

MICHAEL GRÜNBERGER /
ANDRÉ REINELT

Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht

Mohr Siebeck

Michael Grünberger
André Reinelt

Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht



Michael Grünberger
André Reinelt

Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht

Das Rechtsdurchsetzungsregime
aus Sicht soziologischer Jurisprudenz

Mohr Siebeck

Michael Grünberger ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht an der Universität Bayreuth.

André Reinelt ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht an der Universität Bayreuth.

ISBN 978-3-16-159387-1 / eISBN 978-3-16-159388-8
DOI 10.1628/978-3-16-159388-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Times gesetzt, in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Das Nichtdiskriminierungsrecht hat sich in der Rechtsdurchsetzung zu beweisen. Es muss effektive Rechtsfolgen für den Verstoß gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung bereitstellen, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, und es muss dabei soziologische Mobilisierungsdefizite erkennen und verringern. Um beides ist es in der traditionellen Dogmatik zum speziellen Gleichbehandlungsrecht nicht zum Besten bestellt. Mit diesem Büchlein legen wir eine Analyse des Rechtsfolgenregimes im Nichtdiskriminierungsrecht vor, mit der wir zeigen möchten, dass und wie das geltende Recht umweltsensibel konzipiert werden kann. Wir wollen traditionelle Ansätze hinterfragen und neue Konstruktions- und Denkmöglichkeiten aufzeigen. Wir sehen darin unseren Beitrag zur Konturierung einer genuin wissenschaftlichen (responsiven) Rechtsdogmatik.

Der Anstoß für diesen Text ging von *Anna Katharina Mangold* und *Mehrdad Payandeh* aus, die uns eingeladen haben, das Kapitel „Rechtsfolgen“ in dem von ihnen herausgegebenen und demnächst erscheinenden „Handbuch Antidiskriminierungsrecht“ zu bearbeiten. Wir haben den uns dafür zur Verfügung gestellten Rahmen aber so sehr gesprengt, dass wir uns mit Unterstützung der beiden Herausgeber und des Verlags – denen unser Dank gilt! – entschieden haben, den Text als kleine Monographie zu publizieren. Eine um mehr als die Hälfte gekürzte und entsprechend bearbeitete Version wird im genannten Handbuch erscheinen.

Danken möchten wir auch den Mitarbeitern des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Technikrecht der Universität Bayreuth, insbesondere *Lena Bitz*, *Kathrin Blessing* und *Daniel Neubauer*, für die tatkräftige redaktionelle Unterstützung.

Bayreuth im März 2020

Michael Grünberger
André Reinelt

Inhaltsverzeichnis

<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XI
 <i>A. Einleitung</i>	 1
I. Rechtsdurchsetzung als eigenständige Analysekatgorie im Nichtdiskriminierungsrecht	1
II. Aufgabenstellung und methodischer Ansatz	3
1. Ausgangspunkt	3
2. Ein umweltsensibler Zugang zum Nichtdiskriminierungsrecht	3
3. Methode: responsive Rechtsdogmatik	5
a) Sozialtheorie	8
b) Rechtsdogmatik	10
c) Kasuistik	11
III. Ein Wort zur Sprache	14
 <i>B. Privatrechtliches Nichtdiskriminierungsrecht im europäischen Mehrebenensystem</i>	 17
I. Maßstabswahl	17
II. Mehrdimensionalität des unionsrechtlichen Rechtsfolgenregimes	19
1. Präventive Maßnahmen	20
2. Reaktive Maßnahmen (Sanktionen)	21
a) Effektiver Rechtsschutz	21
b) Primäre Rechtsfolgen	22
aa) Nichtigkeit	22
bb) Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch	23
c) Sekundäre Rechtsfolgen: Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen	24
3. Beweiserleichterung	27
 <i>C. Konfliktlinien</i>	 31
I. Ein „Sonderopfer“ der Normadressat*in?	31

1. Arbeitgeber*in als „Strukturbrecher“	31
2. Generalisierung: Teilhabefunktion des Gleichheitsrechts	35
II. Verhältnismäßigkeit als Strukturprinzip	
des Rechtsfolgenregimes	37
1. Grundlagen	37
a) Ausgangspunkt	37
b) Konsequenzen für das Rechtsfolgenregime	39
2. Verhältnismäßige Primäransprüche	40
a) Reaktionspflichten: Verhältnismäßigkeit in multipolaren Rechtsbeziehungen I	40
b) Inhalt des Beseitigungsanspruchs	42
aa) Alternativstruktur des Verpflichtungsinhalts	42
(1) Problemstellung und Entscheidungsoptionen („Anpassung nach oben/unten“)	42
(2) „Anpassung nach oben“ als (privatrechtlicher) Regelfall	44
bb) Generalisierung: Wiederherstellung von Gleichheit	46
cc) Respezifizierung: Kontrahierungszwang	49
(1) § 15 Abs. 6 AGG als Instrument zur Lösung multilateraler Konflikte: Verhältnismäßigkeit in multipolaren Rechtsbeziehungen II	50
(2) Kontrahierungszwang als verhältnismäßiges Mittel im Zivilrecht	51
3. Verhältnismäßige Sekundäransprüche:	
Kompensation und Satisfaktion	53
a) Schadensersatz	53
aa) Vertretenmüssen?	53
bb) Schadensumfang	56
cc) Anspruchsschuldner*in	59
dd) „Prävention durch Kompensation“?	61
b) Entschädigungsanspruch	62
aa) Gleichheitsverstoß oder Persönlichkeitsrechtsverletzung?	63
bb) Anspruchsinhalt	65
c) Respezifizierung: Staatshaftungsanspruch	67
4. Verhältnismäßigkeit der Rechtsdurchsetzung:	
Ausschlussfristen und Beweiserleichterung im Wechselspiel	70
a) Ausschlussfristen	70
b) Verknüpfung von gegenläufigen Bausteinen der Rechtsdurchsetzung	71
c) Folgen einer Auskunftsverweigerung der Normadressat*in	73

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	IX
III. Prozeduralisierung	75
1. Begriff	75
2. Prozeduralisierungsansätze im AGG	76
a) Prävention	76
b) Beschwerderecht	78
3. Respezifizierung im allgemeinen Gleichbehandlungsrecht	80
IV. Viktimisierung	81
1. Begriff und Funktion	81
2. Maßregelverbot als spezielles Diskriminierungsverbot	82
a) Zielsetzung	82
b) Wer trägt das Einschätzungsrisiko?	83
c) Benachteiligung und Kausalität	85
d) Rechtsfolgen	86
3. Expansion auf Nicht-Merkmalsträger	87
V. Rechtsdurchsetzung	89
1. Individuelle Rechtsdurchsetzung	89
a) Privatnützigkeit und Individualrechtsschutz als Leitlinien des deutschen Rechts	89
aa) Grundsatz	89
bb) Durchsetzungsdefizite	90
(1) Soziologische Mobilisierungshindernisse	91
(2) Rechtliche Mobilisierungshindernisse	92
cc) Soziale Kosten der Rechtsausübung	93
b) Funktionale Subjektivierung privater Rechte im Unionsrecht	95
aa) „AGG-Hopping“	96
bb) ...und die Reaktion der deutschen Privatrechtsdogmatik	97
cc) Rechtsmissbrauchseinwand als Re-Kontextualisierung	98
2. Entkoppelung der Rechtsdurchsetzung vom subjektiven Rechtsträger im Unionsrecht	101
3. Kollektiver Rechtsschutz	103
a) Minimalumsetzung unionsrechtlicher Vorgaben	104
b) Verbandsklage?	104
<i>D. Zusammenfassung</i>	107
<i>Literaturverzeichnis</i>	115
<i>Sachregister</i>	127

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
allg.	allgemein
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG (K)	Kammer des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
djbZ	Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
EC	European Communities
EG	Europäische Gemeinschaft
ErwGrd.	Erwägungsgrund
et al.	et alii
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Zeitschrift Europarecht
Eur. Prop. L. J.	European Property Law Journal
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

f./ff.	folgende [Seite/Seiten]
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRC	Europäische Grundrechtecharta
Hrsg.	Herausgeber*in
IZA	Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit
jurisPK	juris PraxisKommentar
JZ	JuristenZeitung
KJ	Kritische Justiz
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	litera
LG	Landgericht
Maryland L. Rev.	Maryland Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
MüKo	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Seite
Santa Fe Ry. Co.	Santa Fe Railway Company
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
u.a.	und andere
UKHL	United Kingdom House of Lords
Univ. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
Urt.	Urteil
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
v.	vom, von, versus (amerikanische Urteile)
Vgl.	Vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Yale J. Int'l. L.	Yale Journal of International Law
Yale L. J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel

ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZPO	Zivilprozessordnung

A. Einleitung

I. Rechtsdurchsetzung als eigenständige Analysekategorie im Nichtdiskriminierungsrecht

Das Nichtdiskriminierungsrecht sichert als spezielles Gleichbehandlungsrecht¹ das Recht jeder Person, nicht aufgrund bestimmter Diskriminierungskategorien ohne ausreichende Rechtfertigung ungleich behandelt zu werden. Instrument zur Durchsetzung dieses Primäranspruchs auf Gleichbehandlung ist ein Verbotsrecht. Das zeigt der Normbestand im primären² und sekundären³ Unionsrecht, im deutschen Verfassungsrecht⁴ und im AGG⁵. Verletzt der (jeweilige) Adressat des (jeweils anwendbaren) Diskriminierungsverbots dieses Primärrecht, stellt sich die Frage, wie dieser Rechtsverstoß zu sanktionieren ist: Welche Rechtsfolgen und Ansprüche stellt das Nichtdiskriminierungsrecht als Reaktion auf eine verbotene Ungleichbehandlung bereit? Im geltenden Recht unterscheiden wir das Primärrecht auf gleiche Behandlung bei fehlender Rechtfertigung einer Unterscheidung (Verbotsrecht) von den verschiedenen Rechtsbehelfen, mit denen dieses Primärrecht durchgesetzt wird. Exemplarisch dafür ist das – unionsrechtlich determinierte – AGG. Es normiert in § 7 Abs. 1 das beschäftigungsrechtliche und in § 19 Abs. 1 und Abs. 2 das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. Hinsichtlich dessen (reaktiver) Durchsetzung differenziert es weiter zwischen den auf Abhilfe angelegten primären Rechtsbehelfen (Nichtigkeit,⁶ Beseitigung und Unterlassung⁷) einerseits und den sekundären

¹ *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 541 ff.; ausführlich *Grünberger*, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, 2014, S. 79 (88 ff.).

² Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 GRC, Art. 18 und Art. 157 Abs. 1 AEUV.

³ Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 4 Abs. 1 RL 2004/113/EG, Art. 14 RL 2006/56/EG, Art. 4 Abs. 1 RL 2010/41/EU.

⁴ Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

⁵ §§ 7 Abs. 1, 19 Abs. 1 und 2 AGG.

⁶ §§ 7 Abs. 2, 21 Abs. 4 AGG.

⁷ §§ 13, 14, 16, 21 Abs. 1 AGG.

Schadensersatzansprüchen⁸ andererseits. In grundrechtlichen⁹ oder grundrechtsähnlichen Konstellationen¹⁰ enthalten die Normen häufig nur das Verbotsrecht, ohne die Rechtsfolgen seiner Verletzung anzuordnen. In diesen Fällen ist es Aufgabe der Rechtsprechung, ein adäquates Rechtsfolgenregime zu entwickeln.¹¹

Die hier vorgelegte Untersuchung basiert auf dieser, im Nichtdiskriminierungsrecht besonders deutlich angelegten, Unterscheidung: die mit dem (Verbots-)Recht (*right*) erfolgte *Rechtszuweisung* und die *Rechtsdurchsetzung* (*remedy*). Das Primärrecht ist das Recht auf Nichtdiskriminierung. Auf der Rechtsdurchsetzungsebene wollen wir unterscheiden zwischen Primäransprüchen, die der Beseitigung des gleichheitswidrigen Zustandes *ex nunc* dienen, und den Sekundäransprüchen, die auf Ausgleich der (materiellen und immateriellen) Folgen der Ungleichbehandlung gerichtet sind.¹² Diese Differenzierung zwischen *Recht* und *Rechtsdurchsetzung* halten wir für eine übergreifende Analyse von Rechtsfolgen im Nichtdiskriminierungsrecht für besonders gut geeignet.¹³ Das hat vor allem mit den unionsrechtlich geprägten Regelungsgegenständen zu tun, weil sich diese methodisch deutlich von der Konzeption des traditionellen deutschen Anspruchsdenkens unterscheiden.¹⁴ Dieser Zugriff ist für unsere Untersuchung schon deshalb naheliegend, weil das Unionsrecht dem nationalen Recht für Diskriminierungsverbote in Horizontalbeziehungen ein dichtes Geflecht von Regelungsvorgaben macht, das ihm wenig Umsetzungsspielräume belässt.¹⁵

⁸ §§ 15, 21 Abs. 2 AGG.

⁹ Exemplarisch dafür sind Art. 21 Abs. 1 GRC und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

¹⁰ Beispiel dafür ist der – seit EuGH, Urt. v. 8.4.1976, 43/75 – *Defrenne II* mit unmittelbarer Horizontalwirkung ausgestattete – Art. 157 Abs. 1 AEUV.

¹¹ Zu Art. 157 AEUV siehe EuGH, Urt. v. 8.4.1976, 43/75 – *Defrenne II*, Rn. 15. Zum verfassungsrechtlichen Kontext siehe unten C. II. 2. bb).

¹² *Kempny/Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 153 ff. und *Reimer*, RW 2017, 1 verwenden die Begriffe anders: Sie stellen der „primären Unterlassungspflicht“ eine „sekundäre Beseitigungsverpflichtung“ gegenüber. Nach unserer Begrifflichkeit ist auch die Beseitigungspflicht ein Primäranspruch, weil wir nicht zwischen der Abwehr der drohenden und der Beseitigung der bereits verwirklichten Rechtsbeeinträchtigung differenzieren, sondern zwischen der Wiederherstellung der Gleichheit (Nichtigkeit/Unterlassung/Beseitigung) und der Restitution/Kompensation (Schadensersatz/Entschädigung) der Folgen der gestörten Gleichheit.

¹³ Methodisch grundlegend zuletzt *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 250 f.

¹⁴ Näher *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 85 ff.

¹⁵ Vertiefend *Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm, 2018, S. 395 ff.

II. Aufgabenstellung und methodischer Ansatz

1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt unserer Untersuchung sind die im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht des Europäischen Mehrebenensystems¹⁶ vorgegebenen und im AGG weitgehend normierten privatrechtlichen Rechtsfolgen. Diese sind aufgrund der „Mehrdimensionalität des Rechtsfolgenregimes“¹⁷, mit der die gestörte Gleichheit wiederhergestellt, die Folgen der eingetretenen Diskriminierung umfassend beseitigt und zukünftige Diskriminierungen effektiv verhindert werden sollen, besonders gut als Grundlage für ein einheitliches Rechtsfolgenregime bei Verletzungen des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes geeignet. Wir werden daher die relevanten Säulen dieses Regimes eingangs kurz skizzieren (B.). Daraus werden wir im Hauptteil (C.) insgesamt fünf Konfliktlinien innerhalb dieses Rechtsfolgenregimes herausdestillieren. Dieser Katalog ist nicht abschließend. Wir vermuten, dass sich weitere Konfliktlinien identifizieren lassen und andere wegfallen, weil sich die gelebte Realität oder unser Wissen in bestimmten Kontexten des Gleichbehandlungsrechts verändern wird. Unsere These ist, dass in den freigelegten Konfliktlinien und den dazu vorgestellten Lösungsansätzen Topoi eines übergreifenden Rechtsfolgenregimes für das gesamte Nichtdiskriminierungsrecht sichtbar werden. Diese lassen sich in einem weiteren Schritt unter Berücksichtigung der jeweils vorhandenen Eigenrationalitäten in anderen gleichbehandlungsrechtlichen Kontexten – also in den gesellschaftlichen Teilsystemen (Arbeit, Bildung, Wirtschaft, etc.), in denen Gleichheitsfragen relevant werden, und in den unterschiedlichen Teilrechtsgebieten – wieder re-spezifizieren.¹⁸ Diese Re-Spezifizierung ist Aufgabe der weiteren Forschung. Wir werden lediglich an ausgewählten Beispielen zeigen, wie die Konfliktlinien dafür fruchtbar gemacht werden können und wie sie funktionieren kann. Das ist der von uns erhoffte analytische Mehrwert dieses Beitrags.

2. Ein umweltsensibler Zugang zum Nichtdiskriminierungsrecht

Grundlage dafür ist die plausible Annahme der soziologischen Differenzierungstheorie, dass Diskriminierungen in der Gesellschaft uneinheitlich auftreten.

¹⁶ Insbesondere Art. 157 AEUV; die Richtlinien 2000/43/EG; 2000/78/EG; 2004/113/EG und 2006/54/EG, §§ 7, 12–16, 21 AGG.

¹⁷ Mörsdorf, Ungleichbehandlung als Norm, 2018, S. 386.

¹⁸ Zum Konzept der Generalisierung und Re-Spezifizierung vgl. Teubner, Verfassungsfragmente, 2012, S. 200 f. (am Beispiel der Horizontalwirkung der Grundrechte in transnationalen Kontexten).

ten. Geht man von einzelnen gesellschaftlichen Teilsystemen aus, liegt es nahe, dass Diskriminierungen als Exklusionsmechanismen von den einzelnen Funktionssystemen (oder von Organisationen und anderen Personenmehrheiten) spezifisch auftreten oder gegebenenfalls neutralisiert werden.¹⁹ Dabei ist die jeweilige Rechtslage immer nur eine Momentaufnahme²⁰ eines breiten gesellschaftlichen Diskurses über Diskriminierung und Gleichbehandlung.²¹ Mit Hilfe von verallgemeinerbaren „Konfliktlinien“ innerhalb der Rechtsfolgen kann die Rechtswissenschaft die „gesellschaftliche[n] Lern- und Sensibilisierungsprozesse“²² in der Umwelt des Rechts besser registrieren. Das gilt insbesondere dann, wenn sich diese Prozesse im Recht selbst niederschlagen: Würden Gerichte in Zukunft beispielsweise die spezifischen Herausforderungen intersektionaler Diskriminierung²³ erkennen oder entwickelte sich das Rechtsgebiet zu einem postkategorialen Nichtdiskriminierungsrecht²⁴ fort, erlauben es die herausgearbeiteten „Konfliktlinien“, die Rechtsfolgen auch dieser Figuren zu analysieren. Zudem ermöglicht die Methode von Generalisierung und Re-Spezifizierung ein besseres Verständnis für die jeweiligen sozialen Kontexte rechtlicher Regulierung, da diese für die rechtliche Re-Konstruktion erst erschlossen werden müssen. Das moderne Gleichbehandlungsrecht basiert im Kern auf einem materiellen Gleichheitsverständnis.²⁵ Daher muss es sich in die Lage versetzen, die ungleiche Verteilung von Freiheiten entlang von Diskriminierungskategorien in den Lebensumwelten des Rechts zu registrieren und rechtlich abzubilden. Nur dann kann es sein politisches Ziel erreichen, genau diese sozialen Kontexte zu verändern, und damit das Versprechen des modernen (Privat-) Rechts von gleicher Freiheit einlösen.²⁶ Das Nichtdiskriminierungsrecht eignet

¹⁹ Näher dazu *Scherr*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), *Diskriminierung – Grundlagen und Forschungsergebnisse*, 2010, S. 35 (42).

²⁰ Zu den gesellschaftshistorischen Kontexten und Entwicklungsschritten *Bielefeldt*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), *Diskriminierung – Grundlagen und Forschungsergebnisse*, 2010, S. 21 (26 ff.).

²¹ Vgl. *Scherr*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), *Diskriminierung – Grundlagen und Forschungsergebnisse*, 2010, S. 35 (50 f.).

²² *Bielefeldt*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), *Diskriminierung – Grundlagen und Forschungsergebnisse*, 2010, S. 21 (26).

²³ *Weinberg*, EuZA 2020, 60; *Schiek/Mulder*, in: Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung: Soziale Realitäten und Rechtspraxis*, 2014; *Holzleithner*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), *Diskriminierung – Grundlagen und Forschungsergebnisse*, 2010, S. 95.

²⁴ *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, KJ 2012, 204; *Hartmann*, EuZA 2019, 24.

²⁵ Zu diesem Zusammenhang näher *Mangold*, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018, S. 461 (469).

²⁶ Vertiefend dazu *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 2013, S. 29 ff., 1039 ff.

sich daher besonders gut für den Zugriff einer umweltsensiblen, responsiven Rechtswissenschaft.²⁷

Darauf aufbauend wollen wir das Rechtsfolgenregime im Nichtdiskriminierungsrecht aus dem Blickwinkel einer wissenschaftlichen Rechtsdogmatik angehen. Das ist eine Rechtsdogmatik, die „erkenntnis-, nicht anwendungsorientiert“ arbeitet, die ihre Aufgabe darin sieht, „innovative Forschungsfragen aufzuwerfen und zu beantworten“ und die „nicht Einzelfälle oder Auslegungskontroversen entscheiden, sondern der Praxis Panoramen von Konstruktions- und Denkmöglichkeiten und damit von Entscheidungsoptionen zur Verfügung stellen“ will.²⁸ Zugleich – und darin liegt die große Herausforderung dieses Projekts – muss die rechtswissenschaftliche Methode mit der rechtsanwendungsbezogenen Methodik strukturell gekoppelt werden, damit diese von den gelieferten „Konstruktionsmöglichkeiten und Entscheidungsoptionen“ produktiv irritiert werden kann. Diesen Vorgang nennen wir *responsive Rechtsdogmatik*.²⁹ Um letzte Unklarheiten auszuräumen: Wir können und wollen mit diesem Büchlein bewusst *keine* „gebrauchsdogmatische“³⁰ oder „feindogmatische“³¹ Analyse der verschiedenen Rechtsfolgenregime im Nichtdiskriminierungsrecht vorlegen.

3. Methode: responsive Rechtsdogmatik

Für viele ist die Rechtsdogmatik der „Markenkern“³² der deutschen Rechtswissenschaft, weil sie mit ihrer „Doppelrolle“³³ zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis „den eigentlichen Schwerpunkt rechtswissenschaftlicher Arbeit

²⁷ Grundlegend zum Begriff *Nonet/Selznick*, *Law & Society in Transition*, 1978, S. 73 ff.; *Teubner*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, 2015, S. 145 (159 ff.).

²⁸ Näher *Jansen*, *Recht und gesellschaftliche Differenzierung*, 2019, S. 321 ff. (Zitate auf S. 323 und 325 f.); *ders.*, JZ 2020, 213 (220).

²⁹ Zum Begriff *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (243 ff.); *ders.*, AcP 219 (2019), 924 (926 f.); *ders.*, in: Hähnchen (Hrsg.), *Eine Methodenlehre oder viele Methoden?*, 2020, S. 79, 90 ff.

³⁰ Zum Begriff siehe *R. Stürner*, JZ 2012, 10 (11 f.): „Form der Dogmatik, die das Denken bewusst auf die untere Ebene der Rechtspyramide beschränkt“ und die „dann nach ihrer Grundidee ein kurzes Zupacken ohne Rückgriff auf Grundprinzipien im Einzelfall [erlaubt]“.

³¹ Zum Begriff *R. Stürner*, AcP 214 (2014), 7 (11 ff.): „eine Art Zwischenschicht zwischen die Einzelfallkasuistik und die Grundregeln und Grundprinzipien ... durch einen Konstruktivismus systematischer Logik geprägt, der den Spielraum des Rechtsanwenders bei der Anwendung von Grundregeln und Grundprinzipien auf den Einzelfall beschränkt und auch beschränken soll“.

³² *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (4).

³³ *Bumke*, *Rechtsdogmatik*, 2017, S. 135.

am geltenden Recht³⁴ bilde. Tatsächlich aber ist es „eine Black Box über deren Inhalt im Wesentlichen nur implizites Wissen existiert“³⁵. Dieses implizite Wissen ist sowohl aus Sicht der Rechtspraxis als auch vom Standpunkt der Rechtswissenschaft prekär geworden. Daher wird seit geraumer Zeit eine Debatte über das „Wesen rechtswissenschaftlicher Dogmatik“³⁶ als „hybrides Format zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“³⁷ und ihre eigentliche Rolle in der Rechtswissenschaft geführt.³⁸ Um offenbar naheliegende Missverständnisse³⁹ zu vermeiden, halten wir eine Erklärung und Positionierung unserer Konzeption für notwendig.

Mit dem Begriff der „Responsivität“ werben wir für eine soziologische Jurisprudenz, die das Recht – immer unter Berücksichtigung seiner Eigenrationalität! – für die Bedürfnisse seiner vielen Umwelten im ersten Schritt sensibilisieren und im zweiten Schritt produktiv irritieren kann.⁴⁰ Die Sensibilisierung übernimmt dabei zum großen Teil die Rechtstheorie als die juristische Disziplin, die – im Unterschied zur Rechtsphilosophie oder Rechtsethik – eine genuin juristische Perspektive einnimmt.⁴¹ Sie dient (auch) als „Selektionsfilter“ für die Rechtsdogmatik und kann diese Funktion dann gut erfüllen, wenn man sie als „Grenzpostendisziplin“ begreift, „die nachbarwissenschaftliche Informationen, und zwar empirische wie theoretische, auf ihre Relevanz für die Rechtswissenschaft i.e.S. prüft“.⁴² Der rechtstheoretische Zugang sensibilisiert also das Recht für das Wissen in seiner Umwelt und liefert der Rechtswissenschaft die Instrumente, mit denen diese die nachbarwissenschaftlichen Informationen

³⁴ H. Dreier, in: ders., (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 1 (25) – deskriptiv mit durchaus kritischem Ansatz.

³⁵ Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017, S. 2.

³⁶ R. Stürner, *AcP* 214 (2014), 7 (11).

³⁷ Jestaedt, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, S. 254 (260).

³⁸ Lennartz, *Dogmatik als Methode*, 2017; Lobinger/Piekenbrock/Stoffels (Hrsg.), *Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik*, 2014; Lobinger, *AcP* 216 (2016), 28; Auer, in: Festschrift Canaris II, 2017, S. 509; R. Stürner, *JZ* 2012, 10; aus dem öffentlichen Recht siehe Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik*, 2012; Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013; Jestaedt, *JZ* 2014, 1; Bumke, *Rechtsdogmatik*, 2017; H. Dreier, in: ders., (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 1; vertiefend und weiterführend Jansen, *AöR* 143 (2018), 623.

³⁹ Ein Beispiel für ein solches Missverständnis findet sich bei Riesenhuber, *AcP* 219 (2019), 892.

⁴⁰ Grundlegend Teubner, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, 2015, 145; exemplarisch für einen solchen Zugang Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft*, 2017.

⁴¹ R. Dreier, in: Festschrift Starck, 2007, S. 21.

⁴² R. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie*, 1975, S. 17 f.

nach ihren eigenen Maßstäben (!) für die systeminterne Relevanz hinterfragen und prüfen kann. Eine moderne Rechtstheorie muss daher Selektionsfilter entwickeln, wie sie diese Disziplinen im Recht und nach Maßgabe der Eigenrationalität des Rechts rekonstruieren und fruchtbar machen kann, damit im zweiten Schritt die wissenschaftliche Rechtsdogmatik an dieses Wissen anknüpfen und – im dritten Schritt – von der rechtsanwendungsbezogenen Methodik fruchtbar gemacht werden kann.

Wie aber bekommt man dieses Wissen ins Recht – ohne dabei dessen Eigenrationalität zu ignorieren? Die Antwort darauf ist ein komplexer Übersetzungsmechanismus, mithilfe dessen die Beschreibung der Umwelt und ihre Veränderung adäquat in das Recht integriert werden kann. Diesen Vorgang beschreiben wir mit dem zentralen Begriff der „Responsivität“ des Rechts. Als rechtswissenschaftliche Methode umfasst sie fünf Arbeitsschritte:⁴³ (1.) Rechtstheorie muss die von den Sozialtheorien gelieferten Beschreibungen seiner Umwelt als Irritationen behandeln. (2.) Rechtstheorie hat diese rechtsintern mit eigenständiger Begriffsbildung zu rekonstruieren. (3.) Darauf hat die Rechtsdogmatik mit autonomer Normbildung und Normkonkretisierung zu reagieren. (4.) Sie muss folgenbetrachtend einschätzen können, wie die rechtliche Normänderung in der sozialen Welt aufgenommen werden wird. (5.) Daher müssen Rechtstheorie und Rechtsdogmatik Mittel zur Korrektur etwaiger Fehleinschätzungen bereithalten. Mit diesem Programm konkretisiert die responsive Rechtswissenschaft die methodische Trias der modernen soziologischen Jurisprudenz: Sozialtheorie, Rechtsdogmatik und Kasuistik.⁴⁴

Ausgangspunkt einer responsiven Rechtswissenschaft ist eine soziologische Rechtstheorie. Wir begreifen das Recht dabei als gelebte soziale Praxis, das als autopoietisches System auf seine Umwelt reagiert. Es geht darum, das Recht als soziales System, als Teil der Gesellschaft, ernst zu nehmen. Die Rechtswissenschaft selbst ist – als Wissenschaft – mit diesem System Recht nicht identisch und auch kein Teil davon; sie ist ein eigenständiges soziales System.⁴⁵ Eine so verstandene Rechtswissenschaft kann und darf Abstand zu den Normen und den etablierten dogmatischen Figuren des positiven Rechts nehmen.⁴⁶ Sie darf den Blick hin zu anderen Funktionssystemen der Gesellschaft – zur Umwelt des Rechts – schweifen lassen und kann dann wieder zur positiven Rechtsordnung

⁴³ Grünberger, in: Hähnchen (Hrsg.), *Eine Methodenlehre oder viele Methoden*, 2020, S. 79, 100 ff.

⁴⁴ Lomfeld, in: ders. (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft*, 2017, S. 1 (15).

⁴⁵ Diese Differenz betont zurecht Jansen, AöR 143 (2018), 623 (642 ff.); ders., *Recht und gesellschaftliche Differenzierung*, 2019, S. 311 ff.

⁴⁶ Ähnlich Jansen, AöR 143 (2018), 623 (653), der noch weitergehend den Gegenstand der Rechtswissenschaft neu bestimmen möchte.

zurückkehren. „Mit der so gewonnenen Reflektionsdistanz zum Recht kehrt die Rechtstheorie wieder in das Recht zurück, um mit den Mitteln der Rechtsdogmatik neues, umweltsensibles Recht zu produzieren.“⁴⁷ Das Recht erlaubt sich damit mithilfe der Rechtswissenschaft, seine soziale Realität in das Recht selbst zurückzuführen, sodass die etablierte Dogmatik „unter dem Brennglas der Sozialtheorie“ hinterfragt werden kann.⁴⁸

a) Sozialtheorie

Die Rechtswissenschaft rezipiert schon seit längerer Zeit Theorien aus anderen Sozialwissenschaften. Im Fokus des Erkenntnisinteresses stand hier insbesondere die verhaltenssteuernde Wirkung von Recht, wofür das Recht auf empirische Folgenanalysen zurückgriff.⁴⁹ Stellvertretend für diese Stoßrichtung steht die *Law & Economics* Bewegung.⁵⁰ Die soziologische Einsicht, dass moderne Gesellschaften durch funktionale Differenzierung gekennzeichnet sind,⁵¹ stellt aber in Frage, ob sich das Recht auf Sozialtheorien aus der Reflexionswissenschaft eines einzigen Funktionssystems (z. B. der Wirtschaft) beschränken darf. Diesen unilateralen Ansätzen und den darin liegenden Beschränkungen wollen wir nicht folgen. Das Recht muss das von allen (!) Sozialtheorien gelieferte Wissen gleichermaßen berücksichtigen.⁵² Unter „Sozialtheorien“ verstehen wir hier sowohl die (empirischen) wissenschaftlichen Modellannahmen als auch etablierte Heuristiken, mit denen in allen (!) anderen Geistes- oder Sozialwissenschaften operiert wird.⁵³ Vor dem Hintergrund funktionaler Differenzierung moderner Gesellschaften liegt das Erkenntnisinteresse dieser modernen Form soziologischer Jurisprudenz primär auf einer kritischen Rekonstruktion der

⁴⁷ Grünberger, in: Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden, 2020 (unter III. 2. a).

⁴⁸ Vgl. Lomfeld, in: ders. (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017, 1 (11).

⁴⁹ Dazu Lomfeld, in: ders. (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017, 1 (6 ff.).

⁵⁰ Exemplarisch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995; G. Wagner, in: MüKo-BGB, Vor § 823 BGB Rn. 51 ff.; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012; klassisch: Posner, Economic Analysis of Law, 2014.

⁵¹ Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 595 ff.; Schimank, in: ders., Differenzierung und Integration der modernen Gesellschaft, 2005, S. 185; Tyrell, in: Heintz/Kieserling/Nacke/Unkelbach (Hrsg.), Soziale und gesellschaftliche Differenzierung, 2008, S. 107.

⁵² Teubner, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, 2015, S. 145 (149 ff.) spricht insoweit von der „Transversalität“ des Rechts.

⁵³ Zur Klärung von begrifflichen Unklarheiten näher Grünberger, AcP 219 (2019), 924 (933 ff.).

Grundinstitutionen des (Privat-)Rechts,⁵⁴ insbesondere des Eigentums⁵⁵, des Vertrags⁵⁶ und der Person⁵⁷. Das ist ein Gegenprogramm zu den Ansätzen, die trotz aller Veränderungen im Privatrecht – Stichworte sind hier Materialisierung, Konstitutionalisierung und Europäisierung⁵⁸ – an einer Meistererzählung von subjektiven Rechten festhalten wollen, die sich gegen den sozialen Kontext ihrer Ausübung immunisiert hat. „Der soziologischen Jurisprudenz liegt [dagegen] ein lernendes Sozialmodell des Rechts zu Grunde.“⁵⁹ Sie betont die soziale Multilateralität der Privatrechtsinstitutionen.⁶⁰ Das Recht wird so dafür sensibilisiert, dass es einen Konflikt zwischen zwei sozialen Systemen (Intersystemkonflikt) selbst, also systemintern, lösen muss, weil es als Funktionssystem die rechtlichen Institutionen bereitstellt, die den Konflikt verursachen und stabilisieren. Responsive Rechtswissenschaft stellt den Rahmen zur Verfügung, wie diese Kenntnisse im Recht produktiv verarbeitet werden können. Sie ist daher primär eine wissenschaftliche Methode.⁶¹

Konsequent zu Ende gedacht, könnte dieser Blick die Konflikte zwischen Personen oder Organisationen innerhalb eines sozialen Systems (Intrasystemkonflikt) unsichtbar machen. Insoweit wird der soziologischen Jurisprudenz systemtheoretischer Provenienz⁶² manchmal vorgeworfen, den Blick für konkrete interpersonelle Konflikte zu verlieren.⁶³ Wir sind der Meinung, dass eine moderne soziologische Jurisprudenz die Person in ihren sozialen Kontexten ebenfalls reflektieren und mit ihrer Methode produktive Erkenntnisse erzielen

⁵⁴ Vgl. *Lomfeld*, in: ders. (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft*, 2017, 1 (14); *Wielsch*, *ZfRSoz* 38 (2018), 304; *ders.*, in: *Festschrift Teubner*, 2009, S. 395; aus dem Öffentlichen Recht beispielhaft *Ladeur*, *Der Staat* 2011, 493; *Karavas*, *Digitale Grundrechte*, 2007.

⁵⁵ *Wielsch*, *Zugangsregeln*, 2008, S. 31 ff.; *ders.*, 5 *Eur. Prop. L.J.* 77 (2016); *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014, S. 120 ff.

⁵⁶ *Teubner*, 9 *Socio and Legal Studies* 399 (2000), 399; *Teubner*, 7 *Theoretical Inquiries in Law* 51 (2006).

⁵⁷ *Wielsch*, *JZ* 2020, 105 (113).

⁵⁸ Statt vieler: *G. Wagner*, in: H. Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, S. 67 (95 ff.).

⁵⁹ *Wielsch*, in: *Festschrift Teubner*, 2009, S. 395 (411).

⁶⁰ Exemplarisch *Wielsch*, *ZfRSoz* 38 (2018), 304 (zur sozialen Multilateralität von Eigentumsrechten, insbesondere des Urheberrechts).

⁶¹ *Grünberger*, *AcP* 219 (2019), 924 (934).

⁶² In der Systemtheorie dient die semantische Verschiebung von „Mensch“ auf „Person“ bzw. „psychisches System“ insbesondere dem Zweck, dass konsequent mit der Unterscheidung von „System und Umwelt“ agiert werden kann. Wenn auch nicht primär, so spielt die Person in der Systemtheorie gleichwohl eine Rolle, vgl. *Fuchs*, in: *Jahraus et al. (Hrsg.), Luhmann Handbuch*, 2012, S. 101.

⁶³ Vgl. *Lepsius*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999, S. 52 ff.; deutlich wird dies in den in Fn. 56 aufgeführten Arbeiten von *Teubner*.

kann.⁶⁴ Werden auf diese Weise Rechtsinstitute analysiert, die, wie das arbeitsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht, einen Intrasystemkonflikt betreffen, versprechen Makrotheorien wie die System- oder die Diskurstheorie keine abschließenden Einsichten über den konkreten sozialen Konflikt. Die hier vorgestellten Konfliktlinien basieren daher zu großen Teilen auf Theorieangeboten, welche die Mikro- und Mesoebene erfassen.⁶⁵

b) Rechtsdogmatik

Dass sich das Nichtdiskriminierungsrecht zu einem eigenständigen (Teil-) Rechtsgebiet herausgebildet hat, bedeutet auch, dass eigene dogmatische Muster entstehen. Diese aus früheren Fallentscheidungen eingedampften abstrakten Figuren, Schemata und Konzepte erfüllen eine enorme Entlastungsfunktion: für künftige Fälle muss nicht mehr auf zahllose Einzelaspekte früherer Fälle zurückgegriffen werden, sondern die Dogmatik hält Schablonen für deren Lösung bereit.⁶⁶ Das bedeutet jedoch auch, dass jedes Auslegungsergebnis, jede dadurch geformte dogmatische Figur und jedes Muster von zwei Faktoren abhängig sind: Sie sind, erstens, vom jeweils spezifischen juristischen Vorverständnis geprägt⁶⁷ und sie sind, zweitens, abhängig von der vorangegangenen rechtlichen Rekonstruktion des sozialen Konflikts, der – setzt sie sich im Entscheidungsdiskurs durch – Bindungswirkung für die Zukunft zukommt.⁶⁸ Das Recht vereinfacht mit seinen spezifischen Mitteln der Wissensgenerierung die von ihm zu lösenden Fälle.⁶⁹ Dabei kann es jedoch passieren, dass nur Teilaspekte der Realität vom Recht wahrgenommen werden – andere, für den sozialen Konflikt möglicherweise gleich wichtige, Aspekte dagegen nicht. Beide Faktoren verstärken die Pfadabhängigkeit dogmatischen Arbeitens, das nur noch den einmal eingeschlagenen dogmatischen Weg kennt. Eine soziologische Jurisprudenz kann hier ansetzen und die sozialen Kontexte des geltenden Rechts aufzeigen. Damit

⁶⁴ Beispielhaft zur Betonung der Rolle von Bewusstseinssystemen *Wielsch*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, 2016, S. 268 (274) – dort im urheberrechtlichen Kontext.

⁶⁵ Das ist hinsichtlich der Transversalität (siehe Text zu Fn. 52) problematisch, weil damit die Zahl der vom Recht zu berücksichtigenden Sozialtheorien steigt. Allerdings ist Wissenschaft ein kollektives Vorhaben und der jeweilige Untersuchungsgegenstand, also das jeweilige Teilrechtsgebiet, macht die Berücksichtigung anderer Sozialtheorien erforderlich.

⁶⁶ *Augsberg*, *Lob der Dogmatik*, rescriptum 2014, 63, http://www.rescriptum.org/Aufsätze/2014_1_063_Augsberg.pdf.

⁶⁷ *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, S. 133 ff.

⁶⁸ Zur Bindungswirkung von Dogmatik anstelle der Methodenlehre siehe *Grünberger*, in: Hähnchen (Hrsg.), *Eine Methodenlehre oder viele Methoden?*, 2020, S. 79, 88 f.

⁶⁹ Vgl. *Boulanger*, in: *Boulanger/Rosenstock/Singelstein* (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 173.

Sachregister

- AGG-Hopper 96–100
Anpassung nach oben 42–49
Äquivalenzgrundsatz 71
Auskunftsanspruch 73 –74, 88
Ausschlussfrist 70–73, 92
- backlash* 38
Begünstigungsaufhebungsverbot 45, 47, 50
Beschwerderecht 13, 78–79
Beseitigungsanspruch 23–26, 41, 42–53, 55, 56, 83
Beweiserleichterung 27–29, 57, 69, 70–72
Beweislastumkehr 28–29, 57, 73–74, 88, 102
Bewerberbegriff 98
Bezugssystem 46
- Diskriminierung
– intersektionelle 4
– mittelbare 17–18, 27, 32, 39, 40, 55, 64
– strukturelle 20, 31–33, 37, 76, 92, 100
Durchsetzungsdefizite 90–95, 96, 100
- effektive Rechtsdurchsetzung 35, 55, 57, 74, 84, 93
Effektivitätsgebot 71–72
Eigenrationalität 3, 6, 7, 35
Entschädigung 13, 25, 26, 46, 83, 88, 96
– gleichheitsrechtliche Zielsetzung 65
– Sanktionskomponente 65–67, 100
– ~sanspruch 50, 53, 54, 58, 62–70, 100
Europäisches Mehrebenensystem 3, 17–29
Exklusion 13, 32, 62, 66, 80, 84, 91, 92
– Exklusionsmechanismus 4, 35
- Fälle der Gesellschaft 11–14
funktionale Differenzierung 8
funktionale Subjektivierung 95–100
- Funktionssystem 4, 7, 8, 9, 31, 33, 35, 36, 62, 64, 90, 92, 101
- Generalisierung 4, 35, 46
geschlechtergerechte Sprache 14–15
Gleichbehandlung
– allgemeines Gleichbehandlungsrecht 4, 50, 79–80
– Gleichbehandlungsgrundsatz 19, 22, 24, 36, 44, 47, 81, 88
– Recht auf 21, 23, 47, 63, 68
- Hierarchie 64, 82, 86, 91, 93, 94, 101
- kollektiver Rechtsschutz 89, 100, 102, 103–106
Konfliktlinie 3, 4, 10, 11, 12, 13, 17, 19, 72, 73, 83
Kontrahierungszwang 13, 25, 49–53
Kundenpräferenzen 32, 34
- Law & Economics* 8
- Maßregelungsverbot 82–87, 94
Mehrdimensionalität des Rechtsfolgenregimes 3, 19–29
Multilateralität der Privatrechtsinstitutionen 9
- Nichtberücksichtigungsschaden 57–58
Nichteinstellungsschaden 26, 56–59
- Persönlichkeitsrecht 42, 60, 62, 63–65
postkategoriales Nichtdiskriminierungsrecht 4
praktische Konkordanz 35, 49–50, 80
Prävention 76 –77
Prävention durch Kompensation 61–62

- private attorney general* 96–97
 Prozeduralisierung 75–80
- Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung
 1, 18, 27, 35, 39, 40, 51, 75, 80
- Rechtsfolgen
 – primäre 22–24
 – sekundäre 24–26
- Rechtsmissbrauch 84, 98–100
- Rechtstheorie 6–8
- Rekonstruktion 4, 8, 10, 32, 72, 91
- Re-Kontextualisierung 74, 98
- Respezifizierung 3–4, 49–53, 67–70, 79–80
- responsiv
 – responsive Rechtsdogmatik 5–12, 38, 60, 65, 74, 86, 88, 99
 – responsive Rechtswissenschaft 5, 7, 9, 12
 – responsives Rechtsfolgenregime 33
 – Responsivität 6–7, 73, 93
- Restitution 23, 65–66, 100
- retaliation* 81–85
- richtlinienkonforme Rechtsfortbildung
 55–56, 70
- Schadensersatz 2, 23, 24, 25, 26, 34, 46, 53–62, 69, 77, 83, 96
 – Anspruchsschuldner*in 59–61
 – Schadensersatzanspruch wegen Nichteinstellung 56–58
 – Schadensumfang 56–59
- soziale Kosten 82, 87, 93–95
- Soziales System 7, 36
- Sozialtheorie 7, 8–10
- soziologische Jurisprudenz 6–12
- Staatshaftungsrecht 18, 67–70
- Stadionverbotsbeschluss 79–80
- Strafschadensersatz 61
- strictly legal point of view* 12
- Strukturbrecher 13, 31–37, 52, 55, 66
- strukturelle Kopplung 11
- subjektives Recht 9, 22, 37, 70, 74, 76, 78
 89, 94, 95, 98, 101–103, 104, 105
- Teilhabe-funktion 35–37, 66
- Testing-Verfahren 100
- Umwelt des Rechts 4, 6, 7, 38, 96, 101
- Unvereinbarkeits- und Nichtigkeits-
 erklärung 48
- Verbandsklage 104–106
- Verfassungsrecht 1, 17–18, 39, 44, 47, 68, 79–80
- Verhältnismäßigkeit 25
 – als Strukturprinzip 37–40
 – von Primäransprüchen 40–53
 – von Sekundäransprüchen 53–70
 – der Anpassung nach oben 43
 – des Kontrahierungszwangs 51–53
 – als Zusammenspiel von Ausschlussfris-
 ten und Beweiserleichterungen 70–74
- Vertragsfreiheit 40, 49, 51–52
- Vertretenmüssen 53–56, 63, 66
- Viktimisierung 14, 81–88
- Zugangsanspruch 40, 80
- Zugangsregel 36–37, 91