

Dr. Eva Kocher, Hamburg

Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Umsetzung des Gleichbehandlungsgebots

– Zur Neuregelung des § 611a BGB und Streichung des § 61b ArbGG –

Mit seinem Urt. v. 22. 4. 97 „*Draehmpaehl*“¹ hat der *EuGH* auf die Vorlage des ArbG *Hamburg*² und den Anträgen des Generalanwalts³ weitgehend folgend § 611a Abs. 2 BGB und die Summenbegrenzung in § 61b Abs. 2–5 ArbGG für (teilweise) unwirksam erklärt. Anhand dieses Urteils und der nun vorliegenden Gesetzentwürfe zur Änderung des § 611a BGB⁴ sollen im folgenden der Blick auf die verfassungsrechtlichen Maßstäbe gelenkt und die allgemeinen Strukturen und Probleme des Ent-

schädigungsanspruchs bei Diskriminierung verdeutlicht werden. Zu gern wird die „*Insensibilität*“ des *EuGH* gegenüber Besonderheiten des nationalen Rechts kritisiert⁵, ohne die Frage zu stellen, ob nicht das deutsche Recht in ähnlicher Weise rechtliche Vorgaben enthält, wie sie von der EU kommen.

A. Vorgeschichte und Inhalt des *EuGH*-Urteils

Von Beginn an wählte man in Deutschland einen zivilrechtlichen Weg für die Umsetzung des Gleichbehandlungsgebots⁶. Das Antidiskriminierungsrecht ist dabei vor allem unter europarechtlichen Aspekten betrachtet worden⁷. So wies bei Einführung des § 611a BGB schon der Titel des Gesetzes („Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz“ von 1980⁸) ausdrücklich auf den gemeinschaftsrechtlichen Zwang hin. Dies hieß aber nicht, daß diesem Zwang auch nachgekommen worden wäre. Nach dem Urteil des *EuGH* zur Europarechtswidrigkeit dieses „Porto-Paragraphen“⁹ mußte sich die bundesdeutsche Rspr. um eine europarechtsgemäße Auslegung des allgemeinen Schadensersatzrechts bemühen¹⁰. Orientiert an der Rspr. des *BAG*¹¹ schrieb das 2. Gleichberechtigungsgesetz v. 24. 6. 94¹² in § 611a Abs. 2 BGB dann eine Höchstgrenze von drei Monatsgehältern fest.

Diese Regelung mußte aber ebenfalls auf europarechtliche Bedenken stoßen¹³. Jedenfalls für den Fall der Diskriminierung bei der Einstellung derjenigen Bewerberin, mit der bei diskriminierungsfreier Auswahl ein Arbeitsverhältnis abgeschlossen worden wäre, hat der *EuGH* am 22. 4. 97 die Europarechtswidrigkeit des § 611a Abs. 2 BGB i. d. F. des 2. Gleichberechtigungsgesetzes festgestellt. Das mit dem 2. Gleichberechtigungsgesetz neu eingeführte Summenbegrenzungsverfahren des § 61b Abs. 2–5 ArbGG verschärfte die Wirkungen einer Begrenzung des Schadensersatzanspruchs noch und mußte folgerichtig ebenfalls europarechtswidrig sein. Die *EuGH*-Entscheidung v. 22. 4. 97 verweist zur Begründung in beiden Fällen in erster Linie darauf, daß die Höchstgrenze nicht

- 1 ArbuR 1997 S. 253 ff. mit Anm. *Dieball*
- 2 ArbG *Hamburg* v. 22. 5. 95, ArbuR 1995 S. 286 mit Anm. *Bertelsmann*.
- 3 ZIP 1997, S. 153 ff.; hierzu Anm. *Schlachter*, EWiR 1997 S. 317 f.
- 4 Vom Kabinett am 10. 2. 98 beschlossener Entwurf; Entwurf der SPD-Fraktion, BT-Drucks. 13/7896; Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 13/9526.
- 5 So erst kürzlich wieder *Worzalla*, NJW 1997 S. 1812; *Volmer*, BB 1997, S. 1582; *Herrmann*, ZfA 1996, S. 19 ff.
- 6 Zu Alternativen siehe Stellungnahme des Bundesrats zum 2. GleichB, BT-Drucks. 12/5468, S. 64 f.; *Volmer* (Fn. 5), S. 1585; zur Sanktionsfunktion des Zivilrechts im Rahmen des europäischen Rechts siehe auch *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 309 ff., 373 ff.
- 7 *Schiek*, Zweites Gleichberechtigungsgesetz, 1995, § 611a BGB, S. 29, Rn. 1.
- 8 BGBl. I 1308.
- 9 *EuGH* v. 10. 4. 84, EuGHE 1984, S. 1891 ff. (*v. Colson/Kamann*) und S. 1921 f. (*Harz*) = AP Nr. 1 und 2 zu § 611a BGB; zur Bezeichnung siehe *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 78.
- 10 Siehe die zahlreichen Rechtsprechungsnachweise bei *Pfarr/Bertelsmann* (Fn. 9), S. 197 ff. sowie *Schiek* (Fn. 7), § 611a BGB, Rn. 85.
- 11 Gegenäußerung der BReg. auf die Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf zum 2. GleichB, Anl. 3 zu BT-Drucks. 12/5468, S. 68.
- 12 BGBl. I 1406.
- 13 *EuGH* v. 2. 8. 93, Streit 1994 S. 121 ff. („*Marshall II*“); *Hergenröder*, JZ 1997 S. 1175; *Mauer*, BB 1994 S. 1283, 1285; *Pfarr*, RdA 1995 S. 209; GK-ArbGG/*Dörner* (Stand November 1996), § 61b, Rn. 23; siehe schon die Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der BReg. zum 2. GleichB, Anlage 2 zu BT-Drucks. 12/5468, S. 63; a.A. *Müller-Glöge* in: MüKo-BGB (3. Aufl. 1997), Rn. 51 zu § 611a BGB; *Zwanziger*, BB 1995 S. 1406; *Worzalla*, DB 1994 S. 2248.

den Erfordernissen eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes und einer wirklich abschreckenden Wirkung gegenüber dem Arbgeb. genüge¹⁴.

Der Referentenentwurf des Bundesarbeitsministeriums für eine Neuregelung vom Januar 1998¹⁵ sieht nun vor, daß die Ansprüche nach wie vor innerhalb einer Frist geltend zu machen und auf Antrag des Arbgeb. vor ein und demselben ArbG zu verhandeln wären. Die Summenbegrenzung des § 61b ArbGG soll aber entfallen. In § 611a Abs. 2 BGB soll ein Anspruch auf Entschädigung geregelt werden, der nach Abs. 3 aber nur noch in den Fällen, in denen die Diskriminierung nicht kausal für die Nichteinstellung war, auf 3 Monatsgehälter begrenzt bleiben soll. Wie nach bisherigem Recht bleibt ein Anspruch auf Einstellung ausgeschlossen.

Weiter geht der Entwurf der SPD-Fraktion¹⁶, der die Wahl zwischen einem Wiederherstellungs- und einem Entschädigungsanspruch geben will und keinen der beiden Ansprüche begrenzt. Als Schadensersatz kann danach auch ein Anspruch auf Einstellung geltend gemacht werden; die Entschädigung soll „angemessen“ sein, aber mindestens drei Monatsgehälter betragen, womit die Gerichte nach oben unbegrenzten Spielraum hätten.

B. § 611a Abs. 2 BGB und der Schutzcharakter des Art. 3 Abs. 2 GG

Unabhängig vom Europarecht stellt sich die Frage, inwiefern eine Begrenzung des Entschädigungsanspruchs verfassungsmäßig zulässig ist. Innerstaatlich wurde die Begrenzung des Entschädigungsanspruchs nach bisherigem Recht vor allem durch einen Vergleich mit §§ 9, 10 KSchG gerechtfertigt¹⁷. Die gesetzliche Regelung orientierte sich insofern an der Rspr. des BAG, die mit Hinweis auf §§ 9, 10 KSchG für einen auf § 823 Abs. 1 BGB gestützten Schadensersatzanspruch ein Monatsgehalt für den Normalfall der Entschädigung bei Diskriminierung erklärte¹⁸. Bei §§ 9, 10 KSchG erfordere eine Entschädigung von 3 Monatsgehältern mehrere Jahre Betriebszugehörigkeit, während die bei der Einstellung diskriminierte Bewerberin noch keinerlei Bindung zum Betrieb aufweise.

I. Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Entschädigung

Zur Ausgestaltung und Funktion von Schadensersatzansprüchen gibt es im deutschen Recht auch verfassungsrechtliche Anforderungen. Sowohl §§ 9, 10 KSchG¹⁹ als auch § 611a Abs. 2 BGB sind als pauschalierte Entschädigungen Ausnahmen vom Kompensationsgedanken, der im Zivilrecht die Regel ist. Weil „regelmäßig allein der verhältnismäßige Ausgleich der durch den rechtswidrigen Eingriff gestörten Vermögensverhältnisse der unmittelbar Beteiligten das angemessene Ziel des über den Eingriff geführten Zivilprozesses [ist]“, hält der BGH z. B. den US-amerikanischen Strafschadensersatz, dem ein Verständnis des Privatrechts als Lebensordnung mit generalpräventiver Wirkung zugrundeliege, nicht mit der deutschen Rechtsauffassung für vereinbar²⁰.

Der Entschädigung des § 611a Abs. 2 BGB wird zwar wegen ihrer geringen Höhe keine ähnlich systemsprengende Wirkung wie dem US-amerikanischen „punitive damage“ zukommen²¹. Das Haftungsrecht erfüllt mit seinen Funktionen des Schadensausgleichs, der Schadensanla-

stung und der Prävention jedoch auch staatliche Pflichten zum Schutz grundrechtlicher Rechtsgüter²². Die Grundrechte begründen schließlich nicht nur Abwehrrechte, sondern unter bestimmten Umständen auch Schutzpflichten der staatlichen Organe²³. § 611a BGB gewinnt seine innerstaatliche verfassungsrechtliche Relevanz dadurch, daß er der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG zu dienen bestimmt ist²⁴. Das BVerfG hatte sich zwar bisher lediglich zur Verfassungsrelevanz der Tatbestandsseite des § 611a BGB zu äußern. Es hat dabei aber ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG stärkere Sanktionen für Diskriminierung verlangen könne als sie § 611a Abs. 2 BGB gewährleiste, und so deutlich gemacht, daß auch die Rechtsfolgen daran zu messen sind, ob sie einen Schutz grundrechtlicher Positionen zu verwirklichen geeignet sind²⁵. Das deutsche Verfassungsrecht verlangt also ähnlich der EG-Richtlinie eine wirklich abschreckende Sanktion.

II. Charakter der Entschädigung

Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Begrenzung sind 2 Fälle zu unterscheiden: In den Fällen, in denen die Bewerberin bei diskriminierungsfreier Auswahl den Arbeitsplatz erhalten hätte, wird mit dem Entschädigungsanspruch ein andernfalls bestehender echter Schadensersatzanspruch abgelöst²⁶. Von der bisherigen Rechtslage unterscheidet sich der Kabinettsentwurf insofern, als er keinerlei Begrenzung in der Höhe mehr vorsieht. In den anderen Fällen, in denen sich die Diskriminierung auf das Verfahren beschränkt, wird in § 611a Abs. 2 BGB ein Entschädigungsanspruch begründet, wo andernfalls mangels eines materiellen Schadens kein Schadensersatzanspruch bestünde²⁷. Hier sieht der Entwurf auch für die künftige Regelung eine Begrenzung vor.

14 Die Frage des Verschuldensfordernisses (Rn. 16 ff. des Urteils, Vorlagefrage 1) sowie der Beweislast wird im folgenden außen vor gelassen (siehe dazu z. B. die Besprechungen von *Abele*, NZA 1997 S. 641; *Oetker*, ZIP 1997 S. 804. Zum bisherigen Recht der Anspruchsbegrenzung im Falle des beruflichen Aufstiegs siehe GK-ArbGG/Dörner (Fn. 13), § 61b, Rn. 52 und *Germelmann* in: *Germelmann/Matthes/Prütting*, ArbGG, 2. Aufl. 1995, § 61b, Rn. 56, der zumindest diese Regelung für unzureichend hält.

15 Von *Schober* veröffentlicht und besprochen in *AiB* 1998 S. 121 ff.

16 BT-Drucks. 13/7896; in der Frage des Schadensersatz ähnelt der Entwurf der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drucks. 13/9526) diesem Entwurf stark.

17 Begründung des Gesetzentwurfs der BRReg. zum 2. GleichB, BT-Drucks. 12/5468, S. 74; GK-ArbGG/Dörner (Fn. 13), § 61b, Rn. 23; *Germelmann* (Fn. 14), § 61b, Rn. 17.

18 BAG v. 14. 3. 89, AP Nr. 5 zu § 611a BGB.

19 A. A. insofern *Volmer* (Fn. 5) S. 1583, Fn. 29; wegen ihres Ausnahmecharakters hält *Abele* (Fn. 14) S. 642 die Norm von vornherein für nicht zum Vergleich geeignet.

20 BGH v. 4. 6. 92, BGHZ 118, 312 (388) = NJW 1992 S. 3096 ff., 3103.

21 So aber *Zwanziger* (Fn. 13) S. 1406 und *Volmer* (Fn. 5) S. 1584; dagegen auch *Herrmann* (Fn. 5) S. 35 ff.

22 *Bullinger*, FS für Caemmerer 1978, S. 297 ff.

23 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 11. Aufl. 1995, Rn. 92 ff.

24 BVerfG v. 16. 11. 93, ArbuR 1994 S. 110 = BVerfGE 89, 276 ff.; *Schiek* (Fn. 7), § 611a BGB, Rn. 3; siehe auch *Herrmann* (Fn. 5) S. 21: „Zivilrecht gewordener Art. 3 GG“.

25 BVerfG v. 16. 11. 93 (Fn. 24); *Schlachter* in der Anm. zu BVerfG v. 16. 11. 93 (Fn. 24), AP Nr. 9 zu § 611a BGB.

26 *Herrmann* (Fn. 5), S. 33; a. A. *Oetker* (Fn. 14).

27 *Pfarr* (Fn. 13), S. 209; *Herrmann* (Fn. 5), S. 33.

1. Materieller Nachteil

Jedenfalls für den vom *EuGH* entschiedenen Fall, daß mit der diskriminierten Bewerberin bei einwandfreier Behandlung ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden wäre, ist die Ersetzung des Schadensersatzanspruches durch eine Entschädigung verfassungsrechtlich genauso bedenklich wie europarechtlich. Wenn der Einstellungsanspruch schon ausgeschlossen wird, so ist es richtig, wie im Referentenentwurf vom August 1997 noch vorgesehen, einen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses zu gewähren²⁸. Die Bedenken gegen eine zeitlich unbegrenzte Leistung werden dadurch geschwächt, daß dabei nicht nur tatsächliche Einkünfte der Bewerberin und damit die künftige berufliche Entwicklung zu berücksichtigen wären, sondern in Hinblick auf § 254 BGB auch, was die Bewerberin zu erwerben unterläßt²⁹.

Übrigens sehen andere europäische und außereuropäische Rechtsordnungen für Fälle der Diskriminierung bei der Einstellung durchaus nicht immer Sonderregelungen vor³⁰. In den angelsächsischen Ländern, wo sie i.d.R. durch Behörden verfolgt werden, haben die Gerichte ein weites Ermessen bei der Festlegung der Rechtsfolgen; auch Ansprüche auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses sind möglich³¹. In Italien kann das Gericht im Eilverfahren Beendigung und Rückgängigmachung einer Diskriminierung bei der Einstellung anordnen³². In Frankreich, wo insgesamt stärker auf Kriminalstrafen gesetzt wird, richtet sich die zivilrechtliche Sanktion auf den Ersatz des positiven Interesses; darüber hinaus kann der Argeb. sogar zur Erstellung betrieblicher Gleichstellungspläne verpflichtet werden³³.

28 Veröffentlicht in *ArbuR* 1997 S. 435; Besprechung von *Schiek*, *BB* 1998 S. 586 ff. Auch nach bislang geltendem Recht läßt sich entgegen der in Fn. 26 nachgewiesenen Auffassung durchaus vertreten, daß neben § 611a BGB, der den immateriellen Schaden regelt, noch Ansprüche auf Ersatz materiellen Schadens nach allgemeinem Schuldrecht oder Deliktsrecht gegeben sind; so z. B. *Pfarr* (Fn. 13), S. 209; ebenso *LAG Hamm v. 21. 11. 96*, *BB* 1997 S. 844; kritisch hierzu *Hergenroder* (Fn. 13), S. 1175.

29 So für § 628 BGB *Schwerdtner* (Fn. 13), Rn. 52 ff; hier könnten auch Beweiserleichterungen für den Argeb. eingeführt werden.

30 *Schiek* (Fn. 7), Vorbem. *ArbR* *GleibG*, Rn. 9.

31 Siehe schon *Hanau*, *Internationale Gedächtnisschrift für Sir Otto Kahn-Freund* 1980, S. 457 ff. (S. 458); für das US-amerikanische Recht *Schlachter*, *Wege zur Gleichberechtigung*, 1993, S. 341 ff.; für das britische Recht *Dix*, *Gleichberechtigung durch Gesetz*, 1984, S. 219 f.

32 *Hanau* (Fn. 31), S. 459 f.

33 *Krämer*, *Die Gleichberechtigung im europäischen Arbeitsrecht – Ein deutsch-französischer Rechtsvergleich*, Diss. Köln 1996, S. 204 ff.

34 Schlußanträge des Generalanwalts beim *EuGH Philippe Léger* (Fn. 3).

35 *BVerfG v. 16. 11. 93* (Fn. 24).

36 *KR-Becker*, 4. Aufl. 1996, § 10 *KSchG*, Rn. 11; *Vogt*, *BB* 1975, S. 1586; zu den Schutzpflichten des Staates, die mit dem Kündigungsschutz im Hinblick auf den Arbeitsplatz erfüllt werden: *BVerfG v. 24. 4. 91*, *BVerfGE* 84, 133 (146 f.).

37 Ähnlich *Volmer* (Fn. 5), S. 1583; gegen die Orientierung am Monatsverdienst auch *Herrmann* (Fn. 5) S. 32, 34 f.

38 Zur Kritik einer Anbindung an das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ siehe auch *Volmer* (Fn. 5), S. 1583; *Herrmann* (Fn. 5), S. 23; S. 41 ff.

39 So auch *GK-ArbGG/Dörner* (Fn. 13), § 61b, Rn. 23.

40 Schlußanträge des Generalanwalts beim *EuGH Philippe Léger* (Fn. 3).

41 Vgl. *Schulz* in: *Schwander/Schaffhauser* (Hrsg.), *Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann*, 1996 S. 52.

42 *Hanau* (Fn. 31), S. 461.

2. Immaterieller Nachteil

In den Fällen, in denen es „nur“ um eine Diskriminierung im Bewerbungsverfahren geht, ohne daß diese nachweisbare Auswirkungen auf das Auswahlresultat gehabt hätte, werden kaum konkrete Vermögensnachteile auszugleichen sein, so daß hier nur ein Entschädigungsanspruch zum Ausgleich der immateriellen Nachteile, wie ihn der Kabinettentwurf vorsieht, in Betracht kommt. Auch dieser Anspruch hat Kompensations- und Schutzcharakter in bezug auf grundrechtliche Rechtspositionen. Insofern unterscheiden sich auch die beiden genannten Fallgruppen des § 611a BGB nicht: In beiden Fällen geht es um den Verlust einer Chance auf Grund des Geschlechts³⁴.

Der Vergleich mit §§ 9, 10 *KSchG* und § 611a BGB, der für die Betrachtung des materiellen Schadens angehen mag, überzeugt hier allerdings nicht. § 611a Abs. 2 BGB soll die Mißachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sanktionieren, d.h. das Interesse an einem Schutz der Person gegen diskriminierende Behandlung entschädigen³⁵, während die Abfindung nach §§ 9, 10 *KSchG* das Interesse an dem verlorenen Arbeitsplatz ausgleicht³⁶. Schon wegen dieses Unterschieds in der Arbeitsplatzbezogenheit erscheint im Fall der Kündigung eine Orientierung an Zeiten der „Betriebszugehörigkeit“ sachgerecht, während sie im Falle der Diskriminierung sachwidrig ist³⁷. Um die Schwere der Grundrechtsbetroffenheit bei diskriminierender Behandlung zu messen, muß die Personenbezogenheit des jeweiligen Eingriffs berücksichtigt werden, wobei Grundrechtsverletzung nicht notwendig auch Verletzung des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ meint³⁸. Eine Diskriminierung beim Zugang zum Arbeitsverhältnis kann die ArbN im Einzelfall weitaus stärker in ihren Grundrechten verletzen als die Sozialwidrigkeit einer Kündigung³⁹.

Eine Höchstbegrenzung wie die des bisherigen § 611a Abs. 2 BGB, die so wenig Spielraum für das richterliche Ermessen bietet, wird vor diesem Hintergrund auch in den Fällen der Diskriminierung im Verfahren dem Stellenwert des betroffenen Grundrechts nicht mehr gerecht. Dem Generalanwalt beim *EuGH* ist deshalb Recht zu geben, wenn er es ablehnt, zwischen den Fällen der best-qualifizierten und denen der anderen Bewerberinnen zu unterscheiden⁴⁰. Insofern ist dem Vorschlag des SPD-Entwurfes, der auch für diese Fälle eine Entschädigung ohne Höchstgrenze vorsieht, der Vorzug zu geben gegenüber dem Entwurf des Ministeriums.

C. § 61b ArbGG und der Justizgewährungsanspruch

Ist schon die Höhe der individuellen Ansprüche unzureichend, muß auch die Summenbegrenzung europarechtswidrig erscheinen. Sie enthält aber noch andere Aspekte als lediglich eine Anspruchsbegrenzung. Mit dem bisherigen § 61b Abs. 2-5 ArbGG wird ein materiell-rechtlicher Anspruch auf prozessualen Wege und im Zuge seiner prozessualen Durchsetzung gekürzt. Außer in der Schweiz, deren Sanktionsregelung sich an der bundesdeutschen orientiert und die insofern ebenfalls europarechtswidrig wäre⁴¹, gibt es eine vergleichbare Regelung zur Summenbegrenzung bei Diskriminierung lediglich in Schweden⁴². Wenn auch die vorliegenden Gesetzentwürfe die Streichung des § 61b ArbGG vorsehen, ist die Regelung rechtspolitisch noch nicht erledigt. Zahlreiche Stellungnahmen, insbes. aus der Arbeitsgerichtsbarkeit,

schlagen die Beibehaltung dieser oder einer vergleichbaren Summenbegrenzung vor⁴³.

I. Materiell-rechtliche oder prozessuale Konstruktion

Als Vorbild für die Summenbegrenzung nach § 61b Abs. 2 ArbGG haben dem Gesetzgeber die haftungsrechtlichen Summenbegrenzungen nach § 12 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StVG und § 10 Abs. 2 HPfLG gedient⁴⁴. Zwischen den beiden Begrenzungsmechanismen bestehen jedoch erhebliche Unterschiede.

Zum einen sind die Haftungshöchstgrenzen in keiner Weise vergleichbar⁴⁵. Zum anderen handelt es sich um eine vollständig andere Konstruktion. Bei den haftungsrechtlichen Summenbegrenzungen haben wir es mit materiell-rechtlichen Regelungen zu tun, und zwar nicht nur wegen ihrer Stellung außerhalb des Prozeßrechts. Im Haftpflichtrecht ist der individuelle Anspruch von vornherein materiell-rechtlich auf den Anteil reduziert, der sich aus der Aufteilung der Höchstsumme auf mehrere Geschädigte ergibt. Dementsprechend hat man das Fehlen weiterer Verletzter im Haftpflichtrecht auch als klagebegründende Tatsache angesehen und vorgeschlagen, der Verletzte solle eine Feststellungsklage erheben, die bereits den Vorbehalt einer Herabsetzung auf den anteiligen Betrag enthalte⁴⁶.

Im Gegensatz dazu hängt die Reduzierung des Anspruchs in § 61b ArbGG allein von innerprozessualen Bedingungen ab. Immer dann, wenn noch andere Frauen Klage wegen Diskriminierung erheben und der Arbgeb. einen entsprechenden Antrag stellt, reduziert sich der Entschädigungsanspruch der einzelnen Frau auf einen verhältnismäßigen Teil der Höchstgrenze. Wenn eine große Zahl von Bewerberinnen Klage erhebt, kann die Entschädigung im Einzelfall gegen Null gehen⁴⁷. Dieser Unterschied zum Haftpflichtrecht ist sich der Gesetzgeber des 2. GleichBG sehr bewußt gewesen. Gezielt hat man nicht eine materiell-rechtliche Regelung im BGB gewählt, sondern die Summenbegrenzung prozessual ausgestaltet. In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es hierzu, man habe so die „frauenpolitisch unerwünschte Konsequenz“ vermeiden wollen, „daß sich im Fall von Mehrfachdiskriminierungen der Anspruch der einzelnen Diskriminierten von vornherein auf den Anteil reduziert, der sich aus der Aufteilung der Höchstsumme auf sämtliche Diskriminierten richtet“. Sonst würde sich, auch wenn nur einzelne diskriminierte Personen ihren Anspruch gerichtlich geltend machten, die insgesamt zu zahlende Entschädigungssumme für den Arbgeb. womöglich auf erheblich weniger als die Höchstbeträge des § 61b Abs. 2 ArbGG reduzieren⁴⁸. Eine solche materiell-rechtliche Lösung verstößt nach Meinung des Gesetzgebers gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

II. Prozessuale Summenbegrenzung und Justizgarantie

Die haftpflichtrechtlichen Vorbilder können somit kaum als Argument für die Einordnung des „Summenbegrenzungsverfahrens“ als materiell-rechtliche Regelung herangezogen werden⁴⁹. Trotzdem wurde in der Kommentarliteratur wie selbstverständlich davon ausgegangen, § 61b ArbGG sei zwar eine mißlungene, aber doch eine materiell-rechtliche und keine prozessuale Regelung⁵⁰. Es kann nur vermutet werden, daß mit dieser Behauptung die Frage umgangen werden soll, ob denn eine prozessuale Kürzung

materiell-rechtlicher Ansprüche verfassungsrechtlich überhaupt zulässig wäre. Problematisch ist dies nämlich in Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Anspruch auf „Justizgewährung“ oder auf „Rechtsschutz“⁵¹.

1. Der formale Justiz(gewährungs)anspruch aus dem Rechtsstaatsprinzip

Daß auch außerhalb des Art. 19 Abs. 4 GG⁵² Justizgewährung zum Schutz privater Rechte verfassungsrechtlich garantiert ist, ist seit langem anerkannt⁵³. Ausdrücklich normiert ist ein solcher Anspruch darüber hinaus in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Menschenrechtskonvention des Europarats⁵⁴.

Die Diskussion um den Justizanspruch stammt dogmengeschichtlich aus der Zivilrechtslehre des letzten Jahrhunderts⁵⁵. Heute wird ein „Justizgewährungsanspruch“ aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet⁵⁶; er hat insofern seinen Platz außerhalb des Prozeßrechts. Dieser öffentlich-rechtliche Anspruch ist letztlich auf das Gewaltmonopol des Staates zurückzuführen. Denn die Existenzberechtigung des Staates wird von der liberalen Staatstheorie u. a. damit begründet, daß das staatliche Gewaltmonopol die private Gewalt ersetzen solle. Die Bürger hätten in ihre Unterwerfung unter die Staatsgewalt nur gegen die Gegenleistung eingewilligt, daß der Staat die Durchsetzung ihrer Rechte gegen andere übernehme⁵⁷.

Vor diesem rechtstheoretischen Hintergrund zeichnet sich der allgemeine verfassungsrechtliche Justizgewährungsanspruch zunächst durch eine rein formale Trennung von materiellem und Prozeßrecht aus. Er wird als akzessorisch zum materiellen Recht angesehen. Jeder materiell-rechtlich begründete Anspruch muß auch der prozessualen Durchsetzung zugänglich sein. Umgekehrt kann aber eine

43 Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes Nr. 60/1997, S. 3 ff.

44 Begründung des Gesetzentwurfs zum 2. GleichBG (Fn. 17), S. 45.

45 Abele (Fn. 14), S. 642.

46 Wussow, NJW 1959 S. 563 f.; Filthaut, Haftpflichtgesetz, 4. Aufl. 1994, § 9, Rn. 5; daß der BGH demgegenüber dem Haftpflichtigen die Darlegungs- und Beweislast für die Verringerung des Anspruchs auferlegt, hat eher pragmatische Gründe (Filthaut a. a. O., § 9, Rn. 5).

47 Pfarr (Fn. 13), S. 208.

48 Begründung des Gesetzentwurfs zum 2. GleichBG (Fn. 17), S. 46.

49 So aber GK-ArbGG/Dörner (Fn. 13), § 61b, Rn. 14.

50 Germelmann (Fn. 14), § 61b, Rn. 2; GK-ArbGG/Dörner (Fn. 13), § 61b, Rn. 3.

51 Zu den verschiedenen verfassungsrechtlichen Ansprüchen und Begriffen siehe Schumann, ZfP 96 (1983), S. 162.

52 Für eine andere Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG aber Smid, Rechtsprechung – Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozeß, 1990, insbes. S. 134; S. 140 ff.

53 Siehe z. B. Schumann (Fn. 51), S. 162; Benda/Weber, ZfP 96 (1983), S. 292; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1993, § 3 I; Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970, S. 99 ff., insbes. S. 115.

54 EMRK v. 4. 11. 50, BGBl. 1952 II 686.

55 Vgl. im einzelnen Vossius, Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre, 1985.

56 Dütz (Fn. 53) und passim; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 53), § 3 I; Benda/Weber (Fn. 53), S. 292.

57 Im einzelnen historisch Vossius (Fn. 55), S. 10 ff.; S. 167 ff.; aus heutiger Sicht Lorenz, AöR 105 (1980), S. 626.

materiell-rechtliche Regelung von Ansprüchen nicht mit ihm in Konflikt geraten. Denn die Bürger können danach nur Rechte geltend machen, die einfachgesetzlich gewährleistet sind⁵⁸. Wer also behauptet, materiell-rechtlich bestünde von vornherein kein anderer Anspruch als der, der prozessual über das Summenbegrenzungsverfahren durchgesetzt werden kann, muß auch die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Justizgarantie nicht stellen.

2. Inhaltliche Bestimmungen der Justizgarantie aus dem leistungsstaatlichen Gehalt der Grundrechte

Wie festgestellt, wurde im Falle des § 61b ArbGG bewußt die prozessuale Ausgestaltung gewählt. Will man diese prozessuale Lösung nicht einfach wegen der formalen Trennung von materiellem und Prozeßrecht für unzulässig halten, braucht man inhaltliche Kriterien für die Beantwortung der Frage, was eine prozessuale Behandlung von Ansprüchen zu gewährleisten hat⁵⁹.

Von einer rein formalen Betrachtung des Justizgewährungsanspruchs hat sich auch das *BVerfG* entfernt. Es verortet den Anspruch auf Rechtsschutz oder Justizgewährleistung⁶⁰ nicht in Art. 19 Abs. 4 GG oder dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip, sondern leitet ihn aus dem leistungsstaatlichen Gehalt⁶¹ des jeweils betroffenen Grundrechts her⁶². Materiell-rechtlicher Anspruch und prozessuale Durchsetzung müßten als Einheit gesehen werden. Während bei der selbständigen Garantie effektiven Rechtsschutzes der Gehalt dieses Anspruchs inhaltsleer bleibt, läßt sich damit auch eine Zielbestimmung formulieren, um den Begriff der „Effektivität“ auszufüllen⁶³. Der Rechtsschutz muß einer effektiven Verwirklichung der subjektiven Grundrechte dienen⁶⁴. Materiell-rechtliche Garantien dürfen nicht auf prozessuale Wege ausgehöhlt werden⁶⁵.

58 *BVerfG* v. 31. 5. 88, *BVerfGE* 78, S. 214 ff. (S. 226) [zu Art. 19 IV GG].

59 Ebenso *Lorenz* (Fn. 57), S. 636.

60 Zu den verschiedenen verfassungsrechtlichen Ansprüchen und Begriffen *Schumann* (Fn. 51), S. 162.

61 Siehe *Pieroth/Schlink* (Fn. 23), Rn. 64 f.

62 Am klarsten zu Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG entwickelt in *BVerfG* v. 23. 4. 74, *BVerfGE* 37, 132 ff. (148); zur Unterscheidung Art. 19 Abs. 4 [Rechtsweggarantie] und dem Verfahrensrecht aus Art. 14 I 1 [effektiver Rechtsschutz] *BVerfG* v. 10. 10. 78, *BVerfGE* 49, 252 ff. (256 f.); siehe auch *BVerfG* v. 8. 2. 83, *BVerfGE* 63, 131 ff. (143); *Benda/Weber* (Fn. 53), S. 292 f.; *Lorenz* (Fn. 57), S. 624; S. 640; *Schumann* (Fn. 51), S. 164.

63 *Lorenz* (Fn. 57), S. 636 ff.

64 *Lorenz* (Fn. 57), S. 644 f.

65 *BVerfG* v. 23. 4. 74 (Fn. 62), S. 148.

66 *BVerfG* v. 25. 7. 79, *BVerfGE* 52, 131 ff. (153, 156).

67 *Lorenz* (Fn. 57), S. 645.

68 Begründung des Gesetzentwurfs zum 2. GleichBG (Fn. 17), S. 21; S. 45; *GK-ArbGG/Dörner* (Fn. 13), § 61b, Rn. 16.

69 *Pfarr* (Fn. 13), S. 209 zitiert einen Ratgeber für Unternehmen, der ausdrücklich auf diesen Aspekt hinweist; jedenfalls diese Regelung hält auch *Steindorff* (Fn. 6), S. 378 für europarechtswidrig.

70 *Wussow* (Fn. 46), S. 564; *Pfarr* (Fn. 13), S. 208.

71 Vgl. *Bullinger* (Fn. 22), S. 300; zur Unterscheidung erfolgsbezogener und verhaltensbezogener Rechtswidrigkeit *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen und Schadensersatz, 1987, Rn. 81 f.

3. Zulässigkeit eines prozessualen Ausgleich unter den diskriminierten Bewerberinnen

a) Verhältnis von Zweck und Tatbestandsvoraussetzungen der Summenbegrenzung

Die Verortung der Justizgarantie in den Grundrechten bedeutet nicht, daß das Verfahren ausschließlich der Erkenntnis und Feststellung des Rechts und der Verwirklichung des Grundrechts zu dienen hat. Gerade im bürgerlichen Recht dient das Gerichtsverfahren einer „Lösung von Interessenkonflikten zwischen rechtlich gleichgeordneten Parteien“⁶⁶. Vor dem Hintergrund dieses Eigenwertes des Prozesses können auch die Interessen der Gegenpartei Eingang ins Verfahren finden⁶⁷. Weil der Rechtsschutz jedoch auf einen effektiven Grundrechtsschutz bezogen ist, müßten dieser zusätzliche Prozeßzweck und die zu berücksichtigenden Interessen des Prozeßgegners im Verhältnis zur Grundrechtsverwirklichung ein bestimmtes Gewicht haben.

Insofern bestehen im Falle des bisherigen § 61b ArbGG zunächst Zweifel an der Erforderlichkeit. Eine wirtschaftliche Überforderung wurde von Seiten des Gesetzgebers nur für kleine und mittelständische Unternehmen befürchtet⁶⁸. In Einstellungsfällen ist die Summenbegrenzung im bislang geltenden Recht jedoch auch für Großunternehmen vorgesehen. Damit kann sich für große Unternehmen, die umfangreiche und formalisierte Einstellungsverfahren betreiben, eine generelle Diskriminierung aller am Bewerbungsverfahren beteiligten Frauen durchaus rechnen⁶⁹.

Noch ein weiteres Merkmal läßt an der Geeignetheit der Summenbegrenzung zur Erreichung des vorgegebenen Ziels zweifeln: Die Höhe des jeweiligen Entschädigungsanspruchs hängt nicht von der wirtschaftlichen Situation des beklagten Arbgeb. ab, sondern allein von der Zahl der klagenden Bewerberinnen. Die gesetzgeberische Zielsetzung hat insofern keinen Ausdruck in der getroffenen Regelung gefunden, als die Summenbegrenzung in ihren Anwendungsmodalitäten unabhängig von der wirtschaftlichen Situation des jeweiligen Arbgeb. ist.

b) Kollektivierung der Entschädigung

Diese Ausgestaltung der Summenbegrenzung deutet darauf hin, daß mit ihr letztlich andere Zwecke verfolgt werden, als die gesetzgeberische Begründung vermuten ließe. Der prozessuale Ausgleich von Interessen findet nicht mit der anderen Partei und dem Verletzer statt, sondern mit Dritten, ebenfalls Verletzten. § 61b Abs. 2 ArbGG macht den individuellen Entschädigungsanspruch auf prozessuale Wege zu einer Art Gruppen-Entschädigungsanspruch.

In ihrem Ergebnis für die Betroffenen ist die Regelung durchaus mit der materiell-rechtlichen im Haftpflichtrecht vergleichbar. Die Begründung, mit der eine solche Kollektivierung von Schäden dort gerechtfertigt wird, läßt sich allerdings nicht auf das Antidiskriminierungsrecht übertragen. Im Falle der StVG, HPfIG stellt die Summenbegrenzung nicht nur das Korrelat der strengen Gefährdungshaftung dar⁷⁰, sondern auch der Tatsache, daß die Schäden wegen des verursachten Erfolgsunrechts zugerechnet werden. Das Handlungsunrecht bleibt immer das gleiche, unabhängig davon, wie viele Personen verletzt werden⁷¹. Dies erklärt auch die Berechtigung einer materiell-rechtli-

chen Ausgestaltung: Da es sich von vornherein nur um eine einzige Verletzungshandlung handelt, kann auch lediglich ein gruppenbezogener Anspruch begründet werden⁷².

Im Gegensatz dazu haben wir es im Falle des § 611 a BGB, obwohl ebenfalls ein verschuldensunabhängiger Anspruch⁷³, mit einem verhaltensbezogenen Rechtswidrigkeitsurteil zu tun. Die Schwere der einzelnen Rechtsverletzung mindert sich nicht dadurch, daß mehrere betroffen sind, sondern das Handlungsunrecht ist höher, wenn mehrere Bewerberinnen diskriminiert werden⁷⁴. Denn der grundrechtsverletzende Charakter einer Diskriminierung wegen des Geschlechts liegt gerade darin, daß der Arbgeb. die Bewerberin nicht als einzelne Person mit ihren Qualifikationen und Eignungen sieht, sondern lediglich als Geschlechtszugehörige, als Angehörige der Gruppe „Frau“.

c) Bedeutung der Gruppenbezogenheit des Grundrechts

Ob das Grundrecht der diskriminierten Frauen aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG eine faktische Verwandlung des Individual- in einen Gruppenanspruch zuläßt, ist zweifelhaft. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG ist als individuelles Grundrecht ausgestaltet. Zwar handelt es sich, wie *Sacksofsky*⁷⁵ nachgewiesen hat, insofern um ein gruppenbezogenes Recht, als die Frauen als Mitglieder einer gesellschaftlich benachteiligten Gruppe geschützt werden. Anders als Art. 3 Abs. 3 GG beschränkt sich Art. 3 Abs. 2 GG nicht auf das Verbot der Verwendung bestimmter Merkmale, mit denen Menschen zu Gruppen zusammengefaßt werden, sondern enthält auch ein Dominierungsverbot, das helfen soll, für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchzusetzen. Diese „Gruppenbezogenheit“ bedeutet aber gerade nicht, daß ein „Gruppengrundrecht“ geschaffen würde⁷⁶; dies würde dem individualrechtlichen System der Grundrechte widersprechen. „Gruppenbezug“ heißt hier, daß der Begriff der Diskriminierung aus der Perspektive der Gruppe analysiert wird und daß anerkannt wird, daß die Situation der einzelnen wesentlich vom Status der Gruppe bestimmt wird⁷⁷. Das Gruppeninteresse in diesem Sinne hebt das individuelle Ausgleichsbedürfnis nicht auf, sondern zielt darüber hinaus auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse für die Zukunft⁷⁸.

Diese Orientierung läßt sich dem § 61 b ArbGG jedoch nicht entnehmen. Hier wird die Gruppenbezogenheit gegen die Betroffenen gewandt, um eine ohnehin schon unzureichende Sanktionsregelung abzuschwächen. Unter mehreren von derselben Diskriminierungshandlung Betroffenen wird eine Konkurrenzsituation hergestellt. Auf diese Summenbegrenzung kann aber schon aus pragmatischen Gründen verzichtet werden. Schließlich kann das Gericht auch ohne die Summenbegrenzung die jeweilige Leistungsfähigkeit des Arbgeb. bei der individuellen Bemessung der Entschädigung berücksichtigen.

III. Möglichkeiten einer Berücksichtigung des Gruppenbezugs durch kollektiven Rechtsschutz

Der Gruppenbezug des Grundrechts läßt es aber durchaus gerechtfertigt erscheinen, daß die Tatsache, daß eine größere Zahl von Personen diskriminiert wurde, auch in der Sanktion zum Ausdruck kommen kann. Im Gerichts-

verfahren könnte dem Gruppenbezug z. B. mit Hilfe einer Verbandsklage nach dem Vorbild von Art. 7 des schweizerischen Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann v. 1. 7. 96⁷⁹ Geltung verschafft werden. Auch die US-amerikanische Class Action, bei der einzelne Betroffene als Repräsentantinnen der Gruppe auftreten können⁸⁰, ermöglicht es, den Gruppencharakter der Diskriminierung zum Gegenstand des Verfahrens zu machen. Im Fall des § 611 a BGB könnte in Anlehnung daran z. B. verfahrensrechtlich garantiert werden, daß allen betroffenen Gruppenmitgliedern auch wirklich der ihnen zustehende Entschädigungsanspruch zukommt. Dies könnte durch eine öffentliche Bekanntmachung der ersten Klageerhebung oder eine anderweitige Ermittlung möglicher Klageberechtigter, verbunden mit Aufforderungen zur Klageerhebung geschehen; so funktioniert z. B. § 93 a VwGO.

D. Ergebnis

Wie der *EuGH* festgestellt hat, ist der Gesetzgeber im Falle des 2. GleichBG dem Anspruch, sich an „gemeinschaftsrechtlichen Erfordernissen“ zu orientieren⁸¹, nicht gerecht geworden. Das Ergebnis wäre aber nicht anders zu beurteilen gewesen, hätte man sich an den Vorgaben des deutschen Rechts orientiert: Das mit § 611 a Abs. 2 BGB und § 61 b Abs. 2–5 ArbGG geschaffene Sonderprivat- und Sonderverfahrensrecht⁸² wurde auch dem deutschen Recht nicht gerecht⁸³.

Dem Entwurf für eine Neuregelung des § 611 a BGB hingegen ist zuzustimmen, wenn er den Entschädigungsanspruch für die „best-qualifizierte“ Bewerberin in seiner Höhe nicht beschränkt. Zu Recht verzichtet der Entwurf auch auf eine Summenbegrenzung. Zu bemängeln bleibt, daß in bezug auf die Höhe des Entschädigungsanspruchs für eine Diskriminierung im Verfahren, die nicht kausal für die Nichteinstellung wurde, dem Gericht nach wie vor kein ausreichender Gestaltungsspielraum für die Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalles gelassen wird.

72 Siehe oben bei Fn. 46.

73 So der *EuGH* (Fn. 1) in Rn. 16 ff. des Urteils, Vorlagefrage 1.

74 *Pfarr* (Fn. 13), S. 209.

75 *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 312 ff., 318 ff.; siehe auch *Slupik*, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, S. 134 ff. u. passim.

76 *Sacksofsky* (Fn. 75) S. 334 f.; siehe auch *Bieback*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 1997, S. 50 f.

77 *Sacksofsky* (Fn. 75), S. 335.

78 *BVerfG* v. 28. 1. 92, BVerfGE 85, 191 ff.

79 Ausführlich dazu *Freivogel*, in: Schwander/Schaffhauser (Fn. 41), S. 127–160.

80 Beispiele unter anderem bei *Schlachter* (Fn. 31), S. 365; *Schleil/Grossman*, Employment Discrimination, Washington D.C. 1989, S. 5; S. 465; S. 520; zu den neuesten Entwicklungen *Sacksofsky* (Fn. 75), S. 384 ff.

81 Begründung des Gesetzentwurfs zum 2. GleichBG (Fn. 17), S. 45.

82 Vgl. *Pfarr* (Fn. 13), S. 210.

83 Zur richtlinienkonformen Auslegung für die Übergangszeit bis zur Gesetzesänderung siehe Begründung des Referentenentwurfs vom August 1997 (Fn. 4); *Worzalla* (Fn. 5), S. 1809; *Oetker* (Fn. 14), S. 804; *Abele* (Fn. 14), S. 642; *Schlachter* (Fn. 3), S. 317 f.; *Hergentröder* (Fn. 13), S. 1175.