

HAFTUNGS- UND VERSICHERUNGSRECHT

Rechtliche Probleme der vertraglichen
und außervertraglichen Haftung
sowie des Versicherungsrechts

8

Jana Kossak

Rechtsfolgen eines
Verstoßes gegen das
Benachteiligungsverbot
im allgemeinen
Zivilrechtsverkehr



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Problemstellung	2
B. Genese des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes	4
C. Gang der Untersuchung	5
1. Teil: die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Sanktionierung von Diskriminierungen	9
A. Überblick über die Regelungsziele der Antidiskriminierungsrichtlinien	9
I. Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht	10
II. Diskriminierungsschutz im allgemeinen Zivilrechtsverkehr	10
1. Antirassismus-Richtlinie: Anwendungsbereich und Zielsetzung	11
2. Gender-Richtlinie Zivilrecht: Anwendungsbereich und Zielsetzung	11
3. Zusammenschau der Richtlinienziele	12
B. Die Richtlinienvorgaben für die Sanktionierung von Diskriminierungen	12
I. Vorgaben der Antirassismus-Richtlinie	13
1. Einheitliche Vorgaben für die Sanktionen in Arbeitsrecht und allgemeinem Zivilrechtsverkehr	13
2. Nichtigkeit zuwiderlaufender Vereinbarungen	14
3. Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen	14
4. Recht zum opt out bei Schadensersatzansprüchen	15
II. Vorgaben der Gender-Richtlinie Zivilrecht	15
1. Einheitliche Vorgaben für die Sanktionen in Arbeitsrecht und allgemeinem Zivilrechtsverkehr	15
2. Nichtigkeit zuwiderlaufender Vereinbarungen	16
3. Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen	16
4. Zwingende Erforderlichkeit von Schadensersatzansprüchen	17
III. Zusammenschau der Vorgaben beider Richtlinien	18
IV. Kommissionsvorschlag für eine neue Antidiskriminierungsrichtlinie	19
C. Die Rechtsprechung des EuGH zur Sanktionierung von Diskriminierungen	20
I. Die relevanten Aussagen des EuGH in Bezug auf die Sanktionen	21
1. Ausgangspunkt: Freiheit in der Wahl der Sanktionsinstrumente	22
2. Gleichbehandlungsgebot	23
3. Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen	23
a) Wirksame Sanktionen	24
b) Abschreckende Sanktionen	25
c) Verhältnismäßige Sanktionen	25

4. Zivilrechtliche Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gleichheit	25
5. Besondere Anforderungen an Schadensersatzansprüche	26
II. Übertragbarkeit der Aussagen auf die Vorgaben der neuen	
Antidiskriminierungsrichtlinien	27
1. Gebrauch ähnlicher Formulierungen	28
2. Durchsetzung eines zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots	29
3. Nachfolgerichtlinie formuliert wie Gender-Richtlinie Zivilrecht	31
4. Zwischenergebnis und Maßstab für die Auslegung	31
III. Konsequenzen für die Auslegung der Richtlinienvorgaben	32
1. Gleichbehandlungsgebot	32
2. Anforderungsdreiklang	32
3. Vertragschlusszwang oder angemessene und vollständige Wiedergutmachung bei diskriminierender Vertragsverweigerung	33
4. Zivilrechtliche Regelungen zur wirksamen Wiedergutmachung	34
5. Besondere Anforderungen an Schadensersatzansprüche	34
D. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die deutsche Umsetzung:	
Erfordernis eines deutschen Legislativakts	34
I. Maßstab	35
1. Allgemeine Grundsätze	35
2. Kein zwingendes Tätigwerden des Gesetzgebers	36
3. Prüfungsmaßstab	37
II. Gemeinschaftsrechtskonformität durch zivilrechtliche Generalklauseln ...	38
III. Erforderlichkeit eines speziellen Legislativakts	38
1. Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung	39
2. Mangel an Transparenz und Bestimmtheit der Generalklauseln	40
a) Strenger Maßstab wegen des Individualschutzes der Richtlinien	40
b) Generalklauseln zu unbestimmt	41
c) Unsicherheiten in Literatur und Rechtsprechung	42
d) Zwischenergebnis	42
IV. Ergebnis	43
E. Konsequenzen für die Auslegung nationalen Rechts:	
Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung	43
I. Herleitung, Bedeutung und Methoden	43
II. Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung	45
1. Zur Umsetzung ergangene Regelungen	45
2. Überschießende Regelungen	46
a) Keine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung	47
b) Einheitliche Auslegung im Regelfall	48
III. Ergebnis	49
F. Zusammenfassung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben	49

2. Teil: die deutsche Regelung des allgemein-zivilrechtlichen Haftungstatbestands	51
A. Überblick über die Regelungsstruktur	51
B. Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots	52
I. Sachlicher Anwendungsbereich.....	53
1. Erfasste Schuldverhältnisse.....	53
a) Massengeschäfte, § 19 I Nr. 1 Alt. 1 AGG.....	54
b) Massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte, § 19 I Nr. 1 Alt. 2 AGG..	57
c) Der Öffentlichkeit zur Verfügung stehende Verträge, § 2 I Nr. 8 AGG.....	60
2. Bereichsausnahmen, ausgenommene Rechtsverhältnisse.....	63
a) Familien- oder erbrechtliches Schuldverhältnis, § 19 IV AGG.....	63
b) Besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis, § 19 V AGG.....	65
II. Personaler Anwendungsbereich.....	68
1. Verpflichteter des Benachteiligungsverbots.....	68
a) Keine Bindung des nachfragenden Kunden.....	68
b) Bindung des Anbieters.....	69
c) Bindung der auf Anbieterseite tätigen Hilfspersonen.....	70
aa) Qualifikation der Haftung für Benachteiligungen.....	72
(1) Vertraglicher Charakter der Haftung.....	73
(2) Deliktischer Charakter der Haftung.....	74
(3) Hybrider Charakter der Haftung.....	76
bb) Grammatische Erwägungen und Gesetzesbegründung.....	78
cc) Systematik.....	79
dd) Teleologische Auslegung.....	79
ee) Ergebnis.....	81
d) Ergebnis.....	82
2. Berechtigter.....	83
C. Objektiver Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot	85
I. Verbotene Handlungen, § 3 AGG.....	85
1. Unmittelbare Benachteiligungen, § 3 I AGG.....	86
a) Objektive Seite.....	86
b) Subjektive Seite.....	87
c) Beispielsfälle.....	89
d) Sonderfall: Benachteiligung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft.....	90
2. Mittelbare Benachteiligungen, § 3 II AGG.....	91
a) Objektive Seite.....	91
b) Subjektive Seite.....	92
c) Beispielsfälle.....	92
3. Belästigung, § 3 III AGG.....	93
4. Anweisung zu Diskriminierungen, § 3 V AGG.....	94

II. Rechtfertigung durch zulässige Unterscheidungskriterien	95
1. Sachliche Gründe, § 20 I AGG	96
a) Regelbeispiele, § 20 I 2 Nr. 1 bis 4 AGG	97
b) Andere sachliche Gründe, § 20 I 1 AGG	99
aa) Berücksichtigung diskriminierender Kundenwünsche im Geschäftsverkehr	100
bb) Berücksichtigung diskriminierender Mieterinteressen	101
cc) Sachliche wirtschaftliche Erwägungen ohne demütigendes Element	102
dd) Allgemeine Rechtfertigungsgründe	103
2. Positive Maßnahmen, § 5 AGG	104
D. Zusammenfassung	105

3. Teil: die Ansprüche zur Sanktionierung von Benachteiligungen nach deutschem Recht

A. Überblick über die Ansprüche	107
B. Diskriminierungsrechtliche Primäransprüche, § 21 I AGG	108
I. Überblick	108
II. Beseitigungsanspruch, § 21 I 1 AGG	109
1. Überblick und systematische Einordnung	109
a) Vertragliche Beseitigungsansprüche	109
b) Quasi-negatorischer Beseitigungsanspruch, § 1004 BGB	110
c) Wettbewerbsrechtliche Beseitigungsansprüche	111
2. Anspruchsvoraussetzungen	112
a) Objektiver Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot	112
b) Beeinträchtigung	113
aa) Schutzgutbezogene Auslegung	114
bb) Einzelne Fallkonstellationen	116
(1) Einmaliger Leistungsaustausch	116
(2) Dauerschuldverhältnisse	117
(3) Zutritt zu Veranstaltungen	117
(4) Generelle Vertragsverweigerung	117
c) Rechtswidrigkeit	118
d) Verschuldensunabhängigkeit	121
e) Keine Unmöglichkeit der Beseitigung	122
3. Berechtigter und Verpflichteter	122
a) Erforderlichkeit der Zurechnung	123
b) Art der Zurechnung	124
aa) Grundsätze der Störerhaftung	124
bb) Unterscheidung nach Stadium des geschäftlichen Kontakts	125
cc) Ergebnis	126
4. Anspruchsinhalt	127

a)	Kein Anspruch auf Beseitigung der Folgeschäden	127
aa)	Abgrenzung zum Folgenbeseitigungsanspruch.....	127
bb)	Abgrenzung zum Schadensersatzanspruch.....	128
(1)	Erfordernis der Abgrenzung.....	128
(2)	Übertragbarkeit der Abgrenzungsprobleme beim negatorischen Beseitigungsanspruch	129
(3)	Abgrenzungskriterien.....	131
b)	Kein Anspruch auf Abwehr künftiger Beeinträchtigungen.....	132
c)	Anspruch auf Abstellung des benachteiligenden Zustands für die Zukunft	133
III.	Unterlassungsanspruch, § 21 I 2 AGG	134
1.	Überblick und systematische Einordnung.....	135
2.	Anspruchsvoraussetzungen.....	135
a)	Wiederholungsgefahr	136
b)	Erstbegehungsgefahr.....	137
3.	Berechtigter und Verpflichteter	139
4.	Anspruchsinhalt.....	139
a)	Unmittelbare Benachteiligung.....	139
b)	Mittelbare Benachteiligung	140
c)	Anweisung	140
d)	Faktische Benachteiligung und Belästigung.....	140
e)	Störermehrheit.....	140
IV.	Kontrahierungsanspruch	141
1.	Existenz eines diskriminierungsrechtlichen Kontrahierungszwangs	141
a)	Keine Existenz eines diskriminierungsrechtlichen Kontrahierungszwangs	142
b)	Existenz eines diskriminierungsrechtlichen Kontrahierungszwangs .	143
c)	Stellungnahme.....	144
aa)	Grammatikalische Auslegung.....	144
bb)	Gesetzsystematische Auslegung	145
cc)	Historische Auslegung	146
dd)	Teleologische Auslegung.....	148
ee)	Richtlinienorientierte Auslegung.....	149
ff)	Verfassungskonforme Auslegung.....	151
(a)	Maßgeblichkeit deutscher Grundrechte	152
(b)	Prüfungsumfang und – maßstab	153
(c)	Keine evidente Unverhältnismäßigkeit des Kontrahierungsanspruchs	154
gg)	Ergebnis.....	155
2.	Überblick und systematische Einordnung.....	156
3.	Anspruchsvoraussetzungen.....	158
a)	Diskriminierungsrechtlich unzulässige Vertragsverweigerung	159

b) Andauernde Beeinträchtigung beim beseitigungsrechtlichen Kontrahierungsanspruch.....	159
c) Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr beim vorbeugenden Kontrahierungsanspruch.....	160
d) Kausalität.....	161
aa) Maßgebliche Kriterien.....	163
bb) Fallkonstellationen.....	165
(1) Massengeschäfte und diesen gleichgestellte Geschäfte	166
(2) Geschäfte i. S. d. § 2 I Nr. 8 AGG.....	167
(3) Ergebnis.....	167
e) Keine Unmöglichkeit i. S. d. § 275 BGB.....	168
f) Hinreichende Bestimmtheit des intendierten Vertrags	169
4. Anspruchsinhalt.....	169
V. Zwischenergebnis und Gesamtbetrachtung der Primäransprüche	170
C. Diskriminierungsrechtliche Sekundäransprüche, § 21 II AGG.....	171
I. Systematik des § 21 II AGG	172
II. Anspruch auf Schadensersatz für materielle Schäden, § 21 II 1 AGG ...	174
1. Überblick und systematische Einordnung	175
2. Anspruchsvoraussetzungen.....	175
a) Verwirklichung des allgemein-zivilrechtlichen Haftungstatbestands	175
b) Vertretenmüssen, § 21 II 2 AGG.....	176
aa) Maßstab gem. § 276 BGB	176
bb) Zurechnung fremden Verschuldens.....	177
cc) Praktische Bedeutung der Exkulpationsmöglichkeit	177
(1) Unmittelbare Benachteiligung.....	177
(2) Mittelbare Benachteiligung.....	179
(3) Belästigung	179
(4) Anweisung zu einer Benachteiligung	180
(5) Handeln einer Hilfsperson.....	180
(6) Ergebnis.....	181
dd) Europarechtskonformität der Exkulpationsmöglichkeit.....	181
(1) Bedeutung der Frage	182
(2) Keine Absolutheit der EuGH-Rechtsprechung	184
(3) Geringe praktische Relevanz der Exkulpationsmöglichkeit	185
(4) Gewährung von verschuldensunabhängigen Ansprüchen.....	186
(5) Ergebnis.....	188
ee) Ergebnis	188
c) Kausaler Schaden.....	188
3. Anspruchsinhalt.....	189
a) Benachteiligender Zustand	190
aa) Vorrang der Naturalrestitution gem. § 249 I BGB	191

(1) Naturalrestitution sowohl bei materiellen als auch bei immateriellen Schäden	191
(2) Verhältnis des schadensersatzrechtlichen Restitutionsanspruchs zu den diskriminierungsrechtlichen Primäransprüchen	191
(a) Anspruch auf Herstellung des benachteiligungsfreien Zustands.....	191
(b) Sonderfall: Naturalrestitution durch Vertragsschluss	192
(c) Ergebnis.....	194
bb) Kompensation gem. § 251 I BGB	195
(1) Benachteiligende Ausgestaltung des Vertrags	197
(2) Gänzliche Vertragsverweigerung	197
(a) Monokausalität zwischen Merkmal und Vertragsverweigerung	197
(aa) Objektiver Marktwert.....	198
(bb) Besonderheit bei Dauerschuldverhältnissen.....	199
(b) Keine Monokausalität	199
b) Folgeschäden der Benachteiligung	201
aa) Schadensberechnung bei einmaligem Leistungsaustausch.....	202
bb) Schadensberechnung bei Dauerschuldverhältnissen.....	203
c) Keine Erhöhung des Ersatzanspruchs aufgrund präventiver Gesichtspunkte.....	204
d) Schadensminderung wegen Mitverschuldens des Benachteiligten, § 254 BGB	205
aa) Anspruchsminderung gem. § 254 I BGB.....	205
bb) Anspruchsminderung gem. § 254 II BGB	206
e) Berechtigter und Verpflichteter	207
III. Anspruch auf Entschädigung, § 21 II 3 AGG	208
1. Überblick und systematische Einordnung	208
2. Anspruchsvoraussetzungen	209
a) Verwirklichung des allgemein-zivilrechtlichen Haftungstatbestands	210
b) Kein Vertretenmüssen	212
c) Immaterieller Schaden.....	212
d) Subsidiarität.....	213
3. Anspruchsinhalt, Bemessung der Anspruchshöhe	214
a) Bemessungsfaktoren auf Seiten des Benachteiligten	215
aa) Ausgleich	215
bb) Genugtuung	216
(1) Genugtuungsfunktion im Bereich des „Schmerzensgeldes“	218
(2) Genugtuungsfunktion im Bereich von Persönlichkeitsverletzungen	219
cc) Konsequenzen für die Bemessung.....	221

b) Bemessungsfaktoren auf Seiten des Benachteiligten.....	223
aa) Keine Repression	225
bb) Prävention.....	226
(1) Spezialpräventive Aspekte	226
(3) Generalpräventive Aspekte	228
cc) Konsequenzen für die Bemessung	229
c) Zusammenführung der Bemessungsfaktoren	230
4. Berechtigter und Verpflichteter	232
IV. Zwischenergebnis und Gesamtbetrachtung der Sekundäransprüche	232
D. Verhältnis der Ansprüche zueinander und Geltendmachung	
im Prozess	233
I. Verhältnis der Ansprüche zueinander	233
II. Geltendmachung der Ansprüche im Prozess	234
1. Ausschlussfrist, § 21 V AGG.....	234
2. Beweislastverteilung, § 22 AGG.....	234
a) Vorgaben der Antidiskriminierungsrichtlinien	234
b) Deutsche Regelung der Beweislast.....	235
aa) Darlegungs- und Beweiserfordernisse auf Seiten des	
Benachteiligten	235
bb) Darlegungs- und Beweiserfordernisse auf Seiten des	
Beklagten.....	236
c) Stellungnahme zur Beweislastregelung	237
3. Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände	239
E. Sonstige Ansprüche des Benachteiligten	240
I. Deliktische Ansprüche.....	240
1. Schadensersatzanspruch gem. § 823 I BGB wegen Verletzung	
des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	241
2. Schadensersatzanspruch gem. § 823 II BGB.....	241
3. Schadensersatzanspruch gem. § 826 BGB	242
II. Vertragliche und vertragsähnliche Ansprüche	242
1. Ansprüche wegen Verletzung des Integritätsinteresses	242
2. Ansprüche wegen Verletzung des Äquivalenzinteresses	243
III. Kondiktionsansprüche.....	244
F. Zwischenergebnis und Gesamtbetrachtung der Ansprüche	244
4. Teil: Verhältnis der Ansprüche zu höherrangigem Recht	245
A. Die deutschen Haftungsregelungen im Verhältnis zu den	
Richtlinienvorgaben	245
I. Prüfungsmaßstab	245
1. Ausklammerung des Haftungstatbestands.....	245
2. Sanktionenvorgaben im Kontext der Richtlinienziele	246
II. Abschreckende Wirkung: Verhaltenssteuerung	248

1. Erfordernis und Eignung einer gesetzlichen Regelung.....	248
2. Eignung einer zivilrechtlichen Regelung	250
3. Abschreckende Wirkung durch die Ansprüche des § 21 AGG	253
a) Diskriminierungsrechtliche Primäransprüche	254
b) Diskriminierungsrechtliche Sekundäransprüche.....	254
c) Zusammenschau der Ansprüche und Ergebnis	256
4. Verhaltensänderung in der Praxis	257
III. Wirksamer Schutz vor Diskriminierungen und Kompensation	258
1. Schutz vor Diskriminierungen: vorbeugender Rechtsschutz	259
2. Kompensation von Rechtsverletzungen	261
a) Ausgleich für materielle Einbußen	261
b) Ausgleich für immaterielle Einbußen	262
c) Ergebnis	263
3. Tatsächliche Rechtsdurchsetzung	263
IV. Verhältnismäßigkeit der Sanktionen	264
1. Prüfungsmaßstab	265
2. Diskriminierungsrechtliche Primäransprüche	267
3. Diskriminierungsrechtliche Sekundäransprüche	268
4. Zwischenergebnis und Gesamtbetrachtung der Ansprüche	269
V. Gemeinschaftsrechtliche Gesamtwürdigung der Ansprüche	270
B. Die Haftung für Diskriminierung im Verhältnis zu deutschem	
Verfassungsrecht	271
I. Prüfungsmaßstab	271
1. Ausklammerung des Haftungstatbestands.....	271
2. Deutsches Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab	272
II. Diskriminierungsrechtlicher Kontrahierungszwang	274
1. Legitimes Ziel und legitimes Mittel	276
2. Geeignetheit	276
3. Erforderlichkeit	278
a) Sekundäransprüche kein milderes Mittel	279
b) Sekundäransprüche nicht genügend	280
aa) Legitimes Interesse am Vertragsschluss aufgrund sozialer und psychologischer Faktoren.....	280
bb) Erfordernis des Kontrahierungszwangs zur Gewährleistung vorbeugenden Rechtsschutzes.....	281
c) Kein Alternativverhältnis zwischen Kontrahierungszwang und anderen Ansprüchen des Benachteiligten	282
d) Ergebnis.....	282
4. Angemessenheit.....	282
5. Ergebnis	283
III. Diskriminierungsrechtliche Sekundäransprüche, insbes. überkompensatorischer Entschädigungsanspruch.....	283

1. Abschreckung und Sanktionierung als Bemessungsfaktoren.....	283
a) Anerkennung einer Straffunktion im Zivilrecht?	283
b) Unterscheidung von repressiven und präventiven Strafzwecken	284
c) Verhaltenssteuerung und Verhältnismäßigkeit	286
d) Ergebnis.....	287
2. Kompensation und Genugtuung als Bemessungsfaktoren	288
a) Schadensersatz für materielle Schäden	288
b) Entschädigung für immaterielle Schäden	288
aa) Kommerzialisierung der Persönlichkeit.....	288
bb) Repression	289
3. Verschuldensunabhängigkeit des Entschädigungsanspruchs.....	289
4. Ergebnis	290
IV. Verfassungsrechtliche Gesamtwürdigung der Ansprüche.....	291
5. Teil: Bewertung der Umsetzung	293
A. Rechtstechnische Bewertung der Regelung	293
I. Unklarheiten im sachlichen Anwendungsbereich.....	293
II. Mangelnde Bestimmung des personalen Anwendungsbereichs sowie der Zurechnung.....	294
III. Missglückte Formulierung der diskriminierungsrechtlichen Primäransprüche	295
IV. Keine klare gesetzliche Regelung der Frage des Kontrahierungsanspruchs.....	296
V. Frage des Vertretenmüssens	296
VI. Ergebnis.....	297
B. Praktische Auswirkungen der allgemein-zivilrechtlichen Benachteiligungsverbote	297
I. Kosten des Gesetzes	298
II. Geringe Anzahl von Gerichtsurteilen	299
III. Bewertung der ergangenen Gerichtsurteile.....	301
1. Unbegründetheit der Klagen	302
a) Urteil des AG Mannheim	302
b) Urteil des AG Potsdam	302
c) Würdigung beider Urteile.....	303
2. Teilweise Begründetheit der Klagen	304
a) Amtsgericht Hagen.....	304
b) Amtsgericht Oldenburg.....	305
c) Würdigung beider Urteile.....	308
4. Gesamtwürdigung der Urteile.....	308
IV. Zusammenfassung der praktischen Auswirkungen und Ausblick	308

C. Sanktionen im Spannungsfeld von Diskriminierungsschutz und Privatautonomie	309
I. Von den Richtlinien geforderter Diskriminierungsschutz	310
II. Überschießender Diskriminierungsschutz.....	312
1. Verfassungsrechtliche Pflicht zur Erstreckung des Diskriminierungsschutzes?	312
a) Keine Schutzpflichten aus Art. 2 I oder Art. 3 III GG	313
b) Keine Verpflichtung wegen des Gebots der Rechtsetzungsgleichheit.....	314
aa) „Neueste Formel“ des BVerfG	314
bb) Unterschiedliche Diskriminierungswirklichkeit	315
cc) Ergebnis: Grundrechtsfakultativer Diskriminierungsschutz.....	316
2. Verhältnismäßigkeit des überschießenden Diskriminierungsschutzes..	317
a) Erforderlichkeit	318
b) Angemessenheit	319
c) Ergebnis	321
3. Rechtspolitische Beurteilung	322
4. Ergebnis	323
D. Ergebnis und Gesamtwürdigung	324
Zusammenstellung der Ergebnisse	327
Literaturverzeichnis	331