

# Rassistische Einlasskontrollen vor Gericht

*Ponke Danker und Sara Kinsky*

## Working Paper Nr. 3 2013

Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte  
in Kooperation mit Antidiskriminierungsbüro Sachsen e.V.

Humboldt Universität zu Berlin  
Juristische Fakultät  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
und Geschlechterstudien  
Unter den Linden 9  
10099 Berlin

<http://baer.rewi.hu-berlin.de/humboldt-law-clinic/working-paper>

In den **Working Paper** werden Schriftstücke, die im Rahmen und in Absprache mit der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte entstanden sind, als Diskussionsgrundlage veröffentlicht. Die Verantwortung für den Inhalt obliegt den jeweiligen Autor\_innen und gibt nicht notwendigerweise die Position der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte oder des Projekts/der Organisation in Kooperation wieder.



## Summary

**Rassistische Einlasskontrollen** sind eine seit vielen Jahren bekannte, bislang jedoch wenig beachtete Form von Alltagsdiskriminierung in Deutschland. Betroffen sind vor allem männliche Jugendliche und junge Männer mit „türkischem“ oder „arabischem“ Aussehen sowie Schwarze Männer, unabhängig davon, ob sie deutsche Staatsangehörige sind oder nicht.<sup>1</sup> Mit dem Ziel das Ausmaß der Problematik in Leipzig festzustellen und Schritte gegen die alltägliche Diskriminierung an der Diskothekentür einzuleiten, führte das Antidiskriminierungsbüro Sachsen (ADB) zusammen mit dem Referat Ausländischer Studierender der Universität Leipzig (RAS) im Oktober 2011 ein „Testing“ in Clubs und Diskotheken der Leipziger Innenstadt durch.

**Testings** sind Verfahren bei denen „eine Vergleichsperson eingesetzt [wird], um zu überprüfen, ob ein Verhalten gegenüber einer Person, bei der eines der in § 1 [AGG] genannten Merkmale vorliegt, gleichermaßen auch gegenüber der Vergleichsperson, bei der dies nicht der Fall ist, erfolgt.“<sup>2</sup> Testings dienen der Aufklärung verdeckter, unmittelbarer Diskriminierung, die andernfalls kaum nachweisbar wäre. Sie sind „ein einfaches Mittel, das es dem Opfer unmittelbarer Diskriminierungen ermöglicht, sich ein Beweismittel für seinen Rechtsstreit zu verschaffen.“<sup>3</sup>

In Leipzig verweigerten sechs der elf getesteten Diskotheken den als „nicht deutsch“ eingeordneten Testern den Zutritt, während die mehrheitsdeutsch aussehenden Vergleichspersonen problemlos eingelassen wurden.<sup>4</sup> Diese Einlasspraxis wurde in den meisten Fällen mit Alibiargumenten gerechtfertigt, die sich auch in anderen Städten immer wieder finden lassen. Die eindeutigen Testing-Situationen und vorgebrachten Alibiargumente der getesteten Clubs und Diskotheken, stellten genügend Indizien dafür dar, dass den Testpersonen aufgrund ihrer vermuteten „nicht deutschen“ Herkunft der begehrte Einlass verweigert wurde.

**Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** bietet durch das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot in § 19 AGG Schutz vor Diskriminierung aus Gründen der „Rasse“<sup>5</sup> oder wegen der ethnischen Herkunft beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen die der

---

1 *ADNB & TBB: Antidiskriminierungsreport Berlin 2006-2008, S.14; Rottleuthner/Mahlmann: Diskriminierung in Deutschland. Fakten und Vermutungen, S. 114.*

2 *BT Drs. 16/1780, S. 47.*

3 *Rorive: Der Situationstest in Europa, S. 42.*

4 *ADB Sachsen: Protokoll Diskotesting, abrufbar unter [http://www.adb-sachsen.de/rassistische\\_einlasskontrollen.html](http://www.adb-sachsen.de/rassistische_einlasskontrollen.html), Stand 20.07.2013.*

5 *Im vorliegenden Gutachten setzen wir den im AGG verwendeten Begriff „Rasse“ in Anführungszeichen, um auf die problematischen Implikationen der Verwendung des Rassebegriffs generell und im Besonderen in der Gesetzgebung hinzuweisen. Vgl. Cremer: „... und welcher Rasse gehören Sie an?“ Zur Problematik des Begriffs „Rasse“ in der Gesetzgebung; Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus: Wege aus der Essentialismusfalle, S. 204, 208ff.*

Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Damit ermöglicht es das Gesetz die erfolgten rassistischen Diskriminierungen an den Leipziger Diskotüren vor Gericht zu bringen und Unterlassungs- sowie Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

**Zum Verfahrensgang:** In dem zunächst durch das ADB angeregten außergerichtlichen Verfahren wurde den Diskotheken eine Einigung in Form eines Vertrages vorgeschlagen, der präventive Maßnahmen gegen Diskriminierung am Diskothekeneinlass vorsah. Da die außergerichtliche Einigung scheiterte, wurden im Januar 2012 beim Amtsgericht Leipzig Klagen wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot gegen fünf Diskotheken in sechs Fällen eingereicht (im Folgenden als Klagekonstellation 1-6 bezeichnet).<sup>6</sup>

**Das vorliegende Gutachten** behandelt die zentralen rechtlichen Fragen, die sich ergeben, wenn Diskriminierungen an der Diskotür mit juristischen Mitteln entgegengewirkt werden soll. Geprüft wird die Entstehung des Anspruchs auf Schadensersatz sowie die Berechnung dessen Höhe. Dabei wird insbesondere diskutiert, welchen Einfluss die durchgeführten Testing-Verfahren auf den Schadensersatzanspruch und dessen Höhe haben und inwiefern mittels eines rechtlichen Verfahrens Formen struktureller rassistischer Diskriminierung<sup>7</sup> Einhalt geboten werden kann.

Das Gutachten wurde 2012 vor dem Hintergrund und zur Unterstützung der konkreten Fallkonstellationen in Leipzig erstellt. Es kann und soll jedoch auch andernorts als Grundlage für das Vorgehen gegen rassistische Alltagsdiskriminierung im Privatrechtsverkehr dienen.

**Hingewiesen sei an dieser Stelle** auch auf das nach Redaktionsschluss ergangene Urteil des Amtsgerichts Hannover, dass die Einlassverweigerung gegenüber einem deutschen jungen Mann, der als Kind einer türkischen Familie aus der Türkei nach Deutschland eingewandert war, als Diskriminierung „aus Gründen der ethnischen Herkunft und des Geschlechts“ und „erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht“ einstufte und dem Betroffenen eine Entschädigung in Höhe von 1000,00 Euro zusprach.<sup>8</sup>

Berlin, den 20.09.2013

---

<sup>6</sup> ADB Sachsen: Chronologie der Ereignisse, abrufbar unter [http://www.adb-sachsen.de/rassistische\\_einlasskontrollen.html](http://www.adb-sachsen.de/rassistische_einlasskontrollen.html), Stand 20.07.2013.

<sup>7</sup> Von „struktureller rassistischer Diskriminierung“ sprechen wir vorliegend, um diese als „Ungleichheitslage zu kennzeichnen, die sich gesellschaftlich verfestigt hat“ (vgl. Baer/Bittner/Göttsche: Mehrdimensionale Diskriminierung. Begriffe, Theorien und juristische Analyse, S. 19). Auf Implikationen dieses Aspekts wird insbesondere eingegangen.

<sup>8</sup> AG Hannover, Urteil vom 15.08.2013, Az. 482 C 107/44712, abrufbar unter: <http://www.bug-ev.org/aktivitaeten/aktuelle-klagen/diskriminierung-bei-freizeiteinrichtungen/klage-diskothek-hannover.html>, Stand 20.09.2013.

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens</b> .....	<b>3</b>
<b>I. Benachteiligung</b> .....	<b>3</b>
1. Die unproblematischen Fälle .....	3
2. Streitstand .....	4
3. Vereinbarkeit mit den EU-Richtlinien und den EuGH-Entscheidungen .....	4
4. Die Indizien: Details zu den einzelnen Klagen.....	5
a. Nur Indizien für die Benachteiligung: Subsumtion betreffend der Klagekonstellation 1 .....	5
b. Subsumtion betreffend der restlichen Klagekonstellationen .....	5
<b>II. Aufgrund rassistischer Zuschreibungen bzw. der vermuteten oder tatsächlichen ethnischen Herkunft</b> .....	<b>6</b>
1. Die Indizien, insbesondere Alibiargumente: Details zu den einzelnen Klagekonstellationen .....	8
a. Alibiargument Privatparty: Details zur Klagekonstellation 2 .....	8
b. Alibiargument Visa-Laufzeit: Details zur Klagekonstellation 3.....	8
c. Alibiargument Studierendenparty: Details zur Klagekonstellation 4 .....	9
d. Alibiargument Stammgäste: Details zur Klagekonstellation 5.....	9
e. Kein Alibiargument: Klagekonstellation 6 .....	9
<b>III. Voraussetzungen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots gem. § 19 I und II AGG</b> .....	<b>10</b>
<b>IV. Kein sachlicher Grund zur Rechtfertigung nach § 20 I 1</b> .....	<b>11</b>
<b>V. Missbrauch des AGG</b> .....	<b>11</b>
<b>VI. Zwischenergebnis</b> .....	<b>15</b>
<b>B. Höhe des Anspruchs</b> .....	<b>15</b>
<b>I. Bemessung der Höhe des Anspruchs</b> .....	<b>15</b>
1. Genugtuungsfunktion .....	15
2. Abschreckende Wirkung: Präventivfunktion.....	15
3. Zwischenergebnis .....	19
<b>II. Bemessung der Höhe des Anspruchs im Einzelfall</b> .....	<b>20</b>
1. Erheblichkeit der Diskriminierung .....	20
a. Vorliegen einer Verletzung?.....	20
b. Intensität der Verletzung .....	20
c. Auswirkungen der Testing-Verfahren .....	23
d. Zwischenergebnis .....	26
2. Erfüllung des Normzwecks im Einzelfall.....	26
a. Genugtuung.....	26
b. Abschreckende Wirkung: Präventivfunktion.....	27
3. Festlegung der genauen Summe des zu zahlenden Schadensersatzes .....	27
<b>C. Gesamtergebnis</b> .....	<b>28</b>



## A. Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens

Die Klagenden (K) haben gem. § 21 II AGG<sup>1</sup> einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens, wenn sie gem. § 19 II i.V.m § 2 I Nr. 8 beim Zugang zu einer öffentlich angebotenen Dienstleistung aufgrund „rassistischer Zuschreibungen“ bzw. vermuteter oder tatsächlicher Herkunft benachteiligt wurden und keine sachlichen Gründe zur Rechtfertigung gem. § 20 I 1 vorliegen.

Voraussetzungen für Anspruch auf Schadensersatz

### I. Benachteiligung

Die K müssen benachteiligt worden sein. Eine Benachteiligung, also eine weniger günstige Behandlung i.S.d. § 3, könnte vorliegend darin bestehen, dass den K im Gegensatz zu anderen Besucher\_innen<sup>2</sup> der Einlass in die Diskothek verweigert worden ist.

Benachteiligung

Wenn gem. § 22 eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen den Schutzbereich des AGG vorliegt. Diese Beweislastumkehr modifiziert die sonst üblichen Beweislastregeln des deutschen Zivilprozessrechts, da der klagenden Partei der Beweis der Diskriminierungstatbestände andernfalls häufig nicht gelingen wird. Dies ergibt sich auch aus dem Ziel der zugrunde liegenden EU-Richtlinie RL 2000/43/EG, welche mit Hilfe der Beweiserleichterung einen Ausgleich dieses Machtungleichgewichts durch Erleichterung der prozessualen Anforderungen zu erreichen sucht.<sup>3</sup>

Beweislastumkehr nach § 22 AGG

Grundlage: EU-RL 2000/43/EG

Strittig ist, ob dieser Indizienbeweis für alle Merkmale der Diskriminierungstatbestände gilt und damit auch für die Tatsache der Benachteiligung Indizien genügen.

Streit: Reichweite der Beweiserleichterung

## 1. Die unproblematischen Fälle

<sup>1</sup> Im Folgenden sind alle Paragraphen ohne Gesetzesangabe solche des AGG.

<sup>2</sup> Im vorliegenden Gutachten verwenden wir die geschlechtergerechte Sprache. Wann immer neutrale Formulierungen nicht möglich sind, verwenden wir den „gender gap“ (vgl. Herrmann, Steffen Kitty: Performing the Gap – Queere Gestalten und geschlechtliche Aneignung) um darauf hinzuweisen, dass die bipolare Geschlechteraufteilung gesellschaftlich konstruiert ist und um, neben dem männlichen und weiblichen Geschlecht, auch weitere Geschlechter (Inter, Trans, etc.) miteinzubeziehen. Sprechen wir vorliegend über den „Kläger“, „Tester“ oder „Vergleichspersonen“ verwenden wir die männliche Form, da es sich in den Klagekonstellationen um als männlich gelesene Personen handelt. Rassistische Diskriminierung an der Diskothekentür betrifft zumeist als männlich und „nicht deutsch“ wahrgenommene Personen. Diese spezifische Form von Mehrfachdiskriminierung soll nicht durch die genderneutrale Sprache aus dem Blick geraten.

<sup>3</sup> *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, § 22, Rn. 4-6; *Kocher*, in: Schiek, § 22, Rn. 1.

In unproblematischen Fällen

Ein Streitentscheid kann in solchen Fällen entfallen, in denen die Erbringung des Vollbeweises der Tatsache der Benachteiligung nicht schwer fällt. So liegt eine Benachteiligung vor, wenn die K am Einlass der Diskothek abgewiesen wurden, während andere Personen unmittelbar nach ihnen die Diskothek betreten konnten.

## 2. Streitstand

Streitstand

h.M.

Ist ein Vollbeweis der Benachteiligung nicht möglich, wird der Streit jedoch relevant. Die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung vertritt dabei die Auffassung, dass die diskriminierten Personen zunächst die ungleiche Behandlung in vollem Umfang beweisen müssen. Die Beweismaßabsenkung durch den Indizienbeweis betrifft nach dieser Meinung nur die Behauptung, die Benachteiligung beruhe auf einer oder mehreren der in § 1 genannten Diskriminierungskategorien (Diskriminierungsgründe).<sup>4</sup> Die andere Ansicht vertritt, dass durch die Beweislastregelung insgesamt eine Beweiserleichterung hinsichtlich des Begriffs der Diskriminierung geschaffen werden soll.<sup>5</sup> Nach Wortlaut und auch gemäß der amtlichen Begründung<sup>6</sup> zu § 22 könnte angenommen werden, dass der herrschenden Meinung zu folgen wäre. Demnach gelte die Beweislasteichterung nur im Hinblick auf die Kausalität des Benachteiligungsgrundes.

a.A.

## 3. Vereinbarkeit mit den EU-Richtlinien und den EuGH-Entscheidungen

Vereinbarkeit mit den EU-RL und den EuGH-Entscheidungen

Gemäß der Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft, RL 2000/43/EG, ist eine Änderung der Regeln für die Beweislastverteilung geboten, wenn ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung besteht.<sup>7</sup> Demnach bezieht sich die Beweislastverschiebung unterschiedslos auf den gesamten Diskriminierungstatbestand. Auch der EuGH fordert keinen Vollbeweis für die Benachteiligung.<sup>8</sup> Die innerstaatlichen Regelungen müssen gewährleisten, dass jede Person, die von einer Dis-

4 *Grüneberg*, in: Palandt, § 22, Rn. 2; *Falke*, in: Rust/Falke, § 22, Rn.18; *Kocher*, in: Schiek, § 22, Rn. 11.

5 *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, § 22, Rn. 15-22.; *Windel*: Der Beweis diskriminierender Benachteiligungen, S.3.; *Klose/Kühn*: Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, S. 41 f.

6 BT-Drs. 16/1780 S. 47.

7 RL 2000/43/EG Nr. 21.

8 EuGH Urteil vom 27.10.1993 - Rs. C-127/92 (Enderby), zitiert in *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 22, Rn. 18.

kriminierung i.S.d. AGG betroffen ist, ihre Rechte gerichtlich geltend machen kann. Dazu müssen die Mitgliedstaaten wirksame Maßnahmen ergreifen und dafür Sorge tragen, dass die Betroffenen tatsächlich ihre Rechte vor den innerstaatlichen Gerichten geltend machen können. Dieser Maßgabe wird mithin nur eine Beweislastleichterung für alle Tatbestandsmerkmale der Diskriminierung gerecht.

Nach dem Wortlaut der amtlichen Begründung<sup>9</sup> würde § 22 diese Anforderungen nicht erfüllen. Gerichte und Behörden sind aber verpflichtet das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen. Dieser Grundsatz greift dann, wenn das nationale Recht einen Spielraum lässt. Vorliegend lässt sich aufgrund des Relativsatzes der erste Halbsatz des § 22 auf den gesamten zweiten Halbsatz beziehen, also nicht nur auf die Worte „wegen eines in § 1 genannten Grundes“, sondern auch auf die „Benachteiligung“ selbst.

Im Ergebnis muss auf diese Weise nach beiden Auffassungen entschieden werden, dass ein Indizienbeweis sowohl für den betroffenen Diskriminierungsgrund als auch für die Benachteiligung an sich gilt und kein Vollbeweis zu fordern ist.

Richtlinienkonforme Auslegung  
der h.M.

Ergebnis des Streits

#### **4. Die Indizien: Details zu den einzelnen Klagen**

##### **a. Nur Indizien für die Benachteiligung: Subsumtion betreffend der Klagekonstellation 1**

In der Klagekonstellation 1 konnten die Zeug\_innen nicht beobachten, dass andere Personen unmittelbar im Anschluss die Diskothek betraten. Ausreichend ist aber gemäß den obigen Ausführungen ein Indiz für die Benachteiligung. Die Tatsache, dass die weiteren noch in der Schlange vor dem Einlass des Clubs wartenden Personen die Schlange nicht verließen und auch kein Anhaltspunkt bestand, dass die Security sie wegschicken würden, stellt ein ausreichendes Indiz für die Benachteiligung dar. Zudem wurde eine sich um den Einlass sorgende Wartende von ihrer Freundin beruhigt, dass es „weiter ginge, wenn die [der K und seine Begleiter] dort weg wären“. Auch dies spricht dafür, dass die weiteren Wartenden eingelassen wurden und somit eine Benachteiligung des K vorlag.

Nur Indizien für die Benachteiligung: Zur Klagekonstellation 1

##### **b. Subsumtion betreffend der restlichen Klagekonstellationen**

Nach der Abweisung der K und ihrer Begleiter wurde in allen anderen

Die eindeutigen Fälle: Zu den anderen Klagen

<sup>9</sup> BT-Drs. 16/1780 S. 47.

Fällen anderen Personen (u.a. den Vergleichspersonen) der Eintritt gewährt. Die Benachteiligung ist damit eindeutig gegeben.

## **II. Aufgrund rassistischer Zuschreibungen bzw. der vermuteten oder tatsächlichen ethnischen Herkunft**

Begriff der Rasse, der ethnische Herkunft, der rassistischen Diskriminierung

Die K müssen aufgrund rassistischer Zuschreibungen bzw. der ethnischen Herkunft benachteiligt worden sein. Eine solche Benachteiligung liegt vor, wenn Personen aufgrund äußerer Merkmale wie Phänotyp, Sprache und Kleidung stigmatisiert werden, indem daran anknüpfend auf eine „nicht deutsche“ Herkunft geschlossen wird oder die „nicht deutsche“ Staatsangehörigkeit oder ein Migrationshintergrund bekannt ist und damit pauschal ein bestimmtes aggressives/problematisches Verhalten unterstellt wird. Die Gesetzesbegründung des AGG stellt unter Berufung auf internationale Menschenrechtsabkommen und die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien klar, dass es keine Menschenrassen gibt, mit dem Begriff der „Rasse“ vielmehr rassistische Zuschreibungen gemeint sind.<sup>10</sup> Ähnliches gilt für den Begriff der ethnischen Herkunft. Beide Diskriminierungsgründe lassen sich nicht sauber von einander abgrenzen. Es kommt daher auch nicht darauf an, welche Herkunft eine betroffene Person hat, sondern, ob ihm eine bestimmte Herkunft, hier die „nicht deutsche“ Herkunft zugeschrieben wird und damit ein „Anderssein“ verbunden wird. Alternativ kann daher der Begriff der „rassistischen Diskriminierung“ oder „rassistischen Zuschreibung“ für beide Diskriminierungsgründe verwendet werden.<sup>11</sup> Dabei ist Rassismus nicht mit „Ausländerhass“ oder „Fremdenfeindlichkeit“ zu verwechseln. Auf eine feindliche Gesinnung kommt es beim Diskriminierungsbegriff nicht an. Es reicht auch, dass es sich um unhinterfragte gesellschaftlich weitverbreitete Ressentiments handelt, die für die davon Betroffenen im Alltag vielfache Würdeverletzungen und Benachteiligungen mit sich bringen. Rassistisch bedeutet nach dieser Definition, dass Menschen, die nicht in gängige Vorstellungen darüber wie „Deutsche“ aussehen, als „anders“ („nicht deutsch“) eingeordnet werden und ihnen pauschal negative Eigenschaften („passen hier nicht rein“, „machen Stress“) zugeschrieben werden.<sup>12</sup> Für den Nachweis einer solchen rassistischen Diskriminierung reichen unstrittig gem. § 22 Indizien, die eine Benachteiligung aufgrund dieser Diskriminierungskategorien vermuten lassen, um eine Beweislastumkehr nach sich zu

Beweislastumkehr nach § 22 AGG

<sup>10</sup> BT-Drs. 16/1780 S. 31.

<sup>11</sup> *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus: Wege aus der Essentialismusfalle*, S. 211f.

<sup>12</sup> *Terkessidis: Die Banalität des Rassismus*, S. 13 ff.

ziehen. Dabei genügt als Indiz ein gegenüber einer Person ausgeübtes Verhalten, dass auf eine Benachteiligung aufgrund des fraglichen Grundes schließen lässt. Dabei muss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Diskriminierung (51%), also die Kausalität zwischen dem Diskriminierungsmerkmal und der Benachteiligung nahe liegen.<sup>13</sup> Dabei genügt es, Hilfstatsachen vorzutragen, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität zulassen, aber die Annahme rechtfertigen, dass die Kausalität gegeben ist.<sup>14</sup> Vorliegend könnte der Verlauf der Testingsituationen sowie die durch die Diskotheken vorgebrachten falschen Begründungen für die Benachteiligung (Alibi-Argumentationen) solche Indizien darstellen. Die Gesetzesbegründung zu § 22 nennt die Ergebnisse von Testing-Verfahren ausdrücklich als mögliche Indizien.<sup>15</sup> Die Security verweigerten den K und ihren Begleitern den Eintritt, während die nachfolgenden Wartenden eingelassen wurden. Zwischen diesen Personen (den Vergleichspersonen) und den K gibt es kein weiteres Unterscheidungsmerkmal als die aufgrund von Äußerlichkeiten vermutete „nicht deutsche“ Herkunft der K. Dies lässt eine Benachteiligung aufgrund rassistischer Zuschreibungen bzw. der ethnischen Herkunft also eine rassistische Diskriminierung vermuten. Weiteres Indiz sind die Alibi-Argumentationen und Ausweichungen der Diskotheken. Allerdings könnten die beklagten Diskotheken (B) anführen, dass sie keine generell diskriminierende Einlasspolitik verfolgen. Sie seien ohne Ausnahme an zahlender Kundschaft interessiert und begründen Schuldverhältnisse bei denen die Betreiber\_innen keine besonderen Anforderungen an ihre Gäste stellen. Ihr Personal sei dazu angewiesen, keine unzulässigen Auswahlkriterien beim Einlass anzuwenden. Weiterhin beschäftigen die Diskotheken auch „nicht deutsche“ Mitarbeiter\_innen oder solche mit Migrationshintergrund. Auch waren „nicht deutsche“ bzw. nicht als deutsch angesehene Gäste zum Zeitpunkt des Vorfalls in der Diskothek anwesend. Dies weise darauf hin, dass ein vielfältiges Publikum in den Diskotheken erwünscht sei. Diese allgemeinen auf eine nicht-diskriminierende Einlasspolitik hinweisenden Argumente bleiben jedoch unbeachtlich. Abzustellen ist nur auf den jeweiligen Einzelfall. Allein dieser ist schon zurechenbar.<sup>16</sup>

Indizien

Einzelfall zurechenbar

<sup>13</sup> *Kocher*, in: Schiek, § 22, Rn. 16, 18; *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 22, Rn. 24-25, 32.

<sup>14</sup> BAG vom 16.02.2012 - 8 AZR 242/11, in NZA 2012, S. 1307; BAG vom 23.08.2012 - 8 AZR 285/11, in NZA 2013, S. 37, jeweils m.w.N.

<sup>15</sup> BT-Drs. 15/4538, S. 45; *Klose/Kühn*: Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, S. 42; *Kocher*, in: Schiek, § 22, Rn. 35.

<sup>16</sup> LG Tübingen vom 06.07.2011 - 7 O 111-11, Entscheidungsgründe, Nr. 2.

Keine diskriminierenden Äußerungen

Dass keine diskriminierenden Äußerungen unmittelbar gegenüber den K getätigt wurden, ist unbeachtlich, da es sich um eine verdeckte Diskriminierung handeln kann. Verdeckte Diskriminierungen sind ebenso vom Schutzbereich des AGG umfasst und können genau wie offensichtliche Ungleichbehandlung Diskriminierungsmerkmale erfüllen.

Ergebnis

Die angeführten Indizien lassen mithin eine rassistische Diskriminierung vermuten.

## **1. Die Indizien, insbesondere Alibiargumente: Details zu den einzelnen Klagekonstellationen**

### **a. Alibiargument Privatparty: Details zur Klagekonstellation 2**

Alibiargumente Privatparty

In dieser Konstellation fiel u.a. das Alibi-Argument, es handle sich um eine Privatparty. Dies ist ein Indiz für eine rassistische Diskriminierung. Auch die später eintretenden Personen, die im Unterschied zu den K als „Deutsche“ angesehen wurden, waren nicht auf eine solche Privatparty des Clubs eingeladen und wiesen sogar explizit darauf hin. Eine rassistische Diskriminierung ist mithin zu vermuten.

### **b. Alibiargument Visa-Laufzeit: Details zur Klagekonstellation 3**

Alibiargument Visa-Laufzeiten

Die B der Klagekonstellation 3 könnte anführen, keine generell diskriminierende Einlasspolitik zu verfolgen, insbesondere da eine der Testpersonen, der Begleiter des K den Club nach eingehender Kontrolle betreten konnte. Für das Argument der nicht-diskriminierenden Einlasspolitik gelten aber die oben genannten Ausführungen. Nicht alle am Einlass Interessierten „nicht deutscher“ Herkunft oder mit Migrationshintergrund abzuweisen kann zudem als Strategie angesehen werden, die bezweckt, den Eindruck zu erwecken nicht zu diskriminieren. Außerdem erreichen Diskotheken mit dieser Praxis regelmäßig, dass auch die eingelassenen Begleiter\_innen der ausgeschlossenen bzw. diskriminierten Person nicht eintreten und durch diese vorgenommene Trennung die gesamte Gruppe von einem Besuch der Diskothek abgehalten wird. Vorliegend wurde der K und einer seiner Begleiter mit dem Argument abgewiesen die Visalaufzeiten seien zu kurz. Es ist naheliegend, dass es sich um eine Suche nach Gründen handelte, um die betreffenden Personen auszuschließen. Die Kontrolle der Visa obliegt selbstverständlich nicht einem privaten Anbieter einer Diskothek, sondern nur dem Staat selbst. Diese besonderen Ausweiskontrollen weisen an sich bereits auf ein diskriminierendes Verhalten hin, entbehren sie doch jeglicher Grundlage und stellen lediglich eine Schikane der betroffenen

Personen dar. Auch die Vorerfahrungen mit der betreffenden Diskothek (Beschwerden sowie Testings durch das ADB in den Jahren 2006 und 2008) unterstützten den Eindruck einer Diskriminierung.

Die Abweisung im Gegensatz zu unmittelbar nach dem K und seinem Begleiter den Club betretenden Personen mithilfe eines unzulässigen Arguments reicht als Indiz für eine rassistische Diskriminierung.

**c. Alibiargument Studierendenparty: Details zur Klagekonstellation 4**

Beim Versuch die Diskothek zu betreten wurden der K und seine Begleiter mit der Erklärung abgewiesen, die Party wäre nur für Studierende. Der K und seine Begleiter konnten keine Studierendenausweise vorlegen. Die unmittelbar nach dem K wartenden Vergleichspersonen wurden allerdings eingelassen, obgleich sie explizit darauf hinwiesen, keine Studierenden zu sein. Zudem lies sich den noch nach der Abweisung des K auf der Straße verteilten Werbe-Flyern für die Veranstaltung, kein Hinweis auf eine Studierenden-Party entnehmen.

Alibiargument Studierendenparty

Die Abweisung im Gegensatz zu unmittelbar nach dem K und seinen Begleitern den Club betretenden Personen mithilfe eines Alibi-Arguments stellt ein ausreichendes Indiz für eine rassistische Diskriminierung dar.

**d. Alibiargument Stammgäste: Details zur Klagekonstellation 5**

Beim Versuch den Club zu betreten wurden der K und seine Begleiter mit der Erklärung abgewiesen, es würden nur Stammgäste eingelassen. Die unmittelbar nach dem K wartenden Vergleichspersonen wurden allerdings eingelassen, obgleich sie explizit darauf hinwiesen keine Stammgäste zu sein. Zudem gab es Vorerfahrungen mit diskriminierenden Einlassspraxen des Clubs. Auch 2008 stellte das ADB bei einem Testing eine rassistische Diskriminierung fest.

Alibiargument Stammgäste

Die Abweisung des K im Gegensatz zu unmittelbar nach dem K und seinen Begleitern den Club betretenden Personen mithilfe eines Alibi-Arguments stellt ein ausreichende Indiz für eine rassistische Diskriminierung dar.

**e. Kein Alibiargument: Klagekonstellation 6**

Der Club führt an, bei der Begründung der Schuldverhältnisse keine besonderen Anforderungen an die Gäste zu stellen. Es bestehe kein Anlass zahlungsfähige und -willige Interessierte abzuweisen. Zudem verweist die B darauf regelmäßig Gäste mit Migrationshintergrund zu empfan-

Kein Alibiargument

gen sowie Sicherheitspersonal und weitere Personen mit Migrationshintergrund zu beschäftigen. Die B hätte kein Interesse an einer diskriminierenden Einlasspolitik. Grundsätzlich wären alle willkommen. Der K wäre jedoch tendenziell aggressiv aufgetreten. Es handele sich somit nicht um eine rassistische Diskriminierung. Jede\_r Andere hätte in einer vergleichbaren Situation die gleiche Behandlung erfahren. Zudem hätte die Security zu keinem Zeitpunkt diskriminierende Äußerungen gegenüber den K geäußert.

Diese Argumente für eine nicht-diskriminierende Einlasspolitik bleiben jedoch, wie bereits ausgeführt, unbeachtlich. Abzustellen ist auf den jeweiligen Einzelfall. Ebenso unbeachtlich bleibt, dass keine diskriminierenden Äußerungen unmittelbar gegenüber den K getätigt wurden. Wie oben ausgeführt, reichen Indizien.

Vorliegend verhielten sich der K und seine Begleiter nicht aggressiv, was von Zeug\_innen bestätigt werden kann. Die Security wies sie aber ohne Erklärung ab. Es gibt ausreichend Hinweise darauf, dass im Anschluss weitere Wartende die Diskothek betreten durften. Der einzige Unterschied zwischen dem K und seinen Begleitern und diesen Gästen liegt in der vermuteten Herkunft auf die mittels äußerlicher Zuschreibungen geschlossen wurde. Auch die Tatsache, dass die Security keinen Grund nannte und dann erst nachträglich in der Stellungnahme zur Klageschrift auf das aggressive Verhalten hinweist, lässt vermuten, dass der Grund für die Abweisung die vermutete „nicht deutsche“ Herkunft der Abgewiesenen war. Dies sind ausreichende Indizien für eine rassistische Diskriminierung.

### **III. Voraussetzungen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots gem. § 19 I und II AGG**

Massengeschäft

Beim zivilrechtlichen Schuldverhältnis zwischen Diskotheken und ihren Kund\_innen handelt es sich um ein typischerweise ohne Ansehen der Person, zu vergleichbaren Bedingungen, in einer Vielzahl von Fällen abgeschlossenes und öffentlich angebotenes Schuldverhältnis i.S.d. § 19 I Nr. 1 Alt. 1, also um ein Massengeschäft.<sup>17</sup>

Ohne Ansehung der Person?

Das Argument, dass Diskotheken in der Regel Türsteher\_innen einsetzen, deren Aufgabe es gerade ist potentielle Gäste „anzusehen“ steht dem nicht entgegen. Regelmäßig („typischerweise“) stellen Diskotheken keine besonderen Anforderungen an die Person. Eine Ansehung findet nur statt, wenn die Abweisung aus legitimen Gründen notwendig ist,

---

<sup>17</sup> OLG Stuttgart vom 12.12.2011 - 10 U 106/11 Rn. 16.

um alle weiteren Pflichten aus den mit den Kund\_innen abgeschlossenen Schuldverhältnissen zu erfüllen. Zu diesen legitimen Gründen zählen zum Beispiel unangemessene Kleidung, Alkoholisierung, Verdacht auf Drogen und Verhalten, dass auf Aggressionspotential schließen lässt.<sup>18</sup> Funktion dieser Ansehung ist es demnach einerseits, im Hinblick auf die Kleiderordnung einen bestimmten Stil der Diskothek zu wahren und andererseits, die Diskothek und das eingelassene Publikum zu schützen. Dies ist legitim, solange die Ansehung auf das konkrete beeinflussbare Verhalten und nicht auf eines in § 1 AGG genannten Merkmale abstellt. Es können folglich keine pauschalen Annahmen und Vorurteile, wie beispielsweise solche, dass Menschen mit Migrationshintergrund aggressiv wären, bei der Ansehung angewendet werden. Auch können Betreiber\_innen die diskriminierenden Präferenzen ihrer Kundschaft nicht als Grundlage für eine Differenzierung heranziehen, weder zum Schutz der vermeintlichen „Gruppen“ voreinander noch um ein bestimmtes Image der Diskothek zu wahren.<sup>19</sup> In diesem Zusammenhang werden von Diskotheken häufig rassistische Quotenregelungen aufgestellt. Diese sind demnach jedenfalls unzulässig. Dies gilt sowohl für veröffentlichte<sup>20</sup> als auch für inoffiziell praktizierte Quoten.

Quotenregelungen

Unabhängig davon, dass es sich um ein Massengeschäft handelt, ist gem. § 19 II i.V.m § 2 I Nr. 8 der Schutzbereich des AGG eröffnet, da es sich um einen Fall rassistischer Diskriminierung handelt.

Weiter Anwendungsbereich des § 19 II AGG

#### **IV. Kein sachlicher Grund zur Rechtfertigung nach § 20 I 1**

Weiterhin darf kein sachlicher Grund zur Rechtfertigung gem. § 20 I 1 vorliegen. Ein solcher kommt nur für die Merkmale Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität oder Geschlecht in Betracht. Da vorliegend rassistische Diskriminierung in Frage steht, ist danach keine Rechtfertigung möglich.

Keine Rechtfertigung möglich

#### **V. Missbrauch des AGG**

Ein Anspruch aus § 21 II 3 AGG könnte allerdings entfallen, wenn die K entweder objektiv nicht als Vertragspartner in Frage kamen oder sub-

Entfallen des Anspruchs wegen Missbrauchs?

<sup>18</sup> ebd.; Heese: Offene Preisdiskriminierung und zivilrechtliches Benachteiligungsverbot, Eine Zwischenbilanz, S. 573.

<sup>19</sup> Franke/Schlichtmann, in: Däubler/Bertzbach, § 19, Rn. 30.

<sup>20</sup> Als Beispiele für öffentlich gemachte rassistische Quotenregelungen von Clubs siehe Volkspalast Leipzig (vgl. <http://www.chronikle.org/ereignis/rassistische-einlasspolitik-volkspalast> zuletzt aufgerufen am 09.08.2012) oder Musikarena A5 Freiburg (vgl. <http://fudder.de/artikel/2008/04/03/musikarena-a5-auslaender-sollen-clubkarte-bearbeiten/> zuletzt aufgerufen am 09.08.2012).

ektiv nicht ernstlich an einem Vertragsschluss interessiert waren.<sup>21</sup>

Beide Varianten zielen auf das Ausscheiden von Fällen des Rechtsmissbrauchs und knüpfen an Überlegungen an, die in der Rechtsprechung vor allem im Arbeitsrecht relevant geworden sind.<sup>22</sup> Nicht ernsthaft an einer Arbeitsstelle interessierte Bewerber\_innen, häufig als „professionelle Diskriminierungskläger“<sup>23</sup> bezeichnet, die auf eine Diskriminierung und damit auf Schadensersatzzahlungen spekulieren, sollen von einem Anspruch ausgeschlossen werden. Ebenfalls sollen auch rechtsmissbräuchliche nicht ernsthafte Bewerbungen ausgeschlossen werden.<sup>24</sup> Die objektive Geeignetheit der Bewerber\_innen wird also ebenso wie ihr subjektives Interesse in Hinblick auf rechtsmissbräuchliches Verhalten in den Blick genommen.

Objektiv nicht als Vertragspartner\_in in Frage gekommen?

Für die vorliegenden Fälle scheidet erstere Option mangels Grundlage aus. Alle K kamen unstreitig als Vertragspartner in Frage.

Subjektives Interesse am Vertragsschluss?

Fraglich ist aber, ob die K subjektiv ernstlich an einem Vertragsschluss interessiert waren.

Nur kurzes oder gar kein Verweilen im Club geplant

Dagegen angeführt werden könnte, dass die K jeweils nur kurz oder gar nicht in den Clubs verweilen wollten und es ihnen nicht darum ging dort zu feiern, sondern darum auszutesten und aufzuzeigen, ob und dass dort diskriminierende Einlasskontrollen stattfinden. Dies und die Tatsache, dass ein und derselbe K gleich mehrere Clubs verklagen, zeige, dass es den K nur um „Geldmacherei“ ginge. In Fällen, in denen eine invitatio ad offerendum nur zu dem Zwecke abgegeben wird, um professionell eine Entschädigung wegen Diskriminierung erstreiten zu können,<sup>25</sup> ist ein Ausscheiden der Anspruchsgrundlage gerechtfertigt, da es sich um Missbrauch des AGG handle.

Gegenargumente: Wollten generell Einlass erlangen

Dem Argument, dass die K nur kurz oder gar nicht in den Clubs verweilen wollten, ist jedoch entgegen zu setzen, dass es den K gerade darum ging, in die Clubs eingelassen zu werden. Der begehrte Einlass wurde ihnen aber aufgrund der Diskriminierung verwehrt. Mithilfe des Testings wollen die K den gleichberechtigten Zutritt zu den Clubs erreichen und verhindern, dass sie weiterhin durch diskriminierende Einlasskontrollen am Einlass in die Diskotheken gehindert werden. Die K

21 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 21 Rn. 56; *Kocher*, in: Schiek, § 15, Rn. 44 f.

22 *Rottleuthner/Mahlmann*: Diskriminierung in Deutschland. Fakten und Vermutungen, S. 304.

23 vgl. *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, §15, Rn 53; *Rottleuthner/Mahlmann*: Diskriminierung in Deutschland. Fakten und Vermutungen, S. 73 f., 340 ff., 395; *Windel*: Aktuelle Beweisfragen im Antidiskriminierungsprozess, S. 194.

24 *Kocher*, in: Schiek, § 15, Rn. 45; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 15, Rn 53.

25 *Kocher*, in: Schiek, § 15, Rn. 45 ; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 21, Rn 56.

wollten mithilfe des Testings dafür sorgen, dass sie zumindest beim nächsten Besuch der Clubs Eintritt erlangen, um dort den Abend zu verbringen, zu tanzen, also den üblichen Tätigkeiten von Diskothekenbesucher\_innen nachzugehen.. Die K zielen folglich darauf ab, generell Einlass in die Clubs zu erlangen. Es wäre ein Zirkelschluss, den K vorzuwerfen, dass sie kein subjektives Interesse am Aufenthalt in der Diskothek hätten, weil sie ein Testing durchführen, während ihnen auf der anderen Seite eben ein solcher Aufenthalt durch die diskriminierende Einlasskontrollen verwehrt bleibt und sie darum diese diskriminierenden Einlasskontrollen gerade durch das Testing aufzeigen wollen, um eben diese zu verhindern und dann einen gleichberechtigten Zugang zu erreichen. Mit dem Argument, dass die K nicht in den Clubs verweilen wollten, würden die diskriminierende Türkontrollen auf unzulässige Weise gegen die K verwendet werden.

Hinzu kommt, dass es für die Wirksamkeit eines Vertragschlusses unbeachtlich ist, zu welchem Zweck die K den Einlass in die Clubs begehren - zumindest solange dieser Zweck sich in einem legalen Rahmen bewegt. Ob die K den Club betreten wollten, um zu tanzen, nur darum, um später aufführen zu können, dass sie den Club betreten hatten, oder eben um langfristig Diskriminierungen zu verhindern, von denen sie selbst betroffen sind, ist für die Vertragsparteien ebenso gleichgültig, wie die Frage, was ein\_e Käufer\_in mit einem gekauften Auto vor hat. Diese\_r könnte das Auto ebenso gut nur vor dem eigenen Haus ausstellen oder es auch - wie während Filmproduktionen häufig der Fall - verschrotten. Mit dem Vertragsschluss bestände für die K somit lediglich die Möglichkeit, sich in den Clubs aufzuhalten, nicht hingegen eine Verpflichtung hierzu. Es kann mithin nicht gegen die K verwendet werden, was sie mit der Erlangung des Einlasses bezwecken.

Dagegen, dass die Durchführung von Testings als rechtsmissbräuchliches Verhalten zu werten sei, spricht außerdem, dass die BT-Drucksache Testings ausdrücklich als pro-aktive Herangehensweise zur Beweisführung gegen Diskriminierung aufführt.<sup>26</sup> Damit sind Testings als Instrument gegen Alltagsdiskriminierung ausdrücklich von der Legislative anerkannt. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des AGG. Ziel des Gesetzes ist es gem. § 1 Benachteiligungen aus den in § 1 aufgeführten Gründen zu verhindern oder zu beseitigen. Dies betrifft insbesondere auch den Privatrechtsverkehr, wie dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot des § 19 zu entnehmen ist. Das AGG eröffnet

Motiv für Vertragsabschluss  
unbeachtlich

Testings als Instrument gegen  
Diskriminierung von Legislative  
ausdrücklich anerkannt

Entspricht Sinn und Zweck des  
AGG

<sup>26</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 47.

sodann gem. § 21 die Möglichkeit Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr einzuklagen und Entschädigungen zu verlangen. Es wird ein rechtlicher Weg geschaffen, sich gegen Diskriminierungen zur Wehr zu setzen. Verdeckte Diskriminierungen, wie sie im Privatrechtsverkehr häufig vorkommen, lassen sich jedoch ohne hinreichende Instrumente nicht nachweisen. Da das AGG gerade ein Vorgehen gegen Diskriminierungen bezweckt, müssen Instrumente, wie z.B. Testing-Verfahren, zulässig sein und können nicht in gerichtlichen Verfahren gegen die K verwendet werden.

Andere Testing-Verfahren schon lange rechtlich anerkannt

Weiterhin sind die Überprüfung von Arbeitnehmer\_innen durch Arbeitgeber\_innen zum Beispiel in Form von Testkäufen in Supermärkten oder auch Warentests durch beispielsweise die Stiftung Warentest (welche auf Beschluss des deutschen Bundestages gegründet wurde) schon lange rechtlich anerkannt.<sup>27</sup> Dabei müssen selbstverständlich gewisse Standards eingehalten werden. Auch Testing-Verfahren müssen korrekt durchgeführt werden, vor allem also nicht provokativ oder interessengeleitet sein.<sup>28</sup> Da Tests in anderen Situationen im Zivilrechtsverkehr üblich sind, ist nicht einzusehen, warum im Antidiskriminierungsrecht Testing-Verfahren, die die geforderten Standards einhalten, zu einem Entfallen der Anspruchsgrundlage führen sollen.

Einhaltung von Standards Voraussetzung

„Geldmacherei“ und damit interessengeleitet?

Als interessengeleitet wäre jedoch einzuordnen, wenn es den K um „Geldmacherei“ ginge. Die Rahmensituation des Testings, der Hinweis auf das hohe Prozesskostenrisiko sowie das massive Interesse und nachhaltige Engagement der K für eine außergerichtliche Einigung zeigen aber gerade, dass es den K keineswegs um „Geldmacherei“ sondern im Gegenteil, um das Aufzeigen und Bekämpfen von Alltagsdiskriminierung beim Einlass in Diskotheken ging. Die (zumeist gering ausfallenden) Entschädigungszahlungen werden nur eingeklagt, um die Clubbetreiber\_innen von der Vornahme weiterer Diskriminierungen abzuhalten. Die Erlangung von einer eventuell nennenswerten Summe von Geld für die auch im Rahmen des Testings eingetretene Benachteiligung und Würdeverletzung ist dabei nur ein Nebeneffekt und von nachrangiger Bedeutung für die K. Vorliegend wurden somit alle Standards eingehalten. Die Testings sind somit ebenso legitim wie Testkäufe oder Warentests.

Ergebnis

Die Vornahme von Testings stellt mithin keinen Missbrauch des AGG

<sup>27</sup> zur Zulässigkeit eines Warentests vgl. z.B. LG Düsseldorf, Urteil vom 26.10.2011 – Az. 12 O 383/11.

<sup>28</sup> *Klose/Kühn*: Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, S. 21ff.

dar. Das subjektive Interesse der K an einem Vertragsschluss steht nicht in Frage. Der Anspruch der K entfällt nicht.

## VI. Zwischenergebnis

Die K haben gem. § 21 II einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens.

Zwischenergebnis: K haben Schadensersatzanspruch

### B. Höhe des Anspruchs

Die Höhe des Anspruchs ist nach § 21 II 3 i.V.m. § 15 II AGG und § 253 I BGB zu bemessen. Dies steht gem. § 287 ZPO im Ermessen des Gerichts. Die Höhe muss angemessen sein. Um dies zu gewährleisten, ist zunächst danach zu fragen, woran die Bemessung der Höhe zu orientieren ist. Weiterhin ist dies dann für den Einzelfall abzuwägen.

Höhe des Anspruchs

#### I. Bemessung der Höhe des Anspruchs

Die Höhe des Anspruchs bemisst sich an der Erheblichkeit der Diskriminierung. Dabei muss die Erfüllung des Normzwecks Beachtung finden. Was genau vom Normzweck umfasst ist, ist umstritten.

Bemessung der Höhe des Anspruchs

##### 1. Genugtuungsfunktion

Zum einen soll mit der Entschädigung Genugtuung für die Diskriminierung verschafft werden. Dies gewährleistet den individuellen Schutz von Betroffenen. Die Genugtuungsfunktion ist unbestritten und schon lange im deutschen Schadensersatzrecht Tradition. Bereits erhaltene Genugtuung bzw. bereits geleistete Wiedergutmachung sind dabei mindernd einzuberechnen.<sup>29</sup>

Genugtuungsfunktion

##### 2. Abschreckende Wirkung: Präventivfunktion

Zum Anderen ist fraglich, inwieweit präventive Erwägungen bei der Bemessung der Entschädigungszahlungen eine Rolle spielen dürfen. Ob und in welchem Maße diese mit den Entschädigungszahlungen zu verbinden sind, ist sehr umstritten.

Präventivfunktion

Befürworter\_innen der Präventivfunktion fordern, dass die Entschädigungszahlungen geeignet sein müssen, die Diskriminierenden sowie vergleichbare Anbieter\_innen von zukünftigen gleichgearteten Diskriminierungen abzuschrecken.<sup>30</sup> Angestrebt wird sowohl eine spezial- als auch eine generalpräventive Funktion des Schadensersatzes. Die Höhe

Die Präventivfunktion

<sup>29</sup> *Deinert*, in: Däubler/Bertzach, § 21, Rn.60.; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 15, Rn. 36.

<sup>30</sup> *Kocher*, in: Schiek, § 15, Rn. 38 f. ; *Deinert*, in: Däubler/Bertzach, § 21, Rn. 65.

Die Präventivfunktion gänzlich ablehnende Meinung

Gegenargument: Beachtung der EU-Vorgaben

Die Präventivfunktion gänzlich ablehnende Meinung ist abzulehnen

Verbreitete Ansicht: Präventivfunktion nur nachrangig

des Schadensersatz muss also geeignet sein, die B selbst zukünftig davon abzuhalten gegen die Regelungen des AGG zu verstoßen, als auch Dritte von ähnlichen Verstößen abzuhalten.

Eine Mindermeinung lehnt eine solche abschreckende Wirkung jedoch gänzlich ab.<sup>31</sup> So wurde in einer früheren AGG-Rechtsprechung betont, dass den Entschädigungszahlungen keine Präventivfunktion zukommen bzw. diese den Schadensersatzanspruch nicht erhöhen oder begründen könne, da ohnehin jede gesetzliche Norm eine Präventivfunktion erfülle.<sup>32</sup> Richtig ist wohl, dass die abschreckende bzw. präventive Wirkung dem deutschen Schadensersatzrecht bislang fremd waren.<sup>33</sup> Aber sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur finden sich Meinungen, die eine Präventivfunktion der Schadensersatzansprüche annehmen. Das Antidiskriminierungsrecht ist keine „nur deutsche“ Angelegenheit. Die europäischen Vorgaben, die „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen“ in Fällen der Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ und ethnischen Herkunft fordern, dürfen und müssen in die deutsche Rechtsordnung einwirken und diese gegebenenfalls modifizieren.<sup>34</sup> Dies erfordert einen Wandel des deutschen Schadensersatzrechts. Eine abschreckende Wirkung der Entschädigungszahlungen ist essentiell für die wirksame Bekämpfung (nicht nur) rassistischer Diskriminierung. Die Meinung, die eine Präventivfunktion der Entschädigungszahlungen verneint, steht mithin im Widerspruch zu den EU-Richtlinien und ist darum abzulehnen.

Weit verbreitet ist die Ansicht, dass der abschreckenden Wirkung nur eine nachrangige Bedeutung neben der Genugtuungsfunktion zukommt.<sup>35</sup> Bemessen werden müsse die Anspruchshöhe im Verhältnis zum Schmerzensgeld wegen Körper- bzw. wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Damit werde die Höhe des Schadensersatzanspruchs vorrangig durch die Genugtuungsfunktion bestimmt.<sup>36</sup> Zu würdigen wäre dann im Anschluss, ob die der Genugtuung dienende Höhe auch eine abschreckende Wirkung für die diskriminierenden B mit sich bringe – was wohl in den meisten Fällen leichtfertig angenommen würde. Nur so könne die Gefahr „uferloser“ Entschädigungsansprüche eingedämmt werden. Man müsse einschränkend darauf achten, dass die Diskrimi-

31 AG Tübingen vom 06.07.2011 - 7 O 111-11, Entscheidungsgründe, II., Nr. 2.

32 ebd.

33 *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 15, Rn. 36.

34 *Schiek*, in: *dieselbige*, § 21, Rn. 1 ff.

35 *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 21, Rn 13., § 15, Rn. 36.

36 OLG Stuttgart vom 12.12.2011 - 10 U 106/11, Rn. 40.

nierungen aufgrund der erhöhenden Wirkung der Präventivfunktion auf die Entschädigungszahlungen nicht zu einem „Geschäft“ der Betroffenen werden, die Schadensersatzhöhe also nicht unverhältnismäßig hoch würde.<sup>37</sup>

Gegen eine solche Einschränkung der Bemessung der Entschädigungsansprüche sprechen aber die EU-rechtlichen Vorgaben selbst.<sup>38</sup> Unmissverständlich besagen diese, dass die Sanktionen, die von den Mitgliedsstaaten für den Fall eines Verstoßes gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zu verhängen sind, „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen.<sup>39</sup> Der Wortlaut enthält keinerlei Rangordnung der Genugtuungs- und der Abschreckungsfunktion. Beide Funktionen stehen laut der Richtlinie gleichberechtigt nebeneinander.

Die deutsche Legislative hat im Zuge der Umsetzung dieser EU-Richtlinie festgestellt, dass das geltende deutsche Recht bisher unzureichenden Schutz vor Diskriminierung gewährleistete.<sup>40</sup> Das AGG sollte dies ändern. So entschied sich die Legislative für die umfassende Lösung über den Schadensersatz und eine Ansiedelung des Gleichstellungsrechts im Zivilrecht. In Frage gekommen wäre auch eine Bußgeldlösung, bei der die Sanktionszahlung an den Staat und nicht an die Betroffenen gegangen wäre und eine Ansiedelung im Strafrecht. Die Legislative wählte aber bewusst die Schadensersatzlösung. Das eigentliche Opfer als Leistungsempfänger auszuwählen, stellte die effizientere und auch modernere Lösung dar.<sup>41</sup> Das AGG eröffnet dementsprechend gem. § 21 die Möglichkeit Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr einzuklagen und Entschädigungen zu verlangen. Diese Regelung beruht auf den Sanktionsbestimmungen der Richtlinie.<sup>42</sup> Würde man der Abschreckungsfunktion nun nur eine nachrangige Bedeutung zu kommen lassen, widerspräche dies mithin den EU-rechtlichen Vorgaben sowie Sinn und Zweck des AGG selbst. Die Höhe des Anspruchs darf sich somit nicht nur an der Höhe eines Schadensersatzanspruches im Falle einer Persönlichkeitsrechtsverletzung orientieren, sondern muss darüber hinaus gehen.

Gegenargument: Widerspricht EU-Vorgaben

Haltung der deutschen Legislative

Einhaltung der EU-Vorgaben

<sup>37</sup> OLG Stuttgart vom 12.12.2011 - 10 U 106/11, Rn. 35; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 15 Rn. 36.

<sup>38</sup> RL 2000/43/EG.

<sup>39</sup> RL 2000/43/EG, Art. 15 und Ziff. 26; Nickel: Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, S. 2671.

<sup>40</sup> BT-Drs. 16/11780 S. 23.

<sup>41</sup> *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 21, Rn.12.; *Thüsing* in Müko, §21, Rn. 5.

<sup>42</sup> *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 21, Rn. 3.

Angst vor „uferlosen Zahlungen“  
gefährdet Sinn und Zweck der  
RL und des AGG

Die Meinung, die eine nachrangige Bedeutung der Abschreckungsfunktion fordert, fürchtet sich nun aber vor einem „unverhältnismäßigen Geschäft“ für diskriminierte Personen bzw. vor „uferlosen Zahlungen“ an diese. Damit wird jedoch jede Person, die von ihren Rechten aus dem AGG legitim Gebrauch machen möchte, unter einem Generalverdacht des Missbrauchs gestellt. Die Legislative hat aber – wie eben gesehen – bewusst einen rechtlichen Weg geschaffen, sich gegen Diskriminierungen zur Wehr zu setzen und dazu einen Anspruch auf Schadensersatz, der die Voraussetzungen der EU-Richtlinie erfüllt, vorgeschrieben. Den Diskriminierten kann nun nicht vorgehalten werden, dass Ihnen im Falle einer vor Gericht nachgewiesenen Diskriminierung – wie von der Legislative beabsichtigt – Schadensersatz zu kommt – insbesondere auch nicht wenn dieser über das bisher gekannte Maß für Persönlichkeitsrechtsverletzungen hinaus geht.

Es steht außer Frage, dass ein Missbrauch des Schadensersatzrechts abzulehnen ist und verhindert werden muss. Die vor allem in den Anfangszeiten des AGG entstandene Sorge vor Klagewellen und „AGG-Hoppeln“ hat sich aber als unbegründet herausgestellt. So stellte die 2011 veröffentlichte und vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend sowie der EU-Kommission geförderte Studie „Diskriminierung in Deutschland. Vermutungen und Fakten“ fest, dass Fälle des „AGG-Missbrauchs“ nur einen verschwindend geringen Teil der erfassten Urteilsverfahren ausmachten.<sup>43</sup> Im Hinblick auf die ausbleibende Klagewelle wurde festgestellt, dass die Bereitschaft von diskriminierten Personen, die erlittene Diskriminierung vor Gericht einzuklagen im Gegenteil sehr gering ausfällt. Nur in 2,8% der erhobenen Diskriminierungsfälle reichten die Betroffenen eine Klage ein.<sup>44</sup> Umsoweniger darf die Sorge um „Missbrauch“ und „uferlosen“ Entschädigungsansprüchen bei der Festlegung der Höhe des Schadensersatz im Vordergrund stehen und die Erfüllung der Präventivfunktion verhindern. Sowohl die europäische Richtlinie<sup>45</sup> als auch das AGG bringen deutlich zum Ausdruck, dass die Einbeziehung präventiver Erwägungen essentiell für die wirksame Bekämpfung von Diskriminierungen ist und dass diese auch Ziel des Antidiskriminierungsrechts ist. Bei der EU-Richtlinie handelt es sich um ein umfassendes Rechtsschutzkonzept. Längerfristig verfolgt sie das Ziel, dass die einzelstaatlichen Vorschriften „demokra-

Präventivfunktion essentiell für  
Bekämpfung struktureller Diskri-  
minierung

<sup>43</sup> Rottleuthner/ Mahlmann: Diskriminierung in Deutschland. Fakten und Vermutungen, S. 395.

<sup>44</sup> ebd., S. S. 457.

<sup>45</sup> RL 2000/43/EG.

tische und tolerante Gesellschaften gewährleisten, die allen Menschen — ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft — eine Teilhabe“ ermöglichen.<sup>46</sup> Es ist mithin erklärter Sinn und Zweck des Antidiskriminierungsrechts strukturelle rassistische Diskriminierung zu bekämpfen. Diese Annahme bestärkt sich darin, dass die Richtlinie gem. Art. 7 Abs. 2 auf die Verwirklichung kollektiver Interessen gerichtet ist.<sup>47</sup> Ebenso ist dies im deutschen Anti-Diskriminierungsrecht umgesetzt worden. Das AGG sieht zwar kein Verbandsklagerecht vor, wie es die Richtlinie auch ermöglicht hätte, Antidiskriminierungsverbänden ist aber gem. § 23 die Möglichkeit gegeben worden, Diskriminierungen sichtbar zu machen und im weiteren Schritt gemeinsam im Rahmen einer Beistandschaft mit den Diskriminierten vor Gericht einzuklagen. Somit lässt sich festhalten, dass die Eindämmung struktureller Diskriminierung ein hochrangiges Ziel des europäischen und des deutschen Antidiskriminierungsrechts ist. Dies kann aber nur durch abschreckende Sanktionszahlungen erreicht werden. Nur eine Prävention zukünftiger Diskriminierungen durchbricht strukturelle Diskriminierung.

Die Entschädigungsansprüche dürfen mithin nicht nur auf die Genugtuungsfunktion reduziert werden. Dies ginge sowohl gegen Wortlaut und Sinn und Zweck der Richtlinie und des AGG als auch gegen die Intention der Legislative. Neben dem Ziel der Genugtuung ist mit den Entschädigungszahlungen folglich mit ähnlichem Gewicht eine Abschreckung zu bezwecken. Den Entschädigungszahlungen kommt mithin sowohl eine spezial- als auch generalpräventive Funktion zu. Diese hat eine erhöhende Wirkung auf die Schadensersatzansprüche. Die Zahlungen müssen geeignet sein, sowohl die B als auch vergleichbare Anbieter\_innen von zukünftigen gleichgearteten Diskriminierungen abzuhalten.

Ergebnis

### 3. Zwischenergebnis

Die Höhe des Anspruchs bemisst sich nach der Erheblichkeit der Diskriminierung. Beachtung finden muss dabei die Erfüllung des Normzwecks, der verlangt, dass mit der Entschädigungszahlung Genugtuung für die erfahrene Diskriminierung verschafft wird und zugleich spezial- und generalpräventive Wirkung erzielt wird, die geeignet sind, die diskriminierenden B sowie vergleichbare Anbieter\_innen von zukünftigen gleichgearteten Diskriminierungen abzuhalten.

Zwischenergebnis: Bemessung der Höhe des Anspruchs

<sup>46</sup> RL 2000/43/EG, Ziff. 12.

<sup>47</sup> RL 2000/43/EG, Art. 7 Abs. 2.

Bemessung der Höhe im Einzelfall

## II. Bemessung der Höhe des Anspruchs im Einzelfall

Im Falle der Benachteiligungen beim Einlass in die Diskotheken ist nun unter Einbeziehung der oben genannten Gesichtspunkte die Höhe des Anspruchs zu bemessen. Dabei ist die Erheblichkeit der Diskriminierung zunächst nach allgemeinen Gesichtspunkten abzuwägen. Sodann muss der Genugtuung und der Abschreckung durch spezial- sowie generalpräventive Erwägungen genüge getan werden.

Grds. Vermutung der Erheblichkeit

### 1. Erheblichkeit der Diskriminierung

Die Erheblichkeit der Diskriminierung wird grundsätzlich vermutet wenn den B nicht gelingt das Gegenteil nachzuweisen.<sup>48</sup>

Grad der Erheblichkeit, der Schadensersatzanspruch rechtfertigt?

#### a. Vorliegen einer Verletzung?

Fraglich ist, ob eine rassistische Diskriminierung beim Versuch des Besuchs einer Diskothek überhaupt einen Grad der Erheblichkeit erreicht, der einen Schadensersatzanspruch rechtfertigt. In der Rechtsprechung wurde dies einmal abgelehnt. Es handele sich gar nicht erst um Unbill, da diese Demütigung „nicht das Maß gewissermaßen täglichen Unrechts oder persönlicher Kränkung, die jedem Menschen alltäglich in jeglicher Lebenssituation widerfahren können und ohne materielle Entschädigung hinzunehmen sind.“<sup>49</sup> Im Berufungsurteil zu dieser Rechtsprechung, erwidert das Berufungsgericht allerdings schon selbst, dass diese Argumentation unhaltbar wäre. Wenn es sich um eine Benachteiligung handeln würde, die jedem Menschen in gleicher Weise widerfahren könnte, würde diese gar nicht erst in den Schutzbereich des AGG fallen. Das AGG hat aber gerade den Schutz vor rassistischer Diskriminierung im Privatrechtsbereich zum Ziel. Eine Benachteiligung aufgrund eines vom AGG geahndeten Merkmals muss hier folglich nicht entschädigungslos hingenommen werden.<sup>50</sup> Damit ist jedenfalls festzuhalten, dass die diskriminierende Zurückweisung am Einlass der Diskothek die K in ihrer Persönlichkeit verletzt und eine Entschädigungszahlung begründet.

Abwägung der Intensität der Verletzung  
Verweigerung der Dienstleistung

#### b. Intensität der Verletzung

Abzuwägen ist nun die Intensität dieser Verletzung.

Den K wurde der Zugang zur Diskothek verweigert. Es handelt sich

<sup>48</sup> AG Oldenburg vom 23.06.2008 - E2 C 2126/07, Entscheidungsgründe.

<sup>49</sup> LG Tübingen vom 06.07.2011 - 7 O 111-11., Entscheidungsgründe, II., Nr. 2.

<sup>50</sup> OLG Stuttgart vom 12.12.2011 - 10 U 106/11, Rn. 37.

hierbei um eine Verweigerung einer zivilrechtlichen Dienstleistung in Form eines Massengeschäfts zu der typischerweise jede Person ohne Ansehung Zugang hat. Die K wurden von dem gemeinsamen Besuch der Tanzveranstaltung mit Freund\_innen ausgeschlossen und konnten den Abend nicht wie gewünscht verbringen – anders als die Besucher\_innen nach ihnen. Die K wurden mithin ungerechtfertigt anders behandelt als ihnen vergleichbare Personen und damit diskriminiert. Die abwertende Reduktion ihrer Person auf das Merkmal ihrer Herkunft stellt eine erhebliche Würdeverletzung in einem für sie nicht beeinflussbaren Kernbereich ihrer Identität dar. Die K wurden zu Menschen zweiter Klasse degradiert. Zum einen haben die K somit nicht die gewünschte Dienstleistung erhalten und zum anderen mussten sie eine sehr schmerzliche Diskriminierungserfahrung machen. Dies stellt eine einschneidende und erhebliche Persönlichkeitsverletzung dar.

Erhebliche Persönlichkeitsverletzung

Fraglich ist nun, durch welche Faktoren diese Verletzung weiterhin beeinflusst wird.

Weitere Faktoren, die den Verletzungsgrad betreffen

Zunächst könnte der Grad der öffentlichen Demütigung ins Gewicht fallen. Die Verweigerung des Einlasses findet in aller Regel öffentlich vor zumindest einer kleinen Anzahl von anderen Wartenden oder den begleitenden Personen statt. Diese Bloßstellung und öffentliche Herabsetzung erfahren die K als eine erniedrigende Demütigung. Eine öffentliche Demütigung führt mithin zu einer Erhöhung der Intensität der Verletzung.

Grad der öffentlichen Demütigung

Weiterhin ist die soziale Komponente der Zurückweisung zu berücksichtigen. Hier könnte argumentiert werden, dass es sich mindernd auf die Erheblichkeit der Diskriminierung auswirkt, wenn nur wenigen Personen die Zurückweisung bekannt wird und/oder sich die Begleiter\_innen zusätzlich mit dem Zurückgewiesenen solidarisieren. In diesem Falle handele es sich nur um eine sehr geringe Verletzung. Wenn also nur eine kleine Gruppe anderer Personen die Zurückweisung miterlebten, schwäche dies die Intensität der Verletzung ab. Im Umkehrschluss bedeutet dies zunächst, dass eine Zurückweisung, die vor mehreren Außenstehenden und/oder sich nicht mit den K solidarisierenden Personen stattfindet, jedenfalls zu einer Erhöhung der Intensität der Verletzung führt. Die diskriminierende Zurückweisung wirkt sich allerdings schon negativ auf die soziale Sphäre der K aus, wenn nur wenige Personen Zeugen des Vorfalls werden. Dies trifft auch zu wenn sich die Begleiter\_innen mit den K solidarisieren. Sie stehen im Mittelpunkt des Geschehens, fühlen sich verantwortlich für die Unterbrechung des gemeinsamen Abends und sind angewiesen auf die Un-

Soziale Komponente  
Nur wenige Zeugen der Abweisung

Schwerwiegendere Verletzung, wenn viele Zeugen der Abweisung

Schon erhebliche Verl., wenn nur wenige Zeugen der Abweisung

terstützung der Begleiter\_innen. Aus diesem Grund spricht selbst im Falle, dass die Diskriminierung beim Einlass in die Diskothek nur einer kleinen Gruppe bekannt wird, mehr dafür, dass eine hohe Intensität der Verletzung anzunehmen ist – selbst, wenn diese Personen sich mit den K solidarisieren. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann die Situation dann zu einer höheren Intensität der Verletzung führen. Zu denken ist beispielsweise an den Fall, dass den K bekannte Personen die Situation beobachten und sich anschließend von den K distanzieren oder den Kontakt zu ihnen abbrechen. Ist also die soziale Sphäre in irgendeiner Weise betroffen, führt dies immer zu einer Intensivierung der Verletzung. Je nach Situation kann die Verletzung dann noch schwerer wiegen.

Pläne der K bezüglich der Länge des Aufenthalts

Fraglich ist außerdem, ob es eine Rolle spielen soll, welche Pläne die K in Bezug auf die Länge des Aufenthalts in der Diskothek hatte. In der Rechtsprechung wurde dies teils als die Höhe des Schadensersatzanspruches mindernd eingestuft.<sup>51</sup> Dies verkennt aber die Schwere der eigentlichen Diskriminierungserfahrung, welche die K völlig unabhängig von der geplanten Länge des Aufenthalts machen. Auch wenn sie nur einen kurzen Aufenthalt geplant hätten, so wäre die Zurückweisungserfahrung doch die Gleiche geblieben. Außerdem verpflichten sich die K, wenn sie die Diskothek besuchen möchten und den dafür erforderlichen Eintrittspreis leisten, nicht zu einem Aufenthalt in einer bestimmten Länge. Wie bereits an anderer Stelle gezeigt, ist es für die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses unbeachtlich, zu welchem Zweck die K den Einlass in die Clubs begehren.

Möglichkeit des Besuchs einer anderen Diskothek

Weiterhin könnte vorgetragen werden, dass auch andere Diskotheken für die K geöffnet gewesen wären. Dies ist jedoch ebenso unbeachtlich. Welche der für den allgemeinen Publikumsverkehr geöffneten Diskotheken die K aufsuchen wollen, muss ihrer eigenen Entscheidung überlassen werden.<sup>52</sup>

Entscheidungsfreiheit des K

Die Entscheidungsfreiheit der K darf diesen nicht abgesprochen und insbesondere nicht gegen sie verwendet werden. Die Länge des Aufenthalts und die Auswahl der Diskothek fallen in den Bereich ihrer Entscheidungsfreiheit. Die Höhe des Schadensersatzanspruches darf davon nicht mindernd beeinflusst werden.

Wiederholung der Diskriminierungserfahrung

In Frage steht dann noch, wie die wiederholte Erfahrung von diskriminierenden Zurückweisungen die Intensität der Verletzung beeinflusst.

<sup>51</sup> AG Bremen vom 20.01.2011 - 25 C 278/10, Rn. 9.

<sup>52</sup> OLG Stuttgart vom 12.12.2011 - 10 U 106/11, Rn. 36.

Vorliegend sind alle K als männliche Personen „nicht deutscher“ Herkunft regelmäßig von struktureller rassistischer Diskriminierung betroffen.<sup>53</sup> Beim Zugang zu Arbeit, Wohnraum und auch zu Diskotheken und Clubs sind sie regelmäßig diskriminierender Ungleichbehandlung, Schikanen und Ausgrenzung ausgesetzt. Durch die wiederholte Erfahrung diskriminierender Zurückweisung müssen sich die Betroffenen bestätigt fühlen, dass sie aufgrund der Reduzierung auf ihre ethnische Herkunft nicht erwünscht und darum von einem für sie entscheidenden Lebensbereich ausgeschlossen werden. Die K erfahren Diskriminierung nicht mehr nur als einen Zufall, einen unangenehmen Einzelfall, sondern Diskriminierung begegnet ihnen als eine strukturell verfestigte Andersbehandlung ihrer Person. Sie fühlen sich mit jeder weiteren Diskriminierungserfahrung dieser Art ausgeschlossener und hilfloser gegenüber denen, die in dieser Art über sie bestimmen.

Die sich wiederholende, strukturell bedingte Diskriminierungserfahrung führt mithin zu einer schwereren erhebliche Persönlichkeitsverletzung, im Sinne einer Würdeverletzung (Menschenwürde, Art. 1 GG) und einer Teilhaberechtsverletzung (Gleichheit, Art. 3 GG).

Bei den Diskriminierungen am Einlass handelt es sich mithin um eine erhebliche Persönlichkeitsverletzung. Diese wiegt je nach Grad der öffentlichen Demütigung, der Beeinträchtigung der sozialen Komponente sowie der Frage, ob die Betroffenen die Diskriminierung wiederholt erfahren mussten schwerer. Nicht dagegen beeinflussen die Pläne der K bezüglich der Länge des Aufenthalts sowie die Möglichkeit, dass die K auch andere Diskotheken besuchen könnten, die Abwägung.

Ergebnis

### c. Auswirkungen der Testing-Verfahren

Fraglich ist, ob die Tatsache, dass die Diskriminierung im Rahmen eines Testings erfahren wurde, die Erheblichkeit der Diskriminierung mindert und sich damit auch mindernd auf die Höhe des Schadensersatz auswirkt.

Auswirkungen der Testing-Verfahren

Die Rechtsprechung hat dies in einem einmaligen Urteil zu einem Diskotheken-Testing bejaht. Der K hätte den Vorfall demnach „provokiert“, „rechnet“ aufgrund der Testing Situation mit einer Abweisung und erwartete diese in Folge dessen. Der immaterielle Schaden einer Diskriminierung auf die sich der K im Rahmen eines Testings „vorbereiten“ konnten, sei demnach nicht so groß, wie der einer Diskriminierung, die für den K „völlig unverhofft“ kommt. Dafür spreche auch

Bisherige Rechtsprechung: mindernde Auswirkung

<sup>53</sup> ADNB & TBB: Antidiskriminierungsreport Berlin 2006-2008, S.14; Rottleuthner/Mahlmann: Diskriminierung in Deutschland, S. 114.

der nicht erlittene psychische Schaden des K. Unter Berücksichtigung aller Umstände führe diese „bewusste und billigend in Kauf genommene Herbeiführung der Benachteiligung“<sup>54</sup> zu einer Halbierung des Schadensersatz.

Gegenargumente: Unkenntnis Funktionsweise Diskriminierung, verkennen Sinn und Zweck Antidiskriminierungsrechts

Diese Ansicht und der verwendete Wortlaut zeugen von grundlegender Verkennung der Funktionsweise von Diskriminierung und Sinn und Zweck des Antidiskriminierungsrechts.

Bei Diskriminierung im rechtlichen Sinne handelt es sich „nicht (nur) um individuelle Diskriminierung (also einzelne böswillige Taten), sondern vor allem auch um institutionelle bzw. strukturelle Diskriminierung in der Gesellschaft (also die asymmetrische Verteilung von Anerkennung, Ressourcen und Chancen entlang mehrerer Achsen der Ungleichheit).“<sup>55</sup> Die Abweisung von als „nicht deutsch“ eingeordneten Menschen an der Diskothekentür ist Ausdruck der rassistischen Essentialisierung vermeintlich klar bestimmbarer Gruppen. Diese werden mit negativ Attributen (vorliegend „aggressiv“ oder „streitlustig“) besetzt, als die „Anderen“ kategorisiert und in weiterer Folge ausgegrenzt, stigmatisiert und benachteiligt. Dies lässt sich auf in der Gesellschaft (historisch) gewachsene und diskursiv fest verankerte Ressentiments zurückführen. Die Betroffenen erfahren Alltagsdiskriminierung regelmäßig. Häufig sind sie mit diesen Diskriminierungen „völlig selbstverständlich“ aufgewachsen und mussten lernen mit der alltäglichen Diskriminierung zu leben. Studien bestätigen, dass Bewältigungsstrategien von Betroffenen oftmals miteinschließen die Ungleichbehandlung „als „natürlichen“ oder unabänderlichen Teil des betroffenen Lebens angesehen werden“.<sup>56</sup>

Rassistische Diskriminierung kommt niemals unverhofft

Dass eine „unverhoffte“ rassistische Diskriminierung einen höheren immateriellen Schaden verursacht als eine die erwartet wird, geht damit völlig an den Implikationen struktureller rassistischer Diskriminierung vorbei. Diese kommt nämlich für die Betroffenen, wie soeben aufgezeigt, niemals unverhofft, da sie vielmehr daran gewöhnt sind. Die K kennen die an ihre Herkunft bzw. ihren Phänotyp anknüpfenden Ungleichbehandlungen zumeist und sind damit immer vorbereitet auf eine solche. Selbst wenn also eine „innerliche Vorbereitung“ auf eine Diskriminierung im Rahmen der Testing-Situation angenommen wird, mildert

„Vorbereitung“ mindert negative Diskriminierungserfahrung nicht

<sup>54</sup> AG Oldenburg vom 23.06.2008 - E2 C 2126/07, Entscheidungsgründe.

<sup>55</sup> *Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Gemeinsamer Bericht*, S. 41.

<sup>56</sup> *Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Gemeinsamer Bericht*, S. 18.; *Baer/Bittner/Göttsche: Mehrdimensionale Diskriminierung - Begriffe, Theorien und juristische Analyse*, S.18ff; *Terkessidis, Die Banalität des Rassismus*, S. 115 ff.

diese keineswegs die negative Erfahrung der Diskriminierung. Jede Diskriminierung stellt sich für die Betroffenen als schmerzlich dar. Die abwertende und in der Handlungskonsequenz diskriminierende Reduktion einer Person auf das Merkmal ihrer vermuteten oder tatsächlichen Herkunft bzw. Migrationshintergrunds ist eine erhebliche Würdeverletzung in einem nicht beeinflussbaren Kernbereich der Identität. Die Betroffenen werden zu Menschen zweiter Klasse degradiert.

Dass eine erwartete Diskriminierung zu einem geringeren Schadensersatzanspruch führen soll, ist also auch gerade vor dem Hintergrund, dass diese Erwartung der Diskriminierung vielmehr von einer Wiederholung von Diskriminierungen zeugt, abwegig.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Testing-Situation teilweise zur Aufdeckung von Diskriminierung führt, die die K anderenfalls gar nicht bemerkt hätten. So war ein K in einem Fall sicher, wegen seiner Kleidung und nicht wegen seiner „nicht deutschen“ Herkunft an der Diskothekentür abgelehnt worden zu sein. Durch die Testing-Situation musste er feststellen, dass die Vergleichspersonen, die die gleiche Kleidung trugen, ohne Probleme eingelassen wurden. Obgleich der K also im Rahmen des Testings auf Diskriminierung an der Diskothekentür gefasst war, war die Diskriminierungserfahrung für ihn umso heftiger, da er feststellen musste, dass ihm alltägliche Diskriminierung wohl oft so verdeckt begegnet, dass er sie gar nicht bemerkt.

Weiterhin kann den K ein selbstbewusster Umgang mit den eigenen Diskriminierungserfahrungen nicht zur Last gelegt werden. Nur weil es sich bei den K nicht um stereotype (wohl überraschte, nun verängstigt zurückhaltende) Opfer handelt, die einen sichtbaren psychischen Schaden erlitten haben, kann die Intensität der Verletzung nicht pauschal heruntergestuft werden.

Der Vorwurf die K hätten ihre eigene Benachteiligung „provokiert“ verschiebt zudem die Verantwortung für rassistische Diskriminierung auf unzulässige Art und Weise von der benachteiligenden Partei zur benachteiligten Person. Die K wurden bei der Einlasskontrolle diskriminiert. Es kann ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie sich dieser Diskriminierung „stellen“, diese durch ein Testing aufdecken und mithin bekämpfen wollen. Eine solche Sichtweise steht mit dem Maßregelungsverbot in § 16 AGG im Widerspruch.

Bereits der Wortlaut der oben aufgeführten Ansicht, die die Intensität aufgrund der Testings geringer einschätzt, ist problematisch. Niemand nimmt eine gegen sich selbst gerichtete Diskriminierung „billigend in Kauf“, während er sie gleichzeitig bekämpfen und verhindern möchte.

Wiederholung sollte zur Erhöhung Schadensersatzes führen

Selbstbewusster Umgang der K

Vorwurf der Provokation

Maßregelungsverbot

Vorwurf „billigend in Kauf genommen“

Die vor allem aus dem Strafrecht stammende Wendung „billigend in Kauf nehmen“ meint vielmehr, dass eine negative Folge (für andere) zur eigenen Zielerreichung hingenommen wird. Vorliegend könnte die Benutzung dieser Wendung dann höchstens meinen, dass die diskriminierte Person die Diskriminierung in Kauf nimmt, weil sie das Schadensersatzgeld erzielt. Dies impliziert mithin auf unzulässige Weise einen Missbrauch des AGG und verkennt, wie bereits dargestellt, wie schwer jede Diskriminierungserfahrung auf einen Menschen wirkt.

Kein „agent provocateur“

Auch der durch den Begriff der Provokation nahegelegte Vergleich mit der strafrechtlichen Figur des „agent provocateur“ kommt im Bereich des Antidiskriminierungsrechts von vornherein nicht in Betracht. Die Vornahme von Testings darf sich mithin nicht negativ auf die Bewertung der Intensität der Verletzung auswirken.

Ergebnis

#### **d. Zwischenergebnis**

Zwischenergebnis: Intensität der Verletzung

Eine rassistische Diskriminierung beim Einlass in die Diskothek stellt mithin als öffentliche Demütigung und Teilhaberechtsverletzung, die die soziale Sphäre der betroffenen Personen berührt, eine erhebliche Persönlichkeitsrechtsverletzung dar. Weiterhin ist die Intensität der Verletzung höher einzustufen, wenn die K einer solchen Diskriminierung strukturell ausgesetzt sind und diese alltäglich erfahren müssen. Diese Erheblichkeit der Diskriminierung muss sich in der Bemessung der Höhe des Schadensersatzes widerspiegeln. Unbeachtlich bleiben dagegen die Pläne der K bezüglich der Länge des Aufenthalts sowie die Möglichkeit, dass die K auch andere Diskotheken besuchen könnten. Auch die Tatsache, dass die Diskriminierung im Rahmen eines Testings erfahren wurde, darf sich nicht mindernd auf die Erheblichkeit der Verletzung auswirken.

## **2. Erfüllung des Normzwecks im Einzelfall**

Erfüllung des Normzwecks im Einzelfall

Sodann muss dem Normzweck Genüge getan werden. Dieser verlangt, dass mit der Entschädigungszahlung im Einzelfall Genugtuung für die erfahrene Diskriminierung verschafft wird und zugleich eine Abschreckung mit präventiver Wirkung erzielt wird, die geeignet ist, die Diskriminierenden sowie vergleichbare Anbieter\_innen von zukünftigen gleichgearteten Diskriminierungen abzuhalten.

### **a. Genugtuung**

Genugtuung im Einzelfall

Den K muss Genugtuung für die erfahrene Persönlichkeitsverletzung verschafft werden. Dabei sind bereits erhaltene Genugtuung bzw. be-

reits geleistete Wiedergutmachung mindernd einzuberechnen. Vorliegend hat keiner der Clubs bereits Wiedergutmachung zum Beispiel in Form einer öffentlichen Entschuldigung geleistet, die den K Genugtuung hätte verschaffen können. Darum müssen die B nun nach einem langwierigen Verfahren ausreichend Genugtuung verschaffen. Dies muss sich in der Bemessung der Höhe des Entschädigungsanspruches manifestieren.

#### **b. Abschreckende Wirkung: Präventivfunktion**

Weiterhin muss sich die Höhe des Schadensersatzes dafür eignen, die B sowie vergleichbare Anbieter\_innen von zukünftigen gleichgearteten Diskriminierungen abzuhalten.<sup>57</sup>

Abschreckende Wirkung im Einzelfall

In spezialpräventiver Hinsicht muss berücksichtigt werden, ob bei den beklagten Clubs diskriminierende Einlasspraxen an der Tagesordnung stehen. Nachweisbar ist dies in den Fällen in denen Testings der Vergangenheit dies belegen. Dies muss sich jedenfalls erhöhend auf den Schadensersatz auswirken.

Trotz des AGGs und einschlägiger Urteile gehören rassistische Einlasskontrollen immer noch zur gesellschaftlichen Realität. Sie stellen eine der am häufigsten auftretenden Diskriminierungsformen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen in Deutschland dar.<sup>58</sup> Nur eine beachtliche Entschädigungssumme ist geeignet, vergleichbare Anbieter\_innen von gleichen Diskriminierungen abzuhalten. Es ist also ein hoher Schadensersatz zu fordern, damit dieser Praxis wirksam entgegen gewirkt werden kann.

Unter Einbeziehung präventiver Überlegungen sollte somit ein höherer Schadensersatz angestrebt werden als bisher üblich.

### **3. Festlegung der genauen Summe des zu zahlenden Schadensersatzes**

In Frage steht nun zuletzt noch, wie die genaue Summe des zu zahlenden Schadensersatzes festzulegen ist. Anders als im Arbeitsrecht sind hier noch keinerlei Faustregeln zur Bemessung der Entschädigung entstanden und es steht auch in Frage, ob dies angesichts der Vielfältigkeit der vom AGG umfassten Lebensbereiche möglich ist.<sup>59</sup>

Festlegung der genauen Summe

Anlehnend an die Rechtsprechung könnte sich an den Einnahmen aus

<sup>57</sup> *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 21, Rn. 65; *Kocher*, in: Schiek, § 15, Rn. 38 f.

<sup>58</sup> *Rottleuthner/ Mahlmann*: Diskriminierung in Deutschland. Fakten und Vermutungen, S. 114, 181.

<sup>59</sup> *Schiek*, in: dieselbige, § 21, Rn. 15; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 21, Rn. 67.

An zahlenden Gästen des Abends orientieren?

dem Eintritt der zahlenden Gäste des besagten Abends orientiert werden.<sup>60</sup> Dies ist aber nur als ein kleiner Einschnitt für die Betreiber\_innen zu werten, da deren Haupteinnahmen aus dem Verkauf der Getränke stammen.

Am Tagesverdienst orientieren?

Damit ist es naheliegend, zumindest die Gesamteinnahmen des besagten Abends, also den Tagesverdienst, zu berechnen. Gegen die Orientierung am Tagesverdienst spricht, dass rassistische Einlasskontrollen zumeist zur Tagesordnung der Clubs gehören, sie mithin nicht tagesabhängig sind. Die Orientierung an Tagessätzen würde ein falsches Zeichen setzen und am eigentlichen Problem vorbei gehen.

Am Jahresumsatz orientieren?

Vorzuschlagen ist darum, die Höhe des Schadensersatzes am Jahresumsatz der B festzumachen. Bei den diskriminierenden Einlasskontrollen handelt es sich um ein gewohntes Verhaltensmuster, nicht um zufällige, tagesabhängige Ausnahmesituationen. Nur die Festlegung einer beachtlichen Summe, die sich am Jahresumsatz der Diskotheken orientiert, wird der Wirklichkeit der diskriminierenden Einlasskontrollen gerecht, leistet Genugtuung für die erhebliche Verletzung der betroffenen Personen und erfüllt sowohl einen spezial- als auch einen generalpräventiven Abschreckungseffekt. Darüber hinaus werden explizit beleidigende Äußerungen entschädigungserhöhend zu berücksichtigen sein. Schließlich ist schadenssatz erhöhend zu berücksichtigen, ob Dritte (eine Öffentlichkeit) die Diskriminierung gesehen oder gehört haben, da damit eine öffentliche Stigmatisierung der Betroffenen einhergeht.

### **C. Gesamtergebnis**

Gesamtergebnis

Die K haben gem. § 21 II einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens. Die Höhe des Anspruchs bemisst sich an der Erheblichkeit der Diskriminierung, wobei der Schadensersatz gleichermaßen den K Genugtuung verschaffen und die diskriminierenden B sowie vergleichbare Anbieter\_innen von zukünftigen gleichgearteten Diskriminierungen abschrecken und somit eine Präventivfunktion erfüllen muss.

Die Tatsache, dass die Diskriminierung im Rahmen eines Testings erfahren wurde, lässt den Anspruch weder wegen eines Missbrauchs des AGG entfallen noch mindert sie die Höhe des Schadensersatzanspruchs.

---

<sup>60</sup> OLG Stuttgart vom 12.12.2011 - 10 U 106/11, Rn. 40.

## D. Literaturverzeichnis

### Kommentare:

*Bauer/Göpfert/Krieger*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2011. (Zit: *Bauer/Göpfert/Krieger*)

*Däubler/Bertzbach*: Handkommentar Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2008. (Zit: *Bearbeiter\_in*, in: *Däubler/Bertzbach*)

*Palandt*: Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2012. (Zit: *Bearbeiter\_in*, in: *Palandt*)

*Rust/Falke*: Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften, 1. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2007. (Zit: *Bearbeiter\_in*, in: *Rust/Falke*)

*Säcker/Rixecker*: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2012. (Zit: *Bearbeiter\_in*, in: *Müko*)

*Schiek*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 1. Auflage, Sellier, 2007. (Zit: *Bearbeiter\_in*, in: *Schiek*)

### Literatur:

(Alle Internet-Quellen: Stand vom 27.08.2013)

*Antidiskriminierungsnetzwerk Berlin (ADNB) des Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg (TBB)*: Antidiskriminierungsreport berlin 2006-2008. Diskriminiert? Kennen sie Ihre Rechte?, Berlin 2008. [http://www.tbb-berlin.de/downloads\\_tbb/ADNB-Antidiskriminierungsreport\\_2006-2008.pdf](http://www.tbb-berlin.de/downloads_tbb/ADNB-Antidiskriminierungsreport_2006-2008.pdf)

*Antidiskriminierungsbüro Sachsen (ADB)*: Protokoll Diskotesting 2011, Leipzig 2011. [http://www.adb-sachsen.de/protokoll\\_diskotesting.html](http://www.adb-sachsen.de/protokoll_diskotesting.html)

*Antidiskriminierungsbüro Sachsen (ADB)*: Chronologie der Ereignisse, Leipzig 2012. <http://www.adb-sachsen.de/chronologie.html>

*Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.)*: Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, Berlin 2010.

[http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/gemeinsamer\\_bericht\\_ads\\_.pdf?\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/gemeinsamer_bericht_ads_.pdf?_blob=publicationFile)

*Baer, Susanne/Bittner, Melanie/Göttsche, Anna Lena*: Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, Teilexpertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, in: Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.): Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, Berlin 2010.

[http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/gemeinsamer\\_bericht\\_ads\\_.pdf?\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/gemeinsamer_bericht_ads_.pdf?_blob=publicationFile)

*Cremer, Hendrick*: „... und welcher Rasse gehören Sie an?“ Zur Problematik des Begriffs „Rasse“ in der Gesetzgebung, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Policy Paper No.10, 2.Aufl., Berlin 2009.

[http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx\\_commerce/policy\\_paper\\_10\\_und\\_welcher\\_rasse\\_gehoeren\\_sie\\_an\\_2\\_auflage.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/policy_paper_10_und_welcher_rasse_gehoeren_sie_an_2_auflage.pdf)

*Heese, Michael*: Offene Preisdiskriminierung und zivilrechtliches Benachteiligungsverbot, Eine Zwischenbilanz, in: NJW 2012, S. 572-577.

*Herrmann, Steffen Kitty*: Performing the Gap - Queere Gestalten und geschlechtliche Aneignung, in: arranca! #28, Aneignung I, Berlin 2003.

<http://www.arranca.org/ausgabe/28/performing-the-gap>

*Kern, Jan*: Professionelle Diskriminierungskläger im Arbeitsrecht - Eine dogmatische und empirische Analyse, Baden-Baden 2009.

*Klose, Alexander/Kühn, Kerstin*: Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Expertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010.

[http://www.antidiskriminierungsstelle.de/sharedDocs/Downloads/DE/publikationen/20110407\\_Expertise\\_testing.pdf?\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/sharedDocs/Downloads/DE/publikationen/20110407_Expertise_testing.pdf?_blob=publicationFile)

*Liebscher, Doris/Naguib, Tarek/Plümecke, Tino/Remus, Juana*: Wege aus der Essentialismusfalle, KJ 2/2012, S. 204 - 218.

*Nickel, Rainer*: Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, in: NJW 2001, S. 2668-2672.

*Rorive, Isabelle*: Der Situationstest in Europa: Mythen und Wirklichkeit, in: Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 3/2006, S.35-42.

*Rottleuthner, Hubert/ Mahlmann, Matthias*: Diskriminierung in Deutschland. Vermutungen und Fak-

ten, Nomos, Baden-Baden, 2011.

*Terkessidis, Mark*: Die Banalität des Rassismus, 2004.

*Windel, Peter*: Aktuelle Beweisfragen im Antidiskriminierungsprozess, in: *Recht der Arbeit* 2011, S. 193-199.

*Windel, Peter*: Der Beweis diskriminierender Benachteiligung, in: *Recht der Arbeit* 2007, S. 1-8.