darauf an, beim Arbeitnehmer ein Unrecht wieder gut zu machen, sondern vor allem die Sanktionierung des Arbeitgebers ist Ziel der Regelung. Dann wäre die Entschädigungsregelung nicht nur Grundlage für immateriellen Schadensersatz, sondern eine spezifische zivilrechtliche Strafe mit Sanktionscharakter²⁰⁰⁷. Ein eventuelles Missverhältnis im nationalen Vergleich ist zu diesem Zweck daher hinzunehmen²⁰⁰⁸.

B. Ausblick

Rechtspolitisch wird sich noch zeigen müssen, welche Auswirkungen § 15 AGG im Hinblick auf den weiterhin angespannten Arbeitsmarkt in Deutschland hat. Wie die Auswertung der bisher erfolgten Prozesse zu § 15 AGG zeigt, ist eine „Klagenflut“ jedenfalls nicht eingetreten²⁰⁰⁹. Trotzdem stellt sich die Frage, wie der große Anwendungsbereich des § 15 AGG eingeschränkt werden kann, damit der Arbeitgeber in Zukunft noch „angstfrei“ Stellen besetzen und Bewerber auswählen kann. Bisher haben die Arbeitsgerichte Ansprüche oft schon im Vorfeld scheitern lassen, ohne konkret die Voraussetzungen des § 15 AGG zu prüfen oder die

²⁰⁰⁶ Vgl. Kern, NZA 2000, 124 (126).

²⁰⁰⁷ Otto, Anmerkungen zu Draehmpaehl, EWiR 1998, 79 (80).

²⁰⁰⁸ Vgl. nun auch deutlich geringe Entschädigungszahlungen, siehe z. B. ArbG Stuttgart v. 05.09.2007, Az.: 29 Ca 2793/07.

²⁰⁰⁹ Siehe zur aktuellen Rechtsprechung: Dritter Teil, E. II. 2.; vgl. z. B. auch Stellungnahme des Justizministeriums Baden-Württemberg zu Klagen nach dem AGG vom 28.02.2008, Drucksache 14/2423 sowie Pressemitteilung des LAG Baden-Württemberg vom 27.06.2007 - abrufbar unter www.lag-baden-wuerttemberg.de (recherchiert am 30.01.2009).

Rechtsfolgen wenig belastend ausgestaltet. Dies wird nicht ewig der Fall bleiben, wie auch die aktuelleren Urteile der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte sowie des BAG ankündigen. Werden die Vorgaben des europäischen Rechts mit der Anwendung des § 15 AGG nicht erfüllt, wird dies Kritik durch den EuGH nach sich ziehen, zu große Erfolge dagegen möglicherweise eine Klagewelle, die die Arbeitgeber extrem einschränken würde. Es bleibt dabei, dass der Arbeitgeber niemals auf diskriminierende Aspekte zurückgreifen darf, wenn es um die Bewerberauswahl geht. Er kann aber weiterhin seinem natürlichen Verhalten nachgehen, indem er allein Auswahl-, Bewertungs- und Unterscheidungskriterien bestimmt²⁰¹⁰.

Das Ziel der praktischen Anwendung des Antidiskriminierungsrechts ist deshalb, einen Mittelweg zu suchen: Der Arbeitgeber darf einem Bewerber nicht von vornherein sämtliche Chancen entziehen, soll aber auf der anderen Seite fähig zu betrieblich sinnvoller Personalpolitik bleiben²⁰¹¹. Wie dieser Zustand aufrecht erhalten werden kann, zeigen die Arbeitgerichte jetzt schon mit einer extrem zurückhaltenden Rechtsprechung. Insofern hat sich jetzt schon gezeigt, dass auch keine Klagewelle zu erwarten ist, die ein „ABM-Programm für Rechtsanwälte und Richter“ schaffen könnte²⁰¹².

Durch die Rechtsprechungsarbeit der Arbeitsgerichte ist daher mit einer restriktiven und verhältnismäßigen Handhabung des § 15 AGG zu rechnen, wenn die Normgebung auch rechtspolitisch das Ziel einer vernünftigen, durchdachten Gesetzgebung verfehlt hat. Die Einführung des § 15 AGG ist also im Ergebnis trotz aller Schwierigkeiten als positiv zu bewerten, weil eine Norm geschaffen wurde, die innerhalb der Möglichkeiten des nationalen Rechts sämtliche europäischen Vorgaben erfüllt und in der Rechtsprechung nun auf ihre Praxistauglichkeit hin geprüft werden kann.

Der schwierige Gesetzfindungsprozess bezüglich § 15 AGG ist jedoch trotz der in das Konzept des deutschen Rechts passenden praktischen Konsequenzen auch als eine Art „Warnschuss“ zu verstehen und damit als Warnung davor, dass der Gesetzgebungsprozess Europas weiterhin passiv hingenommen wird, ohne frühzeitig Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Zumindest, wenn die Integrationsfähigkeit bezüglich nationalem Recht in Frage steht, müssten frühzeitig die Beteiligungsrechte wahr genommen werden, die auch das europäische Recht den nationalen Staaten bietet. Denn nur bei einer aktiven Beteiligung am europäischen Gesetzgebungsprozess können fragwürdige Entscheidungen und damit verbundene Schwierigkeiten im nationalen Recht verhindert werden.

²⁰¹⁰ Vgl. dazu *Picker*, ZfA 2005, 167 (171).

²⁰¹¹ Vgl. im Ergebnis auch *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (183).

²⁰¹² Diese Formulierung verwendet *Picker*, ZfA 2005, 167 (170).

C. Endergebnis: 10 Thesen zur pönalen Funktion des § 15 AGG

Die vorangestellten Ausführungen zeigen, wie § 15 AGG trotz der vielen Bedenken in das deutsche Recht integriert wurde und dass diese Umsetzung zwar rechtspolitisch bedenklich sein mag, aber im Hinblick auf europäische Erfordernisse gelungen ist. Grundlegende Bedenken hinsichtlich der Einführung von *punitive damages* können auf Grund von Struktur und Sinn dieses Rechtsinstitutes ausgeräumt werden. Allerdings sind die Bedenken der im Übrigen strafenden Wirkung von § 15 AGG nicht so einfach von der Hand zu weisen. Es zeigt sich dennoch, dass pönale Elemente im deutschen Zivilrecht keine Fremdkörper sind, sondern im Gegenteil verstärkt wieder integriert werden. § 15 AGG nimmt jedoch nicht nur im Hinblick auf *punitive damages*, sondern auch im Hinblick auf diese Regelungen des deutschen Rechts eine Sonderrolle ein, weil neben präventiven Aspekten auch Platz für eine umfassende verschuldensunabhängige Haftung verbleibt. Die Untersuchungen zu § 15 AGG haben gezeigt, wie die europäischen und deutschen Anforderungen in ein Gleichgewicht gebracht werden können. Ausgehend von diesem Verständnis sollen die zehn Thesen dieser Arbeit abschließend dargestellt werden:

1. Das europäische Recht verlangt eine arbeitsrechtliche Rechtsfolgenregelung, die gänzlich ohne Verschuldenserfordernis zu einer Haftung des Arbeitgebers führen muss, wenn in seiner Sphäre einem Arbeitnehmer bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, im Rahmen eines laufenden Arbeitsverhältnisses oder auch bei Beendigung und darüber hinaus eine Diskriminierung oder ungerechtfertigte Ungleichbehandlung widerfährt. Diese verschuldensunabhängige Haftung gilt sowohl für den Ersatz materieller wie auch immaterieller Schäden.
2. Die Rechtsfolgen, die auf die Diskriminierung folgen, müssen sanktionierend wirken, damit in Zukunft der diskriminierende Arbeitgeber sowie auch andere potentielle Arbeitgeber, in deren Sphäre sich diskriminierende Vorgänge abspielen könnten, von einem solchen rechtswidrigen Verhalten abgehalten werden. Ein Schwerpunkt liegt damit durch die Androhung einer Sanktion auf dem Gesichtspunkt der Prävention.
3. Ziel des europäischen Gesetzgebers ist dabei eine umfassende Gleichstellung aller Arbeitnehmer, die auch im deutschen Grundgesetz in Art. 3 III GG niedergelegt ist.
4. § 15 I und II AGG stellen als deutsche Umsetzung dieser Anforderungen die Rechtsgrundlage für eine solche verschuldensunabhängige und gegebenenfalls im Sinne der Prävention sanktionierende Rechtsfolge dar, wengleich dies bei § 15 I AGG nur über eine

richtlinienkonforme Auslegung geschehen kann, die die Voraussetzung des Vertretensmüssens im Sinne einer Zurechnung begreift.

5. Deshalb enthält § 15 AGG pönale Aspekte in Form stark präventiver Züge, die über den großen Abschreckungseffekt erreicht werden, der insbesondere auch durch das Fehlen eines Verschuldenserfordernisses und der damit einhergehenden Einzelfallbeurteilung hervorgerufen wird.
6. Allein aus diesem weit zu verstehenden pönalen Effekt folgt nicht, dass § 15 AGG zu einer Norm geraten ist, die unzulässigerweise *punitive damages* in den deutschen Rechtskreis einführt. *Punitive damages* sind mit dem deutschen Recht nicht vergleichbar, verfolgen zum Teil ganz andere Zwecke und haben eine andere Struktur, weil unter anderem die Sozialstruktur in den USA eine völlig andere ist, als es in Deutschland der Fall ist. *Punitive damages* sind daher mit Rechtsfolgenregelungen im deutsch-europäischen Recht nicht identisch.
7. „Strafschadensersatz“ als Neuform pönaler Elemente im Privatrecht ist jedoch Rechtswirklichkeit und taucht bereits in vielen Normen des Zivilrechts auf. „Strafschadensersatz“ ist eine neue Form der Privatstrafe, die generell an Gesichtspunkte des Ausgleichs anknüpft.
8. § 15 AGG ist deshalb keine „Privatstrafe“ im herkömmlichen Sinne, da eine Privatstrafe nicht ohne Verschuldenserfordernis funktionieren und auskommen kann. Das Verschuldenserfordernis muss jedoch bei § 15 I und II AGG ausgeklammert werden, um den europäischen Anforderungen gerecht zu werden.
9. § 15 AGG kann jedoch im Hinblick auf das fehlende Verschuldenserfordernis und die Tatsache, dass die Norm europarechtskonform angewendet werden muss, als negativ-präventiver Strafschadensersatz eingeordnet werden, bei dem generell anlässlich von Rechtsverletzungen Ausgleich gewährt werden muss. Im Falle eines schuldhaften Verhaltens muss dieses Handeln im Rahmen von § 15 II AGG darüber hinaus bei der Höhe der Ausgleichszahlung berücksichtigt werden.
10. § 15 AGG muss daher, um keine uferlosen Ansprüche zu erzeugen, von den Gerichten grundsätzlich im Lichte der Verhältnismäßigkeit betrachtet werden. Das bedeutet konkret, dass bei fehlendem Verschulden keine zu hochsummige Haftung entstehen darf, sondern nur Ersatz der tatsächlich eingetretenen Schäden gewährt werden darf. Hiervon geht auch

eine genügende Abschreckungswirkung aus, weil das Schadensrecht auch auf diese Weise präventive Wirkungen erzeugen kann. Die Anforderungen an die Rechtsprechung, die in diesem Sinne das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahren soll, sind damit nicht zu unterschätzen und stellen die Rechtsprechung vor die Herausforderung, den Schutz vor Diskriminierungen im Sinne des Europäischen Rechts aufrecht zu erhalten, ohne aber die Verfassung zu verletzen.

Literaturverzeichnis

- Abele, Roland:* Schadensersatz wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung eines Stellenbewerbers. NZA 1997, 641-643.
- Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen:* Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz. NZA 2007, 179-184.
- Adomeit, Klaus:* Arbeitsrecht auf Abwegen. NJW 1997, 2295-2296.
- Adomeit, Klaus:* Political Correctness – jetzt Rechtspflicht! NJW 2006, 2169-2171.
- Alenfelder, Klaus Michael:* Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht: Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Köln 2006. (*Alenfelder*, Diskriminierungsschutz).
- Annuß, Georg:* Grundfragen der Entschädigung bei unzulässiger Geschlechtsdiskriminierung. NZA 1999, 738-744.
- Annuß, Georg:* Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht. BB 2006, 1629-1636.
- Armbrüster, Christian:* Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf. ZRP 2005, 41-44.
- Armbrüster, Christian:* Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz? NJW 2007, 1494-1498.
- Auer, Marietta:* Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung. NJW 2007, 1106-1109.
- Baddenhausen, Heike/Dietrich, Johannes:* Das sog. Zweite Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 228 EG-Vertrag und die Maßstäbe der Kommission zur Ermittlung von Zwangsgeld und Pauschalbetrag. In: WEuropa – Deutscher Bundestag. Wissenschaftliche Dienste, Nr. 32/06 v. 12. Juni 2006.
- Baer, Susanne:* „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? – Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht. ZRP 2002, 290-294.
- Bauer, Jobst-Hubertus:* Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht. NJW 2001, 2672-2677.
- Bauer, Jobst-Hubertus/ Evers, Malte:* Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden? NZA 2006, 893-898.
- Bauer, Jobst-Hubertus/ Göpfert, Burkard/Krieger, Steffen :* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar. München, 2. Auflage 2008. (Zitiert: *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG).
- Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen:* Ein Hallelujah für die Anwaltschaft! - Entschädigung und Schadensersatz nach dem Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes.

BB-Spezial 2004, 20-24.

*Bauer, Jobst-
Hubertus/Thüsing, Gre-
gor/Schunder, Achim:*

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien. NZA 2005, 32-34.

*Bauer, Jobst-
Hubertus/Thüsing, Gre-
gor/Schunder, Achim:*

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen? NZA 2006, 774-778.

Bauer, Hartmut:

Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. In: Veröffentlichungen der Vereinigten deutschen Staatsrechtslehrer, Band 54: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. Berlin 1995. S. 243-286. (Zitiert: *Bauer, Privatisierung*).

Behr, Volker:

Punitive Damages in American and German Law - Tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts. Chicago-Kent Law Review, Vol. 78, 2003, S. 105-161.

*Benecke, Martina/Kern, Gise-
la:*

Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der Europäischen Richtlinien im deutschen Recht. EuZW 2005, 360-364.

Bentert, Holger:

Das pönale Element – ein Fremdkörper im deutschen Zivilrecht? Berlin, 1996. (Zitiert: *Bentert, Das pönale Element*).

Berger, Christian:

Der Ausschluss gesetzlicher Rückgewähransprüche bei der Erbringung unbestellter Leistungen nach § 241a BGB. JuS 2001, 649-654.

*Berger, Anja Gitta/Wilske,
Stephan:*

Der U.S. Supreme Court und Punitive Damages. Eine überraschende Erkenntnis aus einer Nicht-Entscheidung. RIW 2007, 245-248.

*Berner Kommentar: Meier-
Hayoz, Arthur/Riemer, Hans
Michael u. a. (Hrsg.):*

Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Band VI – Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen . 3. Teilband, 1. Unterteilband: unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR. Bern 1990. (Zitiert: *Berner Kommentar/Verfasser*).

*Bertelsmann, Klaus/Pfarr,
Heide:*

Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung und Beförderung. DB 1984, 1297-1301.

Besgen, Nicolai:

Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). B+P 2006; Beihefter 1 zu Heft 8, S. 1-12.

Beulke, Werner:

Strafprozessrecht. Heidelberg, 11. Auflage 2010. (Zitiert: *Beulke, StPO*).

Beulke, Werner:

Strafrecht I. Allgemeiner Teil. 39. Auflage, Heidelberg 2009. (Zi-

- tiert: *Wessels/Beulke*, Strafrecht).
- Bezani, Thomas/Richter, Marcus:* Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht. RWS-Skript 355. Köln 2006.
- Bleckmann, Albert:* Europarecht. Köln/Bonn/Berlin/München, 6. Auflage 1997. (Zitiert: *Bleckmann*, Europarecht).
- Blomeyer, Wolfgang:* Der Einfluss der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Arbeitsrecht. NZA 1994, 633-640.
- Bobke-von Carmen, Manfred/Veit, Susanne:* Arbeitssachen vor dem Europäischen Gerichtshof – Im Zweifel für den sozial Schwächeren. In: Die Arbeitsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes. Neuwied 1994, S. 431-464. (Zitiert: *Bobke-v. Carmen/Veit*, Arbeitssachen vor dem EuGH).
- Boemke, Burkhard:* Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht wegen Grundrechtsverletzung? NJW 1993, 2083-2085.
- Boemke, Burkhard/Danko, Franz-Ludwig:* AGG im Arbeitsrecht. Berlin 2007. (Zitiert: *Boemke/Danko*, AGG).
- Boemke, Burkhard/Gründel, Mirko:* Grundrechte im Arbeitsverhältnis. ZfA 2001, 245-280.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang:* Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart. In: *Böckenförde, Ernst Wolfgang (Hrsg.): Staat und Gesellschaft*, S. 395-431. (Zitiert: *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft).
- Bötticher, Eduard:* Die Einschränkung des Ersatzes immatriellen Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung. MDR 1963, 353-360.
- Braun, Stefan:* Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf. ZRP 2005, 135-136.
- Brauns, Johann:* Forum: Übrigens - Deutschland wird wieder totalitär. JuS 2002, 424-425.
- Breloer, Helge:* Haftung auch ohne Verschulden? – Die aktuelle BGH-Rechtsprechung zu Verkehrssicherungspflicht und Nachbarrecht. DS 2007, 297-303.
- Brockmeier, Dirk:* Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public. Unter besonderer Berücksichtigung des RICO-Act. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 70. Tübingen 1999. (Zitiert: *Brockmeier*, Punitive damages).
- Brors, Christiane:* Trial und Error im Diskriminierungsschutz: Die Rechtsprechung zum amerikanischen Arbeitsrecht im Jahr 2001 bis 2002. RdA 2003, 223-228.

- Brüggemeier, Gert:* EG-rechtskonforme Ausgestaltung des Schadensersatzes bei Geschlechtsdiskriminierung. ZEuP 1998, 752-765.
- Brüggemeier, Gert:* Prinzipien des Haftungsrechts - eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage. Baden Baden 1999. (Zitiert: *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts).
- Buchner, Herbert:* Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs bei der Entwicklung des Arbeitsrechts. ZfA 1993, 279-340.
- Bullinger, Martin:* Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung. In: *Ficker, Hans Claudius/König, Detlev u.a. (Hrsg.):* Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag. Tübingen 1978, S. 297-312. (Zitiert: *Bullinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte).
- Bungert, Hartwin:* Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Schadensersatzurteile in exorbitanter Höhe. ZIP 1992, 1707-1725. (Zitiert als *Bungert*, ZIP 1992).
- Busch, Sebastian:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Die Umsetzung in der Betriebsratspraxis – 50 Beispiele zur Diskriminierung. Frankfurt a. M. 2007. (Zitiert: *Busch*, AGG).
- Busche, Jan:* Privatautonomie und Kontrahierungszwang. Tübingen 1999. (Zitiert: *Busche*, Privatautonomie).
- Caemmerer, Ernst v.:* Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht. RabelsZ 42 [1978], S. 5-27.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.):* Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag. Neuwied, 3. Auflage 2007. (Zitiert: *Calliess/Ruffert/Verfasser*, EU- und EG-Vertrag).
- Canaris, Claus-Wilhelm:* Gewinnanschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag. Köln/Berlin/Bonn/München 1999, S. 85- 109. (Zitiert: *Canaris*, FS Deutsch).
- Canaris, Claus Wilhelm:* Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen. In: *Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.):* Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990. Berlin 1990, S. 519-571. (Zitiert: *Canaris*, FS Steindorf).
- Colneric, Ninon:* Voller Schadensersatz bei geschlechtsspezifischer Diskriminierung. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 2. August 1993 (Rechtssache C 271791, H. M. Mashall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority). ZEuP 1995, 646-654.
- Corderwer, Axel:* Strafschadensersatz, („Punitive damages“) im US-amerikanischen Law Of Torts. JA 1998, 167-176.
- Däubler, Wolfgang:* EG-Arbeitsrecht auf dem Vormarsch. NZA 1992, 577-585.
- Däubler, Wolfgang:* Völkerrecht und Europarecht in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte. In: Die Arbeitsgerichtsbarkeit. Festschrift zum

- 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes. Neuwied 1994, S. 619-651. (Zitiert: *Däubler*, Völkerrecht und Europarecht).
- Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar. 2. Auflage Baden-Baden 2008. (Zitiert: *Däubler/Bertzbach/Verfasser*, AGG).
- Defeis, Elizabeth F.:* Equality and the European Union. Georgia journal of international and comparative law 2004, 73-98.
- Deinert, Olaf:* Das Grundrecht auf Diskriminierung. AuR 2007, 424-425.
- Deinert, Olaf:* Diskriminierungen sind Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Welche Ansprüche können in welcher Höhe erhoben werden? AiB 2006, 741-744.
- Deutsch, Erwin:* Anmerkung zu BGH v. 13.10.1992. NJW 1993, 781-784.
- Deutsch, Erwin:* Allgemeines Haftungsrecht. Köln 2. Aufl. 1996. (Zitiert: *Deutsch*, Haftungsrecht).
- Dieterich, Thomas:* Die Arbeitsgerichte zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof. NZA 1996, 673-681.
- Dieterich, Thomas:* Zur Pflicht der Gerichte, das Recht fortzubilden. RdA 1993, 67-72.
- Diller, Martin:* Amerikanisierung des deutschen Arbeitsrechts. FA 2001, 97-98.
- Diller, Martin:* AGG-Hopping durch Schwerbehinderte. NZA 2007, 1321-1325.
- Diller, Martin/Krieger, Stefan/Arnold, Christian:* Kündigungsschutz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt? NZA 2006, 887-892.
- Dix, Alexander:* Gleichberechtigung durch Gesetz - die britische Gesetzgebung gegen die Diskriminierung der Frau im Arbeitsleben - ein Modell für die Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden, 1984. (Zitiert als *Dix*, Gleichberechtigung).
- Dornheim, Bertram:* Sanktionen und ihre Rechtsfolgen im BGB unter besonderer Berücksichtigung des § 241 a BGB. Berlin, 2005. (Zitiert: *Dornheim*, Sanktionen und ihre Rechtsfolgen).
- Dreier, Thomas:* Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Tübingen 2002. (Zitiert: *Dreier*, Kompensation und Prävention).
- Drolshammer, Jens/Schärer, Heinz:* Die Verletzung des materiellen ordre public als Verweigerungsgrund bei der Vollstreckung eines US-amerikanischen „punitive damages“-Urteil (Urteilsanmerkung). SJZ 1986, 309-318.
- Ebert, Ina:* Pönale Elemente im deutschen Privatrecht - von der Renaissance

- der Privatstrafe im deutschen Recht. Tübingen 2004. (Zitiert: *Ebert*, Pönale Elemente).
- Ehmann, Horst/Emmert Angela:* Grundlage, Zweck und Mißbrauch der Sanktionierungen des Diskriminierungsverbots. SAE 1997, 253-269.
- Ehrich, Christian:* Die Entschädigung nach § 611a Abs. 2 BGB – ein neuer „Nebenverdienst“? BB 1996, 1007-1008.
- Ehricke, Ulrich:* Die richtlinienkonforme und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts. Ein Beitrag zu ihren Grundlagen und zu ihrer Bedeutung für die Verwirklichung eines „europäischen Privatrechts“. RabelsZ 1995, 598, 617-644.
- Eich, Rolf-Achim:* Das Gesetz über die Gleichbehandlung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz. NJW 1980, 2329-2334.
- Eisemann:* Der Ersatz von immateriellen „Diskriminierungsschäden“. AuR 1988, 225-234.
- Epiney, Astrid:* Umgekehrte Diskriminierungen. Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht. Köln, München 1995. (Zitiert: *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen).
- Erfurter Kommentar:
Dieterich, Thomas/Müller-Glöge, Rudi (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. München, 10. Auflage 2010. (Zitiert: Erfurter Kommentar/*Verfasser*).
- Erfurter Kommentar:
Dieterich, Thomas/Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schaub, Günther (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. München, 6. Auflage 2006. (Zitiert: Erfurter Kommentar 2006/*Verfasser*).
- Erman, Walter/Westermann, Harm Peter/Aderhold, Lutz (Hrsg.):* Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG. Münster, 12. Auflage 2008. (Zitiert: *Erman/Verfasser*).
- Esser, Josef/Schmidt, Eike:* Schuldrecht Band I. Allgemeiner Teil, Teilband 2. Heidelberg, 8. Auflage 2000. (Zitiert *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Band I/2).
- Fastrich, Lorenz:* Gleichbehandlung und Gleichstellung. RdA 2000, 65-81.
- Fenske, Anja:* Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht. Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 118. Berlin 1998. (Zitiert als *Fenske*, Altersdiskriminierung).
- Fischer, Thomas:* Strafgesetzbuch. Kommentar. 57. Auflage, München 2010. (Zitiert: *Fischer*, StGB).
- Fleischer, Holger:* Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Delikts-

- recht. JZ 1999, 766-775.
- Franzen, Martin:* Privatrechtsangleichung durch die europäische Gemeinschaft. Berlin 1999. (Zitiert: *Franzen, Privatrechtsangleichung*).
- Franzen, Martin:* Rechtsangleichung der Europäischen Union im Arbeitsrecht. ZEuP 1995, 796-826.
- Freise, Rainer:* Überlegungen zur Änderung des Schadensersatzrechts. VersR 2001, 539-547.
- Friton, Pascal/Bug, Arnold:* Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die Regeungen wegen geschlechtsbezogener Benachteiligung im Arbeitsrecht. Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste. WD 6-3000-164/06.
- Gaier, Reinhard/Wendtland, Holger:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 2006 – eine Einführung in das Zivilrecht. München 2006. (Zitiert: *Gaier/Wendtland, AGG*).
- Gamillscheg, Franz:* Zum Fall Mahlburg - EuGH Urteil v. 3.2.2000, NZA 2000, S. 255. In: *Hohloch, Gerhard/Frank, Rainer/Schlechtriem, Peter (Hrsg.): Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*. Tübingen 2001, S. 21-32. (Zitiert: *Gamillscheg, FS Stoll*).
- Germelmann, Claas-Hinrich u. a. (Hrsg.):* Arbeitsgerichtsgesetz – Kommentar. München, 7. Auflage 2009. (Zitiert: *Germelmann/Verfasser, ArbGG*).
- Göpfert, Burkard/Siegrist, Carolin:* Diskriminierungsverdacht: Über den richtigen Umgang mit arbeitsrechtlichen Diskriminierungsfällen. ZIP 2006, 1710-1717.
- Götting, Horst-Peter:* Vom Right of Privacy zum Right of Publicity – Die Anerkennung eines Immaterialgüterrechts an der eigenen Persönlichkeit im amerikanischen Recht. GRURInt 1995, 656-669.
- Greger, Reinhard:* Anmerkung zu OLG München v. 09.05.1989, NJW 1989, 3102-3103. NJW 1989, 3103-3104.
- Grossfeld, Bernhard:* Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Frankfurt a. M./Berlin 1961. Aus der Reihe: *Hans Dölle (Hrsg.): Arbeiten zur Rechtsvergleichung – Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Hamburg Band 9*. (Zitiert: *Grossfeld, Die Privatstrafe*).
- Günther, Ernst:* Der amerikanische Rechtsanwalt und die Bar Associations. AnwBl 1969, S. 181-187.
- Günzel, Peer/Heilmann, Joachim:* Der Schutz behinderter Menschen im Arbeitsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika. RdA 2000, 341-345.
- Hadeler, Indra:* Die Revision der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG – Umsetzungsbedarf für das deutsche Arbeitsrecht. NZA 2003, 77-81.

- Hanau, Peter/Steinmeyer, Heinz-Dietrich/Wank, Rolf:* Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts. München 2002. (Zitiert: *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Arbeits- und Sozialrecht).
- Hahn, Oliver:* Auswirkungen der europäischen Regelungen zur Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht. Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zum U.S.-amerikanischen Arbeitsrecht. Baden-Baden 2006. (Zitiert: *Hahn*, Alterdiskriminierung).
- Hartmann, Christian:* Gleichbehandlung und Tarifautonomie, zur Ermittlung der Rechtsfolgen bei Gleichheitsverstößen in Tarifverträgen Duncker und Humblot Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht Nr. 133. Berlin 1994. (Zitiert: *Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie).
- Hauck, Friedrich:* Zur Vertragsstrafe im Arbeitsrecht im Lichte der Schuldrechtsreform. NZA 2006, 816-819.
- Hay, Peter:* Entschädigung und andere Zwecke. Zu Präventionsgedanken im deutschen Schadensersatzrecht, punitive damages und Art. 40 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB. In: *Hohloch, Gerhard/Frank, Rainer/Schlechtriem, Peter (Hrsg.): Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*. Tübingen 2001, S. 521-531. (Zitiert: *Hay*, FS Stoll).
- Hay, Peter:* Einführung in das amerikanische Recht. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 4. Aufl. 1995. (Zitiert: *Hay*, Einführung in das amerikanische Recht).
- Heidenberger, Peter:* Zur Vollstreckbarerklärung von US-Jury-Urteilen gegen deutsche Hersteller. Anmerkungen z dem Urteil des Landgerichts Berlin, RIW 1989, 988 ff. RIW 1990, 804-808.
- von Hein, Jan:* BVerfG gestattet Zustellung einer US-amerikanischen Klage auf Punitive Damages. RIW 2007, 249-255.
- Heinze, Meinhard:* Europäische Einflüsse auf das nationale Arbeitsrecht. RdA 1994, 1-11.
- Hellmer, Joachim:* Geerds, Friedrich/Naucke, Wolfgang (Hrsg.): Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965. Berlin 1966, S. 665-684. (Zitiert: *Hellmer*, FS Mayer).
- Herms, Sascha/Meinel, Gernod:* Vorboten einer neuen Ära: Das geplante Antidiskriminierungsgesetz. DB 2004, 2370-2373.
- Hergenröder, Curt Wolfgang:* Anmerkung zu EuGH v. 22.04.1997 („Draehmpaehl“), JZ 1997, 1174-1177.
- Herrmann, Elke:* Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip. ZfA 1996, 19-68.
- Heyn, Judith/Meinel, Gernot:* Rückenwind für Diskriminierungsklagen. Die Entscheidung des LAG berlin-Brandenburg vom 26.11.2008. NZA 2009, 20-23.
- Hirsch, Hans Joachim:* Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht. In: Bockelmann, Paul/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich (Hrsg.):

- Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag 1969, S. 304-326. (Zitiert: *Hirsch*, Festschrift für Engisch).
- Hoechst, Peter:* Zur Versicherbarkeit von punitive damages. VersR 1983, 13-18.
- Hoeren, Thomas:* High-noon im europäischen Immaterialgüterrecht – Überlegungen zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum. MMR 2003, 299-303.
- Hofmann-Riem, Wolfgang:* Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996. (Zitiert: Hofmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht).
- Honsell, Heinrich:* Die Funktion des Schmerzensgeldes. VersR 1974, 205-207.
- Horter, Carsten:* Der Strafgedanke im Bürgerlichen Recht. Zugleich ein Versuch der Neubewertung der Rechtsfolgen missbilligter Rechtsgeschäfte sowie Verletzungen des Körpers und des Persönlichkeitsrechts. Hamburg, 2004. (Zitiert: *Horter*, Strafgedanke).
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank:* Arbeitsrecht Band I - Individualarbeitsrecht. Berlin, 4. Auflage 2008. (Zitiert: *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I).
- v. Hülsen, Hans-Viggo:* Neue Entwicklung zur Produzentenhaftung in den USA. RIW 1981, 1-10.
- Hugger, Heiner:* Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung deutscher Gesetze. NStZ 1993, 421-424.
- Hummel, David:* Zum Anwendungsvorrang von EG-Richtlinien im Zivilrecht - Sinn und Zweck der EuGH-Vorlage des BGH zur Frage der Nutzungsentschädigung im Fall einer Ersatzlieferung an einen Verbraucher. EuZW 2007, 268-272.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo:* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. München, 9. Auflage 2007. (Zitiert: Jarass/Pieroth, GG).
- Jochum, Georg:* Der neue Art. 13 EGV oder „political correctness“ auf europäisch? ZRP 1999, 279-281.
- Juenger, Friedrich K.:* Der Kampf ums Forum. RabelsZ 46 (1982), S. 708-716.
- Juenger, Friedrich K./Reimann, Mathias:* Zustellung von Klagen auf punitive damages nach dem Haager Zustellungsübereinkommen. NJW 1992, 3274-3275.
- Junker, Abbo/Aldea, Oliver:* Europäisches Arbeitsrecht 2005/2006. RIW 2007, 1-10.
- Käppler, Renate:* Zu den Kompetenzen des Europäischen Gerichtshofs bei der Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. In: *Rengeling, Hans-Werner/Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.):* Europäisierung des Rechts - Ringvorlesung anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Instituts für Europarecht der Universität Osnabrück, S. 129-150. Köln 1995. (Zitiert: *Käppler*, Rechtsangleichung).

- Kaiser, Bernd:* Die Vertragsstrafe im Wettbewerbsrecht. Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz Band 106. Köln/Berlin/Bonn/München 1999. (Zitiert: *Kaiser*, Vertragsstrafe).
- Kamanabrou, Sudabeh:* Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligungen im Antidiskriminierungsrecht. ZfA 2006, 327-345.
- Kamanabrou, Sudabeh:* Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. RdA 2006, S. 321-339.
- Kandler, Johanna:* Sanktionsregelungen für Verstöße gegen die EG-Gleichbehandlungsrichtlinie (76/207/EWG) im deutschen Recht. Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht Band 92. Heidelberg 2003. (Zitiert: *Kandler*, Sanktionsregelungen).
- Kania, Thomas/Merten, Sonja:* Auswahl und Einstellung von Arbeitnehmern unter Geltung des AGG. ZIP 2001, S. 8-12.
- Kasper, Martin:* Strafschadensersatz im deutschen Arbeitsrecht? – Eine Analyse der Rechtsprechung. NZA-RR 2003, 1-5.
- Kaufmann, Arthur:* Strafrechtspraxis und sittliche Normen. JuS 1978, 361-367.
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus:* Internationales Privatrecht. München, 9. Auflage 2004. (Zitiert: *Kegel/Schurig*, IPR).
- Kern, Bernd-Rüdiger:* Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht? AcP 191 (1991), 249-272.
- Kern, Jan H. :* Schmerzensgeld im Arbeitsrecht – was kostet ein „Tritt ins Gesäß“? NZA 2000, 124-128.
- Kerwer, Christof:* Das europäische Gemeinschaftsrecht und die Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte. Köln 2003. (Zitiert: *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht).
- Kissel, Otto Rudolf:* Arbeitsrecht und Meinungsfreiheit. NZA 1988, 145-154.
- Kittner, Michael/ Däubler, Wolfgang/ Zwanziger, Bertram:* KSchR – Ein Kommentar für die Praxis. 7. Auflage 2008. (Zitiert als *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR).
- Kittner, Michael/Kohler, Thomas C.:* Kündigungsschutz in Deutschland und den USA. Beilage Nr. 4 zu BB 2000/13, S. 1-30.
- Klode, Michael:* Punitive Damages – Ein aktueller Beitrag zum US-amerikanischen Strafschadensersatz. NJOZ 2009, 1762-1773.
- Kloepfer, Michael:* Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts – aus öffentlich-rechtlicher Sicht. NuR 1990, 337-349.
- Klumpp, Steffen:* Die Privatstrafe - eine Untersuchung privater Strafzwecke. Zivilrechtlicher Schutz vor Zwangskommerzialisierung. Berlin 2002.

(Zitiert: *Klumpp*, Privatstrafe).

- Klumpp, Steffen:* Diskontinuität und ihre Folgen für das Antidiskriminierungsrecht. NZA 2005, 848-854.
- Knigge, Arnold:* Gesetzliche Neuregelung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz. BB 1980, 1272-1276.
- Koch, Harald:* Ausländischer Schadensersatz vor deutschen Gerichten
UT: Zur Anerkennung eines kalifornischen Urteils im deutschen Recht. NJW 1992, 3073-3075.
- Kocher, Eva:* Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Umsetzung des Gleichbehandlungsgebots. ArbuR 1998, 221-226.
- Koenig, Thomas H./Rustad, Michael L.:* In defense of tort law. New York and London 2001. (Zitiert: *Koenig/Rustad*, In defense of tort law).
- Körner, Marita:* Zur Aufgabe des Haftungsrechts - Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente. NJW 2000, 241-246.
- Kolmhuber, Martin/Schreiner, Paul:* Antidiskriminierung und Arbeitsrecht. Das neue Gleichbehandlungsgesetz in der Praxis. Köln 2006. (Zitiert: *Kolmhuber/Schreiner*, Antidiskriminierung und Arbeitsrecht).
- von Koppenfels, Katharina:* Das Ende der Vertragsfreiheit? – Erkenntnisse aus dem (vorläufig) gescheiterten zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetz für die Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG. WM 2002, 1489-1496.
- Korthaus, Hannah:* Das neue Antidiskriminierungsrecht – Die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und die Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht. Aachen 2006. (Zitiert: *Korthaus*, das neue Antidiskriminierungsrecht).
- Koziol, Helmut:* Schadensersatz für den Verlust einer Chance? In: *Hohloch, Gerhard/Frank, Rainer/Schlechtriem, Peter (Hrsg.)*: Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag. Tübingen 2001, S. 233-250. (Zitiert: *Koziol*, FS Stoll).
- KR: Becker, Friedrich/Bader, Peter/Etzel, Gerhard (Hrsg.):* Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften. Neuwied, 9. Auflage 2009. (Zitiert: *GK/Verfasser*).
- Krebsbach, Ulrich:* Europäische Sozialpolitik – Hemmschuh der Integration? Hamburg, 1974. (Zitiert: *Krebsbach*, Europäische Sozialpolitik).
- Kummer, Pierre M.:* Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2000/78/EG). Frankfurt a. M. 2003. (Zitiert: *Kummer*, Umsetzungsanforderungen).
- Kyriazis, Georgios:* Die Sozialpolitik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in Bezug auf die Gleichberechtigung männlicher und weiblicher Erwerbstätiger. Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 102.

- Berlin 1990. (Zitiert: *Kyriazis*, Sozialpolitik).
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried:* Handbuch des Schuldrechts, Band 1. Schadensersatz. Tübingen, 3. Auflage 2003. (Zitiert: *Lange/Schiemann*, Schadensersatz).
- Lansnicker, Frank/Schwirtzek, Thomas:* Die Konkurrentenklage im Arbeitsrecht – Nur noch Schadensersatz nach endgültiger Stellenbesetzung? NJW 2003, 2481-2485.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus Wilhelm:* Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, München, 14. Auflage 1987. (Zitiert *Larenz*, Schuldrecht I).
- Larenz, Karl/Canaris, Claus Wilhelm:* Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II, Besonderer Teil, 2. Halbband. München, 13. Auflage 1986. (Zitiert: *Larenz*, Schuldrecht II).
- Leser, Hans G.:* Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikts- und Gefährdungshaftungsrecht. AcP 183, (1983), S. 568-602.
- Lewis, Harold S./Norman, Elisabeth J.:* Employment discrimination law and practice. St. Paul, Minn. 2001. (Zitiert: *Lewis/Norman*, Employment discrimination).
- Leuchten, Alexius:* Der Einfluß der EG-Richtlinien zur Gleichbehandlung auf das deutsche Arbeitsrecht. NZA 2002, 1254-1261.
- Lingscheid, Anja:* Antidiskriminierung im Arbeitsrecht - neue Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht auf Grund der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und ihre Einfügung in das deutsche Gleichbehandlungsrecht. Berlin 2004. (Zitiert: *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht).
- Löw, Hans Peter:* BAG: Entscheidung wegen einer rechtsunwirksamen personenbedingten Kündigung. BB 2010, 643-644.
- Löwe, Henning:* Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht. - Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroline-Urteile des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl-Urteils des Europäischen Gerichtshofs. Frankfurt a. M. 1999. (Zitiert: *Löwe*, Gedanke der Prävention).
- Lorenz, Egon:* Immaterieller Schaden und billige Entschädigung in Geld. Eine Untersuchung auf der Grundlage des § 847 BGB. Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 65. Berlin 1981. (Zitiert: *Lorenz*, Immaterieller Schaden).
- Lüderssen, Klaus:* Opfer im Zwielficht. In: *Weigend, Thomas (Hrsg.): Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, S. 879-895. Berlin 1999. (Zitiert: *Lüderssen*, FS Hirsch).
- Luhmann, Niklas:* Die Legeshierarchie und die Trennung von Staat und Gesellschaft. In: *Böckenförde, Ernst-Wolfgang(Hrsg.): Staat und Gesellschaft. Wege der Forschung; Bd. 471, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976*, S. 275-289. (Zitiert: *Luhmann* in: *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft).

- Lutter, Marcus:* Die Auslegung angeglichenen Rechts. JZ 1992, 593-607.
- Martin, Klaus:* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung. Schriften zum Persönlichkeitsrecht. Band 2. Hamburg 2007. (Zitiert: *Martin*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht).
- Maier-Reimer, Georg:* Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr. NJW 2006, 2577-2583.
- Mayer, Udo:* Arbeits- und sozialrechtliche Probleme der Gewissensfreiheit. AuR 1985, 105-113.
- Medicus, Dieter:* Allgemeiner Teil des BGB. Heidelberg, 9. Auflage 2006. (Zitiert: *Medicus*, BGB AT).
- Medicus, Dieter:* Schuldrecht 1- Allgemeiner Teil. München, 18. Auflage 2008. (Zitiert: *Medicus*, Schuldrecht 1).
- Medicus, Dieter:* Bürgerliches Recht. Köln, 22. Auflage 2009. (Zitiert: *Medicus*, Bürgerliches Recht).
- Meier-Beck, Peter:* Herausgabe des Verletzergewinns – Strafschadensersatz nach deutschem Recht? GRUR 2005, 617-623.
- Meyer-Goßner, Lutz:* Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. München, 53. Auflage 2010. (Zitiert: *Meyer-Goßner*, StPO).
- Mengel, Anja:* Arbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Investigations. NZA 2006, 240-246.
- Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar. München 2007. (Zitiert: *Meinel/Heyn/Herms*, AGG).
- Mir Puig, Santiago:* Die Funktion der Strafe und die Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat. ZStW 1983, 413-458.
- Mörsdorf, Oliver:* Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH. EuR 2009, 219-240.
- Mörsdorf-Schulte, Juliana:* Strafschadensersatz – eine deutsche Hassliebe? NJW 2006, 1184-1186.
- Mörsdorf-Schulte, Juliana:* Funktion und Dogmatik US amerikanischer *punitive damages*. Zugleich ein Beitrag zur Diskussion um die Zustellung und Anerkennung in Deutschland. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 67., Tübingen 1999. (Zitiert: *Mörsdorf-Schulte*, Punitive Damages).
- Mohr, Jochen:* Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht. Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 – Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Ausrichtung – Darstellung der methodischen Grundlagen und Auslegung insbesondere des Anwendungsbereichs Arbeitsentgelt – unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung zur Geschlechtergleichheit. Berlin 2002. (Zitiert: *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen).

- Morris, Clarence:* Punitive Damages in Tort Cases. Punitive Damages and Liability Based on Fault. Harvard Law Review 44 [1930/31] 1173-1209.
- Müller, Christoph J. :* „Sexual Harassment“ – Unternehmenshaftung im US-Arbeitsrecht. RIW 1998, 765-775.
- Müller, Gerda:* Der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht. VersR 2008, 1141-1154.
- Müller, Peter:* Anmerkung zu BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 365/97, abgedruckt in MDR 1999, 489-491. MDR 1999, 750-751.
- Müller, Peter:* Der steinige Weg des § 611a BGB zur Europarechtskonformität – ein Plädoyer für die Wertungsoffenheit in Entscheidungsbegründungen. JA 2000, 119-123.
- Müller, Peter:* Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht. Berlin/New York 2000. (Zitiert: *Müller*, Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: *Säcker, Jürgen (Redaktion)/Thüsing, Gregor (Hrsg.):* Band 1. Allgemeiner Teil, 2. Halbband: AGG. München 5. Auflage 2007. (Zitiert als: Münchener Kommentar AGG/*Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch: *Rebmann, Kurt (Hrsg.):* Band 4. Schuldrecht – Besonderer Teil II. München 3. Auflage 1997. (Zitiert: Münchener Kommentar/*Bearbeiter*, 3. Auflage 1997).
- Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch: *Rebmann, Kurt (Hrsg.):* Band 4. Schuldrecht – Besonderer Teil II. München 4. Auflage 2005. (Zitiert: Münchener Kommentar/*Bearbeiter*, 4. Auflage 2005).
- Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch: *Rebmann, Kurt (Hrsg.):* Band 5. Schuldrecht – Besonderer Teil III. München 4. Auflage 2004. (Zitiert: Münchener Kommentar/*Bearbeiter*, 4. Auflage 2004).
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht. Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried (Hrsg.):* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht , Band I, Individualarbeitsrecht I. München, 2. Auflage 2000. (Zitiert: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Verfasser*).
- Mugdan, Benno:* Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Band II. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899. (Zitiert: *Mugdan*, Band II).
- Nehlsen v. Stryck, Karin:* Schmerzensgeld ohne Genugtuung. JZ 1987, 119-127.
- Neuner, Jörg:* Diskriminierungsschutz durch Privatrecht. JZ 2003, 57-66.

- Nickel, Rainer:* Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen GleichbehandlungsRL 2000/43/EG. NJW 2001, 2668-2672.
- Nicolai, Andrea:* Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – AGG – in der anwaltlichen Praxis. Bonn 2006. (Zitiert: *Nicolai*, AGG).
- Nicolai, Andrea:* Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. AnwBl 2006, 563-565.
- Nicolai, Andrea:* Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung – Einstellung schwangerer Arbeitnehmerin. Anmerkung zu EuGH Urteil vom 03.02.2000, Rs. C – 207/98. SAE 2001, 79-82.
- Nollert-Borasio, Christiane/Perreng, Martina:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen. Frankfurt a. M. 2006.(Zitiert: *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG).
- Note: Shapiro, David L./Hagoort, Thomas H. (u.a.):* Exemplary damages in the law of torts. HLR 70 (1956/57) 517-533.
- Oetker, Hartmut:* Anmerkung zu „Draehmpaehl“. ZIP 1997, 802-804.
- Osterloh, Lerke:* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. In: Veröffentlichungen der Vereinigten deutschen Staatsrechtslehrer, band 54: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. Berlin 1995. S. 204-242. (Zitiert: *Osterloh*, Privatisierung von verwaltungsaufgaben).
- Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd:* Schmerzensgeld bei Körperverletzungen. Eine ökonomische Analyse. JZ 1990, 563-573. (Zitiert: *Ott/Schäfer*, Ökonomische Analyse).
- Otto, Hansjörg:* Geschlechtsbezogene Diskriminierung, Schadensersatz, Höchstgrenzen/“Draehmpaehl“. Kurzkomentar zur Entscheidung des EuGH. EWiR 1998, 79-80.
- Owen, David G.:* Punitive damages in products liability Litigation. 74 Michigan Law Review [1975/76], S. 1257-1371.
- Palandt, Heinrich (Hrsg.):* Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. 65. Auflage München 2006. (Zitiert: *Palandt/Bearbeiter*, BGB, 65. Auflage 2006).
- Palandt, Heinrich (Hrsg.):* Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. 69. Auflage München 2010. (Zitiert: *Palandt/Bearbeiter*, BGB).
- Pfarr, Heide:* Das zweite Gleichberechtigungsgesetz. RdA 1995, 204-211.
- Pfarr, Heide / Bertelsmann, Klaus:* Gleichbehandlungsgesetz. Zum Verbot der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben. Hessendienst der Staatskanzlei, Wiesbaden 1985. (Zitiert als *Pfarr/Bertelsmann*, Gleichbehandlungsgesetz).
- Picker, Eduard:* Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm? JZ 2003, 540-545.

- Picker, Eduard:* Antidiskriminierung im Zivil- und Arbeitsrecht. ZfA 2005, 167-188.
- Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard:* Staatsrecht II – Grundrechte. Heidelberg, 25. Auflage 2009. (Zitiert: *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II).
- Post, Claudia:* Yellow Press und Privacy: Die Rechtsprechung des US Supreme Court. GRUR Int 2006, 283-292.
- Preis, Ulrich:* Hehre Ziele, fragwürdige Vorschriften. Das geplante Antidiskriminierungsgesetz und seine Folgen. Personalführung 2005 (Jahrgang 38), Heft 4, 6-8.
- Preis, Ulrich:* Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht - Der Fall „Mangold“ und die Folgen. NZA 2006, 401-410.
- Preuß, Ulrich K.:* Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen - Anmerkung zu BAG v. 20.12.1984, 2 AZR 436/83 (zuvor abgedruckt). AuR 1986, 382-384.
- Prosser, William Lloyd/ Keeton, W. Page:* Prosser and Keeton on the law of torts – The law of torts. St. Paul, Minn., 5th ed., 1984. (Zitiert: *Prosser/Keeton*, On Torts).
- Raab, Thomas:* Neuregelung der Entschädigung bei Benachteiligung wegen des Geschlechts durch den Arbeitgeber. DStR 1999, 854-861.
- Rawls, John:* A Theory of Justice. Oxford 1971. (Zitiert: *Rawls*, A Theory of Justice).
- Redden, Kenneth R. :* Punitive Damages. The Michie Company Law Publishers Charlottesville, Virginia 1980. (Zitiert: *Redden*, Punitive Damages).
- Reichold, Hermann:* Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit – arbeitsrechtliche Erfahrungen mit Diskriminierungsregeln. JZ 2004, 384-393.
- Reichold, Hermann:* Diskriminierungsschutz und Verfassungsrecht, ZfA 2006, 257-271.
- Reichold, Herrmann/ Hahn, Oliver/Heinrich, Martin:* Neuer Anlauf zur Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien: Plädoyer für ein Artikelgesetz. NZA 2005, 1270-1276.
- Rengier, Bernhard:* Betriebliche Altersversorgung und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, 1251-1257.
- Repgen, Tilman:* Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des *ius commune*? In: *Weber, Christoph/Steinbeck, Anja (Hrsg.):* Europäisierung des Privatrechts - Zwischenbilanz und Perspektiven. Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1997. Mainzer Tagung 10.-13. September 1997. S. 9-36.
- Richardi, Reinhard:* Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. München, 12. Auflage 2010. (Zitiert: *Richardi/ Bearbeiter*, BetrVG).

- Richardi, Reinhard:* Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. NZA 2006, 881-887.
- Ring, Gerhard::* Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot im allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. ZGS 2006, 371-375.
- Rosengarten, Joachim:* Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht – Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer *punitive damages*? NJW 1996, 1935-1938.
- Roxin, Claus:* Zur Wiedergutmachung als einer „dritten Spur“ im Sanktionssystem. In: *Arzt, Gunther/Fezer, Gerhard/Weber, Ulrich/Schlüchter, Elle/Rössner, Dieter (Hrsg.): Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag.* Bielefeld 1992, S. 243-254. (Zitiert: *Roxin, FS Baumann.*)
- Roxin, Claus:* Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München 4. Auflage 2006. (Zitiert: *Roxin, Strafrecht.*)
- Rudolf, Beate/Mahlmann, Matthias:* Gleichbehandlungsrecht. Handbuch. Baden-Baden 2007. (Zitiert: *Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht.*)
- Ruffert, Matthias:* Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts. DVBl 1998, 69-75.
- Rust, Ursula/Falke, Josef (Hrsg.):* AGG. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften. Kommentar. Berlin 2007. (Zitiert: *Rust/Falke/Verfasser, AGG.*)
- Sabella, Joseph D.::* Stand der Arzthaftpflichtversicherung in den USA. VersR 1990, 1186-1193.
- Sachs, Michael:* Zu den Folgen von Gleichheitsverstößen in Tarifverträgen. RdA 1989, 25-35.
- Säcker, Franz-Jürgen:* „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner. Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes. ZRP 2002, 286-290.
- Sagan, Adam:* Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. NZA 2006, 1257-1260.
- Sales, James:B./Cole, Kenneth B. Jr.:* Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins. *Vanderbilt Law Review* 37 (1984), 1117-1172.
- Salzwedel, Jürgen:* Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung. In: *Carstens, Karl/Peters, Hans (Hrsg.): Festschrift für Hermann Jahrreiss.* Berlin 1964, S. 339-353. (Zitiert: *Salzwedel, FS Jahrreiss.*)
- Schäfer, Carsten:* Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht. AcP 2002, 397-434.

- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus:* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Berlin 4. Aufl. 2004. (Zitiert: *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse).
- Schaub, Günther:* Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis. München, 13. Auflage 2009. (Zitiert: *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch).
- Schiek, Dagmar:* Zweites Gleichberechtigungsgesetz für die Privatwirtschaft. Textausgabe mit Kurzkommentierung zum Beschäftigtenschutzgesetz, arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgesetz und zu anderen Gleichbehandlungsvorschriften. Köln 1995. (Zitiert: *Schiek*, Zweites Gleichbehandlungsgesetz)
- Schiek, Dagmar:* Europäisches Arbeitsrecht. Baden-Baden, 3. Auflage 2007. (Zitiert: *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht).
- Schiek, Dagmar (Hrsg.):* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – ein Kommentar aus europäischer Perspektive. München 2007. (Zitiert: *Schiek/Verfasser*, AGG).
- Schiek, Dagmar:* Diskriminierung wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“ – Probleme bei der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht. AuR 2003, 44-51.
- Schiek, Dagmar:* Gleichbehandlungsrichtlinien in der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht. NZA 2004, 873-944.
- Schiek, Dagmar:* Grundsätzliche Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote nach der Entscheidung Mangold. AuR 2006, 145-150.
- Schiek, Dagmar/ Horstkötter, Inge:* Kündigungsschutz via Diskriminierungsverbot. NZA 1998, 863-868.
- Schlachter, Monika (Hrsg.):* Casebook Europäisches Arbeitsrecht. Baden-Baden 2005. (Zitiert: *Schlachter*, Casebook Europäisches Arbeitsrecht).
- Schlachter, Monika:* Einstellung schwangerer Bewerberinnen, Benachteiligungsverbot/„Mahlburg“. Kurzkommentar zur Entscheidung des EuGH. EWIR 2000, 249-250.
- Schleusener, Aino/Suckow, Jens/Voigt, Burkhard:* AGG – Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Neuwied, 2. Auflage 2008. (Zitiert: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG).
- Schneider, Christian:* Erfüllungszwang bei Gewinnzusagen – vefassungsgemäß? BB 2002, 1653-1658.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lencker, Theodor:* Strafgesetzbuch. Kommentar. München, 28. Auflage 2010. (Zitiert: *Schönke/Schröder*, StGB).
- Scholz, Rupert:* Gleichbehandlung von Männern und Frauen – Entschädigung bei Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot. Gemeinsame Anmerkung zu den EuGH Urteilen vom 10.04.1984 Rs. C – 78/83 und

- 14/83. SAE 1984, 250-253.
- Schmidt, Jürgen:* Prävention als Zielbestimmung im Zivilrecht. KritV 1986, 83-103.
- Schmitt- Glaeser, Walter:* Die Sorge des Staates um die Gleichberechtigung der Frau. DÖV 1982, 381-385.
- Schneider, Christian:* Erfüllungszwang bei Gewinnzusage – verfassungsmäßig? BB 2002, 1653-1658.
- Schreier, Michael:* Das AGG in der zivilrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2007, 308-312.
- Schütze, Rolf:* In: Habscheid, Walther-J./Schwab, Karl Heinz (Hrsg.): Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit (FS für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag): Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung US-amerikanischer Schadensersatzurteile in Produkthaftungssachen in der Bundesrepublik Deutschland. (Zitiert: Schütze, FS Nagel).
- Schwab, Rouven:* Diskriminierende Stellenanzeigen durch Personalvermittler. NZA 2007, 178-179.
- Schwarze, Thorsten:* „Das Ende des Schreckens?“ – Beschränkung der *punitive damages* durch den US-Supreme Court. NZG 2003, 804-807.
- Seitz, Walter:* Prinz und Prinzessin – Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit. NJW 1996, 2848-2850.
- Siehr, Kurt:* Internationales Privatrecht. Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis. Heidelberg 2001. (Zitiert: *Siehr*, Internationales Privatrecht).
- Siehr, Kurt:* Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Verurteilungen zu “*punitive damages*“. RIW 1991, 705-709.
- Söllner, Alfred:* Das Arbeitsrecht im Spannungsfeld zwischen dem Gesetzgeber und der Arbeits- und Verfassungsgerichtsbarkeit. NZA 1992, 721-731.
- Soergel, Hans Theodor/Siebert, Wolfgang/Wolf, Manfred/Abraham, Hans Jürgen/Damrau, Jürgen/Konzen, Horst (Hrsg.):* Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. Stuttgart, 13. Auflage. (Zitiert: *Soergel/Verfasser*).
- Sonntag, Esther:* Entwicklungstendenzen der Privatstrafen. Strafschadensersatz im antiken römischen, deutschen und US-amerikanischen Recht. Berlin 2005. (Zitiert: *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen).
- Sosnitzka, Olaf:* Wettbewerbsrechtliche Sanktionen im BGB: Die Reichweite des neuen § 241a BGB. BB 2000, 2317-2322.
- Sowka, Hans-Harald:* Die Frage nach der Schwangerschaft. NZA 1994, 967-971.

- Staudinger, J. v.:* Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Nebengesetzen. Kommentar. Berlin, 12. Auflage ff., 13. Bearbeitung 1999 ff.. (Zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Staudinger, J. v.:* Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Nebengesetzen. Kommentar. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611-615 (Dienstvertragsrecht 1). Berlin, 2005. (Zitiert: *Staudinger /Bearbeiter*, BGB 2005).
- Staudinger, Ansgar:* Schadensersatzrecht – Wettbewerb der Ideen und der Rechtsordnungen. NJW 2006, 2433-2439.
- Steffen, Erich:* Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien. Ein Plädoyer gegen formelhafte Berechnungsmethoden bei der Geldentschädigung. NJW 1997, 10-14.
- Steinau-Steinrück, Robert/
Schneider, Volker/ Wagner,
Tobias:* Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes: Ein Beitrag zur Kultur der Antidiskriminierung? NZA 2005, 28-32.
- Steinkühler, Bernhard:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Die Umsetzug des AGG im Betrieb mit Handlungsempfehlungen für die Praxis. Arbeitsrecht in der betrieblichen Praxis, Band 38. Berlin 2007. (Zitiert: *Steinkühler*, AGG).
- Stiefel, Ernst/Stürner, Rolf:* Die Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Schadensersatzurteile in exzessiver Höhe. VersR 1987, 829-835.
- Streng, Franz:* Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen. Stuttgart 2. Auflage 2002. (Zitiert: *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen).
- Stoll, Hans:* Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag. In: Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentags, Bd. I (Gutachten), hg. Von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags Karlsruhe 1964, Teil I, München 1961, S. 1-164. (Zitiert: *Stoll*, Gutachen für den 45. Deutschen Juristentag).
- Straky, Randolph:* Das Privatleben Prominenter als Verfassungsproblem. Ein Rechtsvergleich mit Frankreich und England unter Einbezug von Internetpublikationen. Hrsg.: *Riedel, Eibe*. Studien zum internationalen, europäischen und öffentlichen Recht. Band 18. Frankfurt am Main, 2006. (Zitiert: *Straky*, Das Privatleben Prominenter).
- Streinz, Rudolf :* Europarecht. Heidelberg, 8. Auflage 2008. (Zitiert: *Streinz*, Europarecht).
- Sunstein, Cass R./Kahneman,
Daniel/Schkade, David:* Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law). Yale Law Journal, Vol. 107 (1981), 2071-2153.
- Thüsing, Gregor/Hoff, Konrad
v.:* Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. NJW 2007, 21-26.

- Thüsing, Gregor:* Europäisches Arbeitsrecht. München 2008. (*Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht).
- Thüsing, Gregor:* Die Entwicklung des US-amerikanischen Arbeitsrechts in den Jahren 1997 und 1998 – Teil 2. NZA 1999, 693-697.
- Thüsing, Gregor:* Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote. München 2007. (*Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz).
- Thüsing, Gregor:* Die Entwicklung des US-amerikanischen Arbeitsrecht in den Jahren 1999 und 2000. NZA 2001, 939-946.
- Thüsing, Gregor:* Die Entwicklung des US-amerikanischen Arbeitsrecht in den Jahren 1997 und 1998 – Teil 2. NZA 1999, 693-697.
- Thüsing, Gregor:* Handlungsbedarf im Diskriminierungsrecht – Die Umsetzungserfordernisse aufgrund der Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG. NZA 2001, 1061-1064.
- Thüsing, Gregor:* Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht. ZfA 2001, 397-397.
- Thüsing, Gregor:* Vom Kopftuch als Angriff auf die Vertragsfreiheit. NJW 2003, 405-407.
- Thüsing, Gregor:* Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich. Sonderbeilage zu NZA Heft 22/2004, S. 3-16.
- Tödtmann, Ulrich:* Der Einfluß des EuGH auf die Gleichstellung von Mann und Frau. DB 1998, 2322-2324.
- Toy, Amelia J.:* Statutory punitive damage caps and the profit motive: an economic perspective. Emory Law Journal Vol. 40 (1991), 303-340.
- Treber, Jürgen:* Arbeitsrechtliche Neuerungen durch das „Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Arbeitsgerichtsgesetzes“. NZA 1998, 856-863.
- Treber, Jürgen:* Entschädigung bei diskriminierenden Bewerbungsverfahren - Überlegungen zur schadensrechtlichen Einordnung des Gesetzesentwurfs über die Neufassung von § 611 a BGB. DZWir 1998, 177-186.
- Trute, Hans-Heinrich:* Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung. DVBl 1996, 950-964.
- Tschöpe, Ulrich:* Der allgemeine Kündigungsschutz – Stiefkind europäischer Rechtsanpassung. NZA-RR 2003, 393-400.
- Volmer, Michael:* „Punitive Damages“ im deutschen Arbeitsrecht? - Besprechung des EuGH-Urteils „Nils Draehmpaehl“. BB 1997, 1582-1585.
- Volk, Klaus:* Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfas-

- sungsgerichtes, ZStW 83 (1971), S. 405 - 434.
- Volz, Heike:* Ansätze zur Einschränkung übermäßiger Gebühren der Rechtsanwälte bei Punitive damages. VersR 1987, 229-236.
- Waas, Bernd:* Die neue EG-Richtlinie zum Verbot der Diskriminierung aus rassistischen oder ethnischen Gründen im Arbeitsrecht. ZIP 2000, 2151-2155.
- Wagner, Gerhard:* Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden. Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006. (Zitiert: *Wagner*, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag).
- Wagner, Gerhard:* Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 [2006], 352-476.
- Wagner, Christean:* Antidiskriminierungsgesetz – Ein neuer Anlauf. ZRP 2005, 136-137.
- Wendeling-Schröder, Ulrike:* Der Wert des entgangenen Arbeitsplatzes – Anmerkungen zur gesetzlichen Neuregelung der Entschädigung im Fall einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung. DB 1999, 1012-1017.
- Wendeling-Schröder, Ulrike/Buschkröger, Katja:* Sanktionen bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen - Anmerkung zu EuGH vom 22.04.1997 – Rs. C. 180/95, DB 97, 983 (Draehmpaehl).
In: *Klebe, Wolfgang/Wedde, Peter/Wolmerath, Martin (Hrsg.):* Recht und soziale Arbeitswelt. Festschrift für Wolfgang Däubler. Frankfurt am Main 1999, S. 127-142. (Zitiert: *Wendeling/Buschkröger*, FS Däubler).
- Westphalen, Friedrich Graf v.:* „Punitive Damages“ in US-amerikanischen Produkthaftungsklagen und der Vorbehalt des Art. 12 EGBGB. RIW 1981, 141-149.
- Wickler, Peter:* Ausgleich von immateriellen Schäden bei mobbingbedingten Persönlichkeits- und Gesundheitsverletzungen. AuR 2004, 87-93.
- Wiedemann, Herbert:* Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht. Tübingen 2001. (Zitiert als *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote).
- Wiedemann, Herbert/Thüsing, Gregor:* Vorläufiger DiskE eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht. DB 2002, 470-471.
- Wiese, Günther:* Der Ersatz des immateriellen Schadens. Tübingen, 1964. (Zitiert als *Wiese*, Ersatz des immateriellen Schadens).
- Wiese, Günther:* Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses – BAG Betr 1989, 2279. JuS 1990, 357-362.
- Willemsen, Heinz-Josef/Schweibert, Ulrike:* Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsge-

setz. NJW 2006, 2583-2592.

- Wisskirchen, Gerlind:* Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, des Europäischen Gerichtshofes und des U.S. Supreme Court. Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht Band 129. Duncker & Humblot, Berlin 1994. (Zitiert als *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung).
- Wisskirchen, Gerlind:* Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz - Ein „Kochrezept“ für Arbeitgeber. DB 2006, 1491-1499.
- Wisskirchen, Gerlind/Bissels, Alexander:* Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG. NZA 2007, 169-174.
- Wißmann, Hellmut:* EuGH: Neues zur Geschlechtsdiskriminierung – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 8.11.1990, DB 1991, 286. DB 1991, 650-653.
- Wolff, Alexander:* Kulturrevolution im Arbeitsrecht - Worauf sich Arbeitgeber einstellen müssen. AuA 2005, 82- 85.
- Worzalla, Michael:* Die Haftung des Arbeitgebers wegen geschlechtsspezifischer Diskriminierung bei Einstellung nach der neuen Rechtsprechung des EuGH. NJW 1997, 1809-1812.
- Worzalla, Michael:* Die Folgen geschlechtsspezifischer Diskriminierung nach dem 2. Gleichberechtigungsgesetz. DB 1994, 2446-2449.
- Zekoll, Joachim:* Änderungen im System der Punitive damages? VersR 1992, 1059-1063.
- Zekoll, Joachim:* US-amerikanisches Haftpflichtrecht – Mythos und Realität. NJW 1999, 2163-2165.
- Zimmer, Michael J./Sullivan, Charles A./ White, Rebecca Hanner:* Cases and Materials on employment Discrimination. New York, 6th ed. 2003. (Zitiert: *Zimmer/Sullivan/White*, Employment Discrimination).
- Zuleeg, Manfred:* Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu beruflicher Tätigkeit. RdA 1984, 325-332.
- Zwanziger, Bertram:* Die Neuregelung des Verbots der Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsrecht. DB 1998, 1330-1333.
- Zwanziger, Bertram:* Die Rechtsprechung des EuGH: Ein Sprengsatz für das nationale Arbeitsrechtssystem? BB 1995, 1404-1408.
- Zweigert Konrad /Kötz, Hein:* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen 2. Aufl. 1996. (Zitiert: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung).