konnte.[601] Nach dem Krieg wird es daran festhalten, dass weder die Verfassung noch der *Civil Rights Act* gegen die freiwillige Einhaltung dieser diskriminierenden Verträge mobilisiert werden können.[602] Die Wirksamkeit der ausschließlich freiheitsrechtlichen Begründung von Diskriminierungsverboten endete also dort, wo sich kein Weißer findet, der mit Schwarzen kontrahiert. Eine staatliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung verstößt dann aber gegen das liberale Verständnis von Vertragsfreiheit und Eigentumsschutz. Darin liegt das Dilemma des klassischen Liberalismus:

> *„The struggle for civil rights exposed a profound contradiction: political liberalism had generated demands that legal liberalism could not satisfy. The very idea of equal treatment under law was itself a product of classical liberal thought, yet it was liberal social theory that provided the surest ideological defense of private discrimination, and it was liberal legalism that furnished the means to obstruct possible remedies.“*[603]

IV. Renaissance der Diskriminierungsverbote

1. *Brown v. Board of Education (1954)*

Justice Harlans Prophezeiung, *Plessy* werde von späteren Generationen so bewertet werden, wie *Dred Scott* von seiner,[604] hat sich erfüllt. In *Brown v. Board of Education* (1954) entschied der *Supreme Court*, dass die Rassentrennung (*segregation*) von Schulkindern gegen das XIVth Amend. verstieß:[605]

> *„Separate educational facilities are inherently unequal.“*[606]

In deutlicher Abweichung zu *Plessy* räumte der *Supreme Court* ein, dass *segregation* Schwarzen einen minderwertigen Status zuweise:

> *„To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.“*[607]

Brown v. Board of Education gilt heute als eine der wichtigsten Entscheidungen des *Supreme Court*. Obwohl einstimmig getroffen, war *Brown* 1954 noch ein umstrittenes Urteil.[608] Text, Entstehungsgeschichte und die Auslegung des XIVth

601 Vgl. *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. at 331-332 mit *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 8-9 (1948) und *Hurd v. Hodge*, 334 U.S. 24, 28-29 (1948).
602 Siehe unten § 3 IV 2.
603 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 94 (2005).
604 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896)(Harlan, J., diss.).
605 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 493 (1954).
606 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. at 495.
607 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. at 494.
608 Näheres zum zeitgeschichtlichen Kontext und zur Problematik der Entscheidungsfindung bei *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 290 ff; *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 252 ff; die Transkripte der mündlichen Verfahren 1952 und 1953 finden sich abgedruckt bei Friedmann (Hrsg.), Brown v. Board, 2004, 9 ff, 177 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verfassungszustatzes – vor allem beeinflusst durch *Plessy* – waren ernstzunehmende Hindernisse. Der gewichtigste Vorwurf war, die Entscheidung könne sich nicht auf neutrale Prinzipien stützen.[609] *Brown* kam aber nicht über Nacht. *Brown* war ein Erfolg der langfristig angelegten Strategie der im Jahr 1909 gegründeten[610] NAACP (National Association for the Advancement of Colored People), die Rassentrennung im Bildungswesen – auf Universitätsebene zunächst[611] – gerichtlich zu bekämpfen.[612] Zugleich hatte sich die amerikanische Gesellschaft, im Norden vor allem, seit den 1930er Jahren – und verstärkt ab dem Kriegseintritt 1941 – erheblich verändert.[613] Die Prämisse von Sklaverei und *Jim Crow*, dass es eine biologische Differenz zwischen Weißen und Schwarzen gebe, erodierte zunehmend.[614] Dazu hat auch die offen rassistische Politik des nationalsozialistischen Deutschlands und Japans, der Kriegsgegner der U.S.A., beigetragen.

2. *Reichweite und Grenzen verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr*

Der *Supreme Court* erklärte ab 1954 in rascher Abfolge Rassentrennung in öffentlichen Räumen für verfassungswidrig. Aufgrund der seit den *Civil Rights Cases* fest verankerten *state-action*-Doktrin[615] musste es sich jeweils um eine dem Staat zurechenbare Diskriminierung handeln.[616] *Shelley v. Kraemer* (1948) verdeutlicht diesen Grundsatz:

> *„That Amendment erects no shield against merely private conduct, however discriminatory or wrongful."*[617]

In *Evans v. Newton* (1966) wurde explizit unterschieden zwischen dem Recht des Einzelnen, seinen Umgang nach eigenen Präferenzen selbst zu wählen einerseits, und staatlicher Diskriminierung andererseits:

> *„A private golf club, however, restricted to either Negro or white membership is one expression of freedom of association. But a municipal golf course that serves only one race*

609 Grundlegend *Wechsler*, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959).
610 http://www.naacp.org/about/history/index.htm [Stand: 31.12.2012].
611 Grundlegend war *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Dort entschied der Supreme Court, dass *Heman Marion Sweatt* zur bisher ausschließlich für Weiße zugänglichen University of Texas Law School zugelassen werden muss, weil eine gleichwertige Ausbildung in einer nur für Schwarze ausgerichteten Institution prinzipiell nicht gewährleistet werden kann.
612 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 204 ff; *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 202 ff; siehe auch *Bowne-Marshall*, Race, Law, and American Society, 2007, 25 f.
613 Zum Kontext *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 173 ff; *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 181 ff, 210 ff.
614 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 188.
615 Siehe oben § 3 III 4 a.
616 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 147 ff, 160 ff; die Nachweise der Entscheidungen bei *Bowne-Marshall*, Race, Law, and American Society, 2007, 70 f.
617 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 13 (1948).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> *is state activity indicating a preference on a matter as to which the State must be neutral.*"[618]

Die verfassungsrechtliche Problematik spitzte sich dabei auf die Frage zu, wann von *state action* gesprochen werden kann:

> *„What is 'private' action and what is 'state' action is not always easy to determine. Conduct that is formally 'private' may become so entwined with governmental policies or so impregnated with a governmental character as to become subject to the constitutional limitations placed upon state action.*"[619]

a) *Burton v. Wilmington Parking Authority (1961)*

Das war beispielsweise der Fall in *Burton v. Wilmington Parking Authority* (1961). *William Burton* wurde in einem Restaurant nicht bedient, weil er Schwarzer war.[620] Das Restaurant stützte sich auf eine Norm, wonach in Delaware Betreiber von Restaurants und anderen der Öffentlichkeit zugänglichen Einrichtungen, nicht verpflichtet waren, „persons whose reception or entertainment by him would be offensive to the major part of his customers, and would injure his business" zu bedienen.[621] Diese Bestimmung wurde 1953 (!) erlassen, um eventuell aus dem *Common Law* folgenden Pflichten, schwarze Gäste bedienen zu müssen, zuvorzukommen.[622] Der *Supreme Court* verneinte eine rein private Handlung, weil das Restaurant integraler Bestandteil eines staatlich betriebenen Parkhauses war und den Restaurantbetreiber daher dieselben Pflichten trafen, wie sie auch für die übrige Anlage galten.[623] Obwohl es im konkreten Fall Ausweichmöglichkeiten für *Burton* gab und der Wettbewerb insoweit funktionierte, interpretierte der *Supreme Court* die *equal protection clause* offensichtlich als ein selbstständiges Gleichheitsrecht. Diesem Verständnis wird in der Entwicklung des Nichtdiskriminierungsrechts eine zentrale Bedeutung zukommen.

b) *Bell v. Maryland (1964)*

Kam es dagegen zu rein privaten Diskriminierungen, die keiner staatlichen Stelle zurechenbar waren, kann das XIVth Amendment nicht greifen. Das Problem wird besonders deutlich in *Bell v. Maryland* (1964).[624] 12 Schwarze veranstalteten 1960 ein *sit-in* im Hooper's Restaurant in Baltimore. Auf Anweisung des Inhabers wurden sie aufgrund ihrer Rasse nicht bedient und, als sie der Aufforde-

618 *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 299 (1966).
619 *Evans v. Newton*, 382 U.S. at 299.
620 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715, 716 (1961).
621 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. at 717.
622 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 83-84 (2005), siehe dazu oben § 3 III 3 b) und 4 b).
623 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. at 724-726.
624 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rung, das Restaurant zu verlassen, nicht nachgekommen waren, wegen Hausfriedensbruchs vorläufig festgenommen und schließlich dafür bestraft.[625] Der *Supreme Court* hatte zu entscheiden, ob diese Bestrafung gegen Amend. XIV § 1 der Verfassung verstieß. Er vermied die Entscheidung in der Sache, weil er davon ausging, dass aufgrund mittlerweile in Kraft getretener Civil-Rights-Gesetze in Maryland die Verurteilung aufgehoben werde würde.[626] Innerhalb des Gerichts bildeten sich zwei Lager, die für beide Wege stehen, diesen Fall *verfassungsrechtlich* zu lösen. *Justice Douglas* und *Justice Goldberg* sahen in der Verurteilung *state action*, während *Justice Black* in der staatlichen Durchsetzung der *trespassing laws* keine *state action* erkennen wollte. Nach Auffassung von *Justice Black*

> *„[does] the Fourteenth Amendment of itself […] not compel either a black man or a white man running his own private business to trade with anyone else against his will. We do not believe that Section 1 of the Fourteenth Amendment was written or designed to interfere with a storekeeper's right to choose his customers or with a property owner's right to choose his social or business associates, so long as he does not run counter to valid state or federal regulation.“*[627]

Daraus leitete *Black* die zwingende Folge ab, dass der Staat dieses Recht auch schützen und durchsetzen dürfe:

> *„It would betray our whole plan for a tranquil and orderly society to say that a citizen, because of his personal prejudices, habits, attitudes, or beliefs, is cast outside the law's protection and cannot call for the aid of officers sworn to uphold the law and preserve the peace.“*[628].

Genau darüber war man sich uneinig. *Justice Douglas* und *Justice Goldberg* sahen einen wesentlichen Unterschied zwischen der Entscheidung eines Restaurantbetreibers, wen er bedient und wen nicht, und der eines Privatmanns, wen er in sein Haus lässt und wen nicht:[629]

> *„Prejudice and bigotry in any form are regrettable, but it is the constitutional right of every person to close his home or club to any person or to choose his social intimates and business partners solely on the basis of personal prejudices including race. These and other rights pertaining to privacy and private association are themselves constitutionally protected liberties. […] We deal here, however, with a claim of equal access to public accommodations. This is not a claim which significantly impinges upon personal associational interests; nor is it a claim infringing upon the control of private property not dedicated to*

625 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 227-228
626 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 228.
627 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 342-343 (1964)(Black, J., diss.).
628 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 327-328 (Black, J., diss). Hinzuweisen ist darauf, dass *Justice Black* daraus nicht ableitet, dass *Congress* selbst eine Kompetenz hat, in zulässiger Weise diese Fragen zu regeln, vgl. S. 343.
629 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 252-254 (1964)(Douglas, J., conc.); *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 312-315 (Goldberg, J., conc.).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> *public use. A judicial ruling on this claim inevitably involves the liberties and freedoms both of the restaurant proprietor and of the Negro citizen.*"[630]

Beide Richter knüpften also an die alte Differenzierung zwischen *social rights* und *legal* bzw. *civil rights* an, füllten sie aber mit ganz anderem Inhalt als in den *Civil Rights Cases* und in *Plessy:* Das Recht einer Person, in einem Restaurant nicht aufgrund ihrer Rasse diskriminiert zu werden, ist ein *civil right*. Der *Supreme Court* hat die *verfassungsrechtliche* Frage, wie gesagt, nicht entschieden, weil er sie vom Gesetzgeber im *einfachen* Recht beantwortet sah. Darin zeigt sich eine für das Verständnis des U.S.-Nichtdiskriminierungsrechts fundamentale Unterscheidung zwischen einem verfassungsrechtlich problematischen und dem einfachrechtlich möglichen Schutz vor Diskriminierungen durch Private.

c) *Shelley v. Kraemer (1948)*

Justice Douglas und *Justice Black* diskutieren die Anforderungen an *state action* anhand eines berühmten Falles: *Shelley v. Kraemer* (1948)[631]. *Shelley* betraf wie in *Corrigan v. Buckley*[632] die Frage, ob ein *racially restrictive covenant* von den übrigen Unterzeichnern gegenüber dem schwarzen Erwerber des Grundstücks – der nicht Partei dieses Vertrages ist – durchsetzbar ist. Im Unterschied zu *Buchanan v. Warley*[633] ging es hier nicht um eine gesetzliche Regelung. Daher konnte eine *state action* nur über die Beteiligung des Staates bei der Durchsetzung dieser Grunddienstbarkeit konstruiert werden.[634]

Solange die vertragliche Bindung von allen Beteiligten eingehalten wurde, lag keine *state action* vor.[635] Das Problem in einem der entschiedenen Fälle war, dass mit Fitzgerald einer der Unterzeichner des *covenants* gegen dessen Bedingungen verstoßen und das Grundstück willentlich an Shelley, eine schwarze Familie, veräußert hatte. Die anderen Parteien des *covenants* beantragten (1.) eine Unterlassungsverfügung (*injunction*), die Shelley daran hindern sollte, das Grundstück in Besitz zu nehmen und (2.) eine Verfügung, mit der Shelley jedes Eigentumsrecht am Grundstück (*title*) wieder entzogen und auf den Veräußerer bzw. einer dritten Person übertragen wird.[636] Der *Supreme Court* interpretierte die beantragte Maßnahmen der Gerichte als ausreichende *state action*:

> „*We hold that in granting judicial enforcement of the restrictive agreements in these cases, the States have denied petitioners the equal protection of the laws and that, therefore, the*

630 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 313-314 (Goldberg, J., conc.).
631 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948); aus deutscher Perspektive dazu zuletzt *Maultzsch*, JZ 2012, 1040, 1043 f.
632 Siehe dazu § 3 III 5 c).
633 Dazu oben § 3 III 5 c).
634 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. at 13.
635 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. at 13.
636 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. at 5-6.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> *action of the state courts cannot stand. We have noted that freedom from discrimination by the States in the enjoyment of property rights was among the basic objectives sought to be effectuated by the framers of the Fourteenth Amendment. That such discrimination has occurred in these cases is clear. Because of the race or color of these petitioners they have been denied rights of ownership or occupancy enjoyed as a matter of course by other citizens of different race or color.*"[637]

Shelley wirft eine schwierige Frage auf: Warum ist die gerichtliche Durchsetzung eines zwischen Privatpersonen abgeschlossenen Vertrages eine dem Staat zurechenbare Diskriminierung und nicht lediglich die staatliche Anerkennung der Vertragsabschluss- und -inhaltsfreiheit des Einzelnen?[638] Dass staatliche Organe bei der Rechtsdurchsetzung eingeschaltet werden, kann der maßgebliche Grund nicht sein, weil dann jede private Handlung, die gerichtlich durchgesetzt wird, dem Staat zurechenbar wäre.[639] Dieses Problem führte zu der Meinungsverschiedenheit von *Justice Douglas* und *Justice Black* in *Bell v. Maryland*. *Douglas* sah eine gemeinsame Linie von *Shelley* zu *Bell*, weil es in beiden Fällen um die Durchsetzung von *property rights* gehe.[640] Bei *Bell* komme noch dazu, dass der Staat das soziale Konstrukt der Rassentrennung mit seinen Polizeikräften, Staatsanwälten und Gerichten durchgesetzt habe.[641] *Justice Black* unterschied dagegen die gerichtliche Durchsetzung im Zweipersonenverhältnis, wo es an einer *state action* fehle, von dem gerichtlichen Einschreiten auf Veranlassung einer dritten Person, wo er sie bejahte.[642] Die von *Justice Black* vorgenommene Differenzierung findet sich bereits in *Shelley*:

> „*We have no doubt that there has been state action in these cases in the full and complete sense of the phrase. The undisputed facts disclose that petitioners were willing purchasers of properties upon which they desired to establish homes. The owners of the properties were willing sellers; and contracts of sale were accordingly consummated. It is clear that but for the active intervention of the state courts, supported by the full panoply of state power, petitioners would have been free to occupy the properties in question without restraint.*"[643]

Der im gleichen Jahr entschiedene Fall *Hurd v. Hodge*[644] bestätigt diese Interpretation. Streitgegenstand war dort freilich nicht die Verfassung selbst, sondern die mehrfach geänderte Version des *Civil Rights Act*s von 1866. Weil dieser unmittelbar auf der Gesetzgebungskompetenz in Amend. XIII § 2 bzw. Amend. XIV § 5 beruht, sind die Ausführungen allerdings auch für die verfassungsrechtliche Einschätzung von Bedeutung:

637 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. at 20-21.
638 Grundlegend die Kritik von *Wechsler*, 73 Harv. L. Rev. 1, 29 (1959).
639 *Chemerinsky*, Constitutional Law, 2007, 528. Siehe dazu weiterführend unten § 8 IV 2.
640 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 259 (1964)(Douglas, J., conc.).
641 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 257 (Douglas, J., conc.).
642 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 326-335 (1964)(Black, J., diss.).
643 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 19 (1948).
644 *Hurd v. Hodge*, 334 U.S. 24 (1948).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> *„We may start with the proposition that the statute does not invalidate private restrictive agreements so long as the purposes of those agreements are achieved by the parties through voluntary adherence to the terms. The action toward which the provisions of the statute under consideration is directed is governmental action."*[645]

Justice Black zog daher eine überzeugende Linie von *Buchanan v. Warley* zu *Shelley v. Kraemer*:

> *„(1) When an owner of property is willing to sell and a would-be purchaser is willing to buy, then the Civil Rights Act of 1866 […] prohibits a State […] from preventing the sale on the grounds of the race or color of one of the parties. (2) Once a person has become a property owner, then he acquires all the rights that go with ownership […]. This means that the property owner may, in the absence of a valid statute forbidding it, sell his property to whom he pleases and admit to that property whom he will; so long as both parties are willing parties, then the principles stated in Buchanan and Shelley protect this right. But equally, when one party is unwilling, as when the property owner chooses not to sell to a particular person or not to admit that person, then […] he is entitled to rely on the guarantee of due process of law […] to protect his free use and enjoyment of property and to know that only by valid legislation, passed pursuant to some constitutional grant of power, can anyone disturb this free use.*[646]

d) Das Problem der „unwilling party"

Diese Interpretation ist deshalb besonders wichtig, weil sie die Grenzen des verfassungsrechtlichen Schutzes aus dem 14. Verfassungszusatz und dem *Civil Rights Act* von 1866 absteckt und zugleich den Bedarf für einen darüber hinausgehenden einfachgesetzlichen Schutz gegenüber der Diskriminierung der *unwilling party* aufzeigt. *Black, J.*, gelang eine zutreffende Beschreibung des um 1960 erreichten Zustands: (1.) Zwei Vertragsparteien wurden über XIVth Amend. § 1 und den *Civil Rights Act* 1866 § 1 idF des Enforcement Act v. 1870 § 16[647] freiheitsrechtlich geschützt, wenn der Staat unter diskriminierenden Gründen in die vertragliche Regelung eingriff (*Buchanan)*. (2.) Die Vertragsparteien wurden über dieselben Normen gleichheitsrechtlich geschützt, wenn der Eingriff von Dritten ausging, die sich dafür der staatlichen Rechtsdurchsetzung bemühten (*Shelley)*. (3.) Begehrte dagegen nur eine potentielle Vertragspartei den Vertragsabschluss und verweigerte ihn die andere aus diskriminierenden Gründen, bestand weder verfassungsrechtlicher noch einfachgesetzlicher Schutz.

Ich möchte diese These mit *Evans v. Abney* (1970)[648] belegen. U.S. Senator Augustus O. Bacon (1839-1914) übertrug in seinem Testament 1911 ein Stück Land seiner Heimatstadt Macon als *trustee* und verpflichtete sie, es als „park

645 *Hurd v. Hodge*, 334 U.S. at 31.
646 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 331 (1964)(Black, J., diss.).
647 Mittlerweile kodifiziert unter 42 U.S.C. § 1981.
648 *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435 (1970).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

and pleasure ground" zu verwenden. Zugleich enthielt das Testament die Bedingung, dass dieser nur für Weiße zugänglich sein durfte. Der Park dürfe unter keinen Umständen einem anderen Zweck gewidmet, insbesondere nicht für Schwarze geöffnet werden, weil beide „Rassen"

> *„should be forever separate and that they should not have pleasure or recreation grounds to be used or enjoyed, together and in common".*[649]

Die Stadt begann um 1960, den Park für Schwarze zu öffnen, weil sie der Auffassung war, in einer öffentlich zugänglichen städtischen Einrichtung nicht diskriminieren zu dürfen.[650] Auf die Klage, die Stadt als *trustee* des Parks zu entbinden, entschied der *Supreme Court* in *Evans v. Newton* (1966), dass die Stadt beim Betrieb des Parks nicht diskriminieren darf.[651] Im Anschluss kam es zu einem weiteren Verfahren, in dessen Verlauf der *Supreme Court of Georgia* anordnete, dass der Trust aufgelöst und das Grundstück an die Erben zurückgegeben werde. Der Trust sei gescheitert, weil der explizite Wille des Erblassers jetzt nicht mehr durchgeführt werden könne.[652] Darin, so der *Supreme Court,* liege keine *state action*, weil das Gericht lediglich den Willen des Erblassers soweit wie möglich umsetzte.[653] *Justice Brennan* argumentierte dagegen, dass die Entscheidung eine rassistisch motivierte Einschränkung durchsetzte, „that keeps apparently willing parties of different races from coming together in the park".[654] Er las *Shelley* so,

> *„that where parties of different races are willing to deal with one another a state court cannot keep them from doing so by enforcing a privately devised racial restriction."*[655]

Damit verkannte er allerdings den springenden Punkt. In der Sache liegt ein Zwei-Parteien-Verhältnis zwischen Testator als Begründer des Trusts und den Nutzern des Parks vor. Zwischen diesen beiden fehlt es an einem übereinstimmenden Willen: schwarze Nutzer wollen, dass ihnen der Park wie Weißen offensteht, der Testator hat das ausdrücklich untersagt. Der *Supreme Court of Georgia* setzte hier also nicht die Interessen Dritter gegen den übereinstimmenden Willen der Parteien durch, sondern den Willen des Testators. Die Frage, die man sich hätte stellen müssen, lautet daher, ob dieser Wille durchgesetzt werden konnte. Dafür bietet der unmittelbare Rückgriff auf das U.S.-amerikanische Verfassungsrecht bei fehlender *state action* keine Handhabe. Privates Verhalten, das dem Staat und seinen Organisationen nicht zugerechnet werden kann, ist außerhalb des Anwendungsbereichs des 14. Verfassungszusatzes.

649 Zitiert nach *Evans v. Abney*, 396 U.S. at 442.
650 *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 487 (1966).
651 *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296 (1966).
652 *Evans v. Abney*, 396 U.S. at 442-444.
653 *Evans v. Abney*, 396 U.S. at 444-445.
654 *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435, 455 (1970)(Brennan, J., diss.).
655 *Evans v. Abney*, 396 U.S. at 456 (Brennan, J., diss.).

https://doi.org/10.5771/9783845244183-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die *state-action*-Doktrin ist auch Grundlage eines weiteren Prinzips des U.S.-amerikanischen Verfassungsrechts. Es kennt keine dem deutschen Verfassungsrecht vergleichbare Schutzpflicht.[656] Das hat der *Supreme Court* in *DeShaney v. Winnebago County* (1989) deutlich formuliert:

> *„Consistent with these principles, our cases have recognized that the Due Process Clauses generally confer no affirmative right to governmental aid, even where such aid may be necessary to secure life, liberty, or property interests of which the government itself may not deprive the individual. If the Due Process Clause does not require the State to provide its citizens with particular protective services, it follows that the State cannot be held liable under the Clause for injuries that could have been averted had it chosen to provide them. As a general matter, then, we conclude that a State's failure to protect an individual against private violence simply does not constitute a violation of the Due Process Clause.“*[657]

Zusammengenommen schließen diese Prinzipien einen unmittelbar verfassungsrechtlich begründeten Schutz gegenüber Diskriminierungshandlungen Privater aus.[658] Damit war die Grenze zwischen privat und öffentlich anhand der staatlichern Beteiligung zu bestimmen. Das führte vor allem im Süden zu einer Reorganisation vormals öffentlicher in privat betriebene Einrichtungen. Die Privatisierung öffentlicher Räume hatte primär den Zweck, der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Gleichbehandlung entgehen zu können.[659]

3. *Wiederkehr des Civil Rights Acts von 1866*

a) *Jones v. Alfred H. Mayer Co. (1968) und das zweite Gleichheitsproblem*

Diskriminierende Handlungen Privater können daher nur über das einfache Recht adressiert werden. Diese Aufgabe übernahm in den 1960er Jahren verstärkt der Kongress als Bundesgesetzgeber. Darauf werde ich gleich zurückkommen. Allerdings gab es bereits seit 100 Jahren den *Civil Rights Act* von 1866 idF

656 Dazu umfassend aus rechtsvergleichender Perspektive *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, und aus jüngerer Zeit vor allem *Grimm*, The protective function of the state, in: Nolte, European and US Constitutionalism, 2005, 137 ff; *Michaelmann*, The protecitve function of the state in the United States and in Europe: the constitutional question, in: Nolte, European and US Constitutionalism, 2005, 156 ff.

657 *DeShaney v. Winnebago County Dep't of Soc. Servs*, 489 U.S. 189, 196-197 (1989) [Zitate wurden weggelassen]; dazu auch *Grünberger*, 24 Cardozo Arts & Ent. L.J. 617, 662-63 (2006).

658 Vgl. dazu kritisch *Ugarte*, 41 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 481, 483-84 (2006): „The Civil Rights Cases and the state action doctrine established two continuing principles of constitutional jurisprudence. First, conduct that the Court labels "private activity" — any activity which is non-governmental in character — is shielded from constitutional scrutiny regardless of the impact or pervasiveness of the activity. Thus, the right to equality effectively depends on the identity of the perpetrator, and there is no constitutional violation if the perpetrator is a private actor. Second, the state has no affirmative duty to protect persons from private actors who deny Fourteenth Amendment rights, including the right to equality. Accordingly, the state may simply sit and watch as "private" action, in the form of intentional, pervasive, and systematic acts, erects a society grounded in racial subordination.“

659 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 82 (2005) mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748924760-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Enforcement Acts von 1870.[660] Die Ausführungen des *Supreme Court* zum XIIIth Amend. in den *Civil Rights Cases*[661] bewirkten, dass der *Civil Rights Act* von 1866 in der Folgezeit als ein unter XIVth Amend. § 5 fallendes Gesetz interpretiert und daher immer unter der Voraussetzung einer *state action* gelesen wurde. Das gilt für *Buchanan v. Warley*[662] und für *Hurd v. Hodge*[663]. Von diesem Verständnis hat sich das Gericht in *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* (1968)[664] verabschiedet.[665] Joseph Lee Jones machte Schadensersatz und Beseitigungsansprüche (*injunctive relief*) gegenüber der Alfred H. Mayer Co. geltend, weil diese ihm aufgrund seiner Rasse – er war Schwarzer – kein Haus in Paddock Woods, St. Louis County, Missouri, verkaufen wollte.[666] Vor dem Hintergrund einer äußerst aktiven Bundesgesetzgebung[667] entschied der *Supreme Court*, dass 42 U.S.C. § 1982[668] – als geltende Fassung eines Teils von § 1 *Civil Rights Act* idF von Sec. 16 und 18 des Enforcement Acts 1870[669] –

> *„bars all racial discrimination, private as well as public, in the sale or rental of property, and that the statute, thus construed, is a valid exercise of the power of Congress to enforce the Thirteenth Amendment."*

Das Gericht nahm den Wortlaut von § 1982 ernst:

> *„So long as a Negro citizen who wants to buy or rent a home can be turned away simply because he is not white, he cannot be said to enjoy 'the same right … as is enjoyed by white citizens … to … purchase (and) lease … real and personal property.'"*[670]

Es verankerte diese Interpretation im Wortlaut und in der Entstehungsgeschichte sowohl des *XIIIth Amendments* wie des *Civil Rights Act*s von 1866.[671] Das führte im Ergebnis zur Anwendbarkeit des 13. Verfassungszusatzes auf Private, wenn und soweit bestimmte Handlungen einfachgesetzlich verboten oder vorgeschrieben werden. Diese Interpretation war neu. Es gab dafür keine Präjudizien.[672] Die Aussagen in den *Civil Rights Cases* legten das Gegenteil nahe.[673] In den dazwi-

660 Siehe oben § 3 III 2 a) (2) und (4).
661 Siehe oben § 3 III 4.
662 Siehe oben § 3 III 5 c).
663 Dazu oben § 3 IV 2 c).
664 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. 409 (1968).
665 Zur Abgrenzung des Falles von *Hurd v. Hodge* siehe *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 417-420, wo die entscheidende Passage in *Hurd* als obiter dictum eingestuft wird; zum Ganzen übersichtlich *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 415 ff.
666 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 412.
667 Zum Verhältnis das älteren *Civil Rights Act* zum *Civil Rights Act* von 1968 (Fair Housing Act) vertiefend *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 413-417.
668 42 U.S.C. § 1982 lautet: All citizens of the United States shall have the same right, in every State and Territory, as is enjoyed by white citizens thereof to inherit, purchase, lease, sell, hold, and convey real and personal property.
669 Vgl. *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160, 168 Fn. 8 (1976).
670 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 421, die Vorinstanz zitierend.
671 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 422 ff.
672 Eingeräumt von *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 437.
673 Siehe oben § 3 III 4 c).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen liegenden Jahrzehnten hatte sich allerdings die grundlegende Einschätzung darüber, was alles eine Folge der Sklaverei ist, geändert:

> *„Just as the Black Codes, enacted after the Civil War to restrict the free exercise of those rights, were substitutes for the slave system, so the exclusion of Negroes from white communities became a substitute for the Black Codes. And when racial discrimination herds men into ghettos and makes their ability to buy property turn on the color of their skin, then it too is a relic of slavery.“*[674]

Die Herstellung gleicher Freiheit genügte für sich alleine nicht, die Folgen der Sklaverei zu beseitigen. Das zweite Gleichheitsproblem blieb damit im 19. Jahrhundert noch ungelöst.[675] 1968 wurde es vom *Supreme Court* ausdrücklich adressiert:

> *„Negro citizens, North and South, who saw in the Thirteenth Amendment a promise of freedom – freedom to 'go and come at pleasure' and to 'buy and sell when they please'- would be left with 'a mere paper guarantee' if Congress were powerless to assure that a dollar in the hands of a Negro will purchase the same thing as a dollar in the hands of a white man. At the very least, the freedom that Congress is empowered to secure under the Thirteenth Amendment includes the freedom to buy whatever a white man can buy, the right to live wherever a white man can live. If Congress cannot say that being a free man means at least this much, then the Thirteenth Amendment made a promise the Nation cannot keep.“*[676]

b) *Privatrechtliche Auswirkungen: Sullivan v. Little Huntington Park, Inc. (1969)*

Die privatrechtlichen Auswirkungen der Wiederentdeckung des *XIIIth Amendments* lassen sich anhand von *Sullivan v. Little Huntington Park, Inc.* (1969)[677] demonstrieren. Little Huntington Park betrieb einen Park und einen Spielplatz zur Benutzung der Einwohner eines Gebiets in Virginia. Jeder Hauseigentümer konnte pro Grundstück einen Mitgliedschaftsanteil daran erwerben. Dieser berechtigte den Inhaber und seine Familie, die Gemeinschaftseinrichtungen zu nutzen. Er durfte ihn mit Zustimmung von Little Huntington Park, Inc., an Dritte, insbesondere den Mieter seines Hauses, übertragen. Paul Sullivan vermietete eines seiner Häuser im betreffenden Gebiet an T.R. Freeman und übertrug ihm den daran geknüpften Mitgliedschaftsanteil. Der Verwaltungsrat verweigerte die Zustimmung, „because Freeman was a Negro.“ Als Sullivan protestierte, wurde er ausgeschlossen und seine beiden Anteilsscheine eingezogen.[678] Freeman und Sullivan klagten beide auf Schadensersatz, Sullivan darüber hinaus auf Rückübertra-

674 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 441.
675 Siehe oben § 3 III 4.
676 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 443 (Zitate wurden weggelassen).
677 *Sullivan v. Little Hunting Park*, *Inc*, 396 U.S. 229 (1969).
678 *Sullivan v. Little Hunting Park*, *Inc*, 396 U.S. at 234-238.

https://doi.org/10.5771/9783748923343-199 am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung der Mitgliedschaft und auf Zustimmung zur Übertragung an Freeman.[679] Die Ansprüche wurden auf 42 U.S.C. § 1981 und § 1982 und damit auf den *Civil Rights Act* von 1866 idF von § 16 Enforcement Act von 1870 gestützt.

Folgt man der *Shelley*-Rechtsprechung, wirkte die Zustimmungsverweigerung wie ein *racially restrictive convenant*.[680] Die Mitgliedschaft in Little Huntington Park, Inc., war *personal property* iSv § 1982, weil sie an die Stellung als Eigentümer oder Mieter in einem bestimmten Gebiet geknüpft war.[681] Es handelte sich dabei auch nicht um eine private Vereinigung mit geschlossener Mitgliedschaft, die vom Diskriminierungsverbot befreit sein könnte, weil die Mitgliedschaft jedem Weißen, der in der Gegend lebt, zugänglich war.[682] Sind sich Vermieter und Mieter über diese Nutzung einig, ist jede Intervention Dritter, die auf rassistischen Motiven beruht, eine Verletzung dieses Rechts. Allerdings sind Zustimmungsverweigerung und die Kündigung der Mitgliedschaft rein private Akte. Little Huntington Park, Inc., musste sich nicht an Gerichte wenden, um seine Rechtsauffassung durchzusetzen. Nach *Shelley* fehlte es eindeutig an einer *state action*. Hier griffen jetzt das XIIIth Amend. und der darauf gründende 42 U.S.C. § 1982 ein und führten die Klagen zum Erfolg.[683] § 1982 verbietet daher alle Diskriminierungen aus Gründen der Rasse beim Verkauf oder der Vermietung von beweglichen und unbeweglichen Sachen, unabhängig, davon ob sie öffentlich oder privat erfolgen.[684]

c) Von Runyon v. McCrary (1976) zu Patterson v. McLean CreditUnion (1989)

Jones v. Alfred H. Mayer Co. unterstrich die fortdauernde Bedeutung des *Civil Rights Act*s von 1866. In *Runyon v. McCrary* (1976)[685] hat der *Supreme Court* diesen Gedanken konsequent auch auf den zweiten Aspekt von Sec. 1 des *Civil Rights Act*s von 1866 (mittlerweile in 42 U.S.C. § 1981[686] kodifiziert)[687], ausgedehnt.[688] Auslöser waren zwei Fälle in Virginia, in denen jeweils privat und ge-

679 Das wird deutlich bei *Sullivan v. Little Hunting Park*, *Inc*, 396 U.S. 229, 253 (1969)(Harlan, J., diss.).
680 *Sullivan v. Little Hunting Park*, *Inc*, 396 U.S. at 236.
681 So klarstellend *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Ass'n*, *Inc*, 440 U.S. 431, 437 (1972).
682 *Sullivan v. Little Hunting Park*, *Inc*, 396 U.S. at 236; *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Ass'n*, *Inc*, 440 U.S. at 438.
683 *Sullivan v. Little Hunting Park*, *Inc*, 396 U.S. at 235-238; vgl. auch *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 420 ff.
684 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. 409, 437, 441-443 (1968).
685 *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976).
686 42 U.S.C. § 1981 lautet: "All persons within the jurisdiction of the United States shall have the same right in every State and Territory to make and enforce contracts, to sue, be parties, give evidence, and to the full and equal benefit of all laws and proceedings for the security of persons and property as is enjoyed by white citizens, and shall be subject to like punishment, pains, penalties, taxes, licenses, and exactions of every kind, and to no other."
687 So klarstellend *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160, 168 Fn. 8 (1976).
688 So schon in *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Ass'n*, *Inc*, 440 U.S. 431, 439-440 (1972).

https://doi.org/10.5771/9783748912484-199, generated on 12/03/2025, 12:12:45
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werbsmäßig betriebene Schulen die Einschreibung schwarzer Kinder unter Hinweis darauf ablehnten, dass sie nach Rassen trennten.[689] Nimmt man § 1981 ernst, verbietet der Wortlaut jede Diskriminierung aus Gründen der Rasse im Zusammenhang mit dem Abschluss von ausschließlich privatrechtlich wirkenden Verträgen:[690]

> *„Just as in Jones, a Negro's Sec. 1 right to purchase property on equal terms with whites was violated when a private person refused to sell to the prospective purchaser solely because he was a Negro, so also a Negro's Sec. 1 right to 'make and enforce contracts' is violated if a private offeror refuses to extend to a Negro, solely because he is a Negro, the same opportunity to enter into contracts as he extends to white offerees."*[691]

§ 1981 gilt dann für die Aufnahme in die private Schule genauso, wie er vor Diskriminierungen aus Gründen der Rasse in Arbeitsverhältnissen schützt[692]. Seine Anwendung auf sonstige Dienst- und Auftragsverhältnisse wird mittlerweile von den Bundesberufungsgerichten in vier Circuits bejaht.[693] Die These, dass § 1981 Diskriminierungen aus Gründen der Rasse beim Abschluss und der Durchsetzung privater Verträge verbietet, wurde in *Patterson v. McLean CreditUnion* (1989) bestätigt:[694]

> *„Runyon is entirely consistent with our society's deep commitment to the eradication of discrimination based on a person's race or the color of his or her skin."*[695]

Patterson steht allerdings auch für eine enge Auslegung des Diskriminierungsverbots. § 1981 erfasse nur diskriminierendes Verhalten vor Vertragsabschluss und solche Handlungen, die die gerichtliche Durchsetzung vertraglicher Rechte erschweren.[696] Diskriminierende Verhaltensweisen nach Vertragsabschluss und während der Vertragsdurchführung – dazu zähle auch eine Belästigung aus Gründen der Rasse (*racial harassment*), fielen nicht mehr in seinen Anwendungsbereich.[697] Insoweit komme den besonderen Bestimmungen des Title VII des *Civil Rights Act* von 1964[698] Vorrang zu.[699] Der Kongress korrigierte diese Auslegung mit dem *Civil Rights Act* of 1991[700] und definierte die Bedeutung der Worte „to make and enforce contract" so, dass davon jedes Verhalten nach Vertragsab-

689 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 164-166.
690 *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. at 173.
691 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. at 170.
692 Entschieden von *Johnson v. Railway Exp. Agency*, *Inc*, 421 U.S. 454, 459-60 (1975).
693 *Brown v. J. Kaz*, *Inc*, 581 F.3rd 175, 181 (3rd Cir. 2009) mwN.
694 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172 (1989).
695 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. at 174.
696 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. at 176-178.
697 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 179.
698 Siehe unten § 3 III 4 a).
699 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. at 180-182.
700 An Act to amend the *Civil Rights Act* of 1964 to strengthen and improve Federal civil rights laws, to provide for damages in cases of intentional employment discrimination, to clarify provisions regarding disparate impact actions, and for other purposes; Pub. L. 102-166, 105 Stat. 1071 (1991).

https://doi.org/10.5771/9783845248483-201, Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

schluss erfasst wird.[701] Ungeklärt ist, ob § 1981 Grundlage für ein allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rasse bietet, das jeden Betreiber eines Unternehmens verpflichtet, grundsätzlich niemanden im vorvertraglichen Stadium – beispielsweise beim Betreten eines Geschäfts – zu diskriminieren.[702]

d) Verfassungsrechtliche Grenzen

Das wirft die Frage auf, ob die Norm mit diesem Inhalt verfassungsgemäß ist. Auf XIVth Amend. § 5 konnte man sich in der Tradition der *Civil Rights Cases* nicht berufen, weil der Bund auf dieser Grundlage rein privates Verhalten nicht adressieren durfte.[703] Daher stützte sich das Gericht – im Anschluss an *Jones* – auch hier auf XIIIth Amend. § 2 und sah das vertragliche Diskriminierungsverbot als notwendig an, um die Folgen der Sklaverei zu beseitigen.[704] Der zweite Aspekt betrifft die Frage, ob die Anwendung auf private Handlungen verfassungsrechtlich geschützte Positionen der Schulbetreiber verletzt. In Betracht kommt die Vereinigungsfreiheit als Bestandteil des *First Amendment*,[705] das Recht der Eltern, über die Erziehung ihrer Kinder zu entscheiden und das Recht auf *privacy*.[706] Keines davon war im Schulkontext einschlägig. Das ist auf andere Fallkonstellationen nicht unbedingt zu übertragen. Den maßgeblichen Gesichtspunkt arbeitete *Justice Douglas* in einer anderen Entscheidung heraus:

> *„My view of the First Amendment and the related guarantees of the Bill of Rights is that they create a zone of privacy which precludes government from interfering with private clubs or groups. The associational rights which our system honors permit all white, all black, all brown, and all yellow clubs to be formed. They also permit all Catholic, all Jewish, or all agnostic clubs to be established. Government may not tell a man or woman who his or her associates must be. The individual can be as selective as he desires. So the fact that the Moose Lodge allows only Caucasians to join or come as guests is constitutionally irrelevant, as is the decision of the Black Muslims to admit to their services only members of their race.“*[707]

Die Entscheidungen in *Burton v. Wilmington Park Authority, Sullivan v. Little Huntington Park, Inc., Tilmann v. Wheaton-Haven Recreation Ass'n, Inc.* und *Runyon v. McCrary* zeigen deutlich, dass die Grenze zwischen zulässiger und verfassungswidriger Intervention in privatrechtliche Beziehungen nicht identisch

701 42 U.S.C. § 1981 (b): „For purposes of this section, the term “make and enforce contracts” includes the making, performance, modification, and termination of contracts, and the enjoyment of all benefits, privileges, terms, and conditions of the contractual relationship.“

702 Dazu vertiefend und bejahend *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1425-1435 (1996).

703 Siehe oben § 3 III 4 a).

704 Vgl. *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. at 179.

705 Grundlegend dazu *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 460-462 (1958).

706 Vgl. *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160, 175-179 (1976).

707 *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 179-180 (1972)(Douglas, Marshall, JJ., diss.).

https://doi.org/10.5771/9783748924944-199, in: Rechtsschutz gegen Diskriminierung, 2021
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist mit der privatrechtlichen Organisationsform des Vertrages. Die Grenze verläuft zwischen der öffentlichen und der privaten Sphäre.[708]

4. *Wiederkehr und Ausbau der Civil Rights Gesetzgebung*

Der zweite Motor bei der Wiedergeburt des modernen Nichtdiskriminierungsrechts war die Politik. Eine von Präsident *Harry S. Truman* (1884-1972) eingesetzte Kommission unterbreitete bereits 1947 weitreichende Vorschläge zu notwendigen Gesetzesänderungen.[709] Erst nach der von *Brown v. Board of Education* angestoßenen Debatte,[710] folgte der *Civil Rights Act* von 1957[711] und der *Civil Rights Act* von 1960[712]. Beide Gesetze dienen im Wesentlichen der Verwirklichung des *XVth Amendments* und sollten es Schwarzen ermöglichen, ihr Wahlrecht effektiv auszuüben.[713] Die tatsächliche Diskriminierung Schwarzer wurde damit nicht effektiv genug adressiert. Der NAACP und andere Bürgerrechtsorganisationen gingen seit den 1950er Jahren zunehmend dazu über, deutlich sichtbare Protestaktionen durchzuführen. Ein Beispiel dafür ist der Montgomery Bus Boykott 1955, mit dem Schwarze gegen die Rassentrennung und erniedrigende Behandlung in öffentlichen Bussen protestierten.[714] Ab 1960 kam es dann im Süden vermehrt zu Protesten gegen Rassentrennung und zu einer gewaltsamen Reaktion der Bewahrer des *status quo*.[715] Insbesondere die blutigen Proteste in Birmingham, Alabama im Sommer 1963[716] bewirkten einen generellen Meinungsumschwung und ermöglichten erstmals seit 1875 eine weitreichende Civil-Rights-Gesetzgebung. Nach mehreren Anläufen gelang es Präsident *Lyndon B. Johnson* (1908-1973), den *Civil Rights Act* von 1964[717] erfolgreich durch den Kongress verabschieden zu lassen. Damit wurde das mit dem *Civil Rights*

708 Vgl. dazu *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 175 (1972) mit der Gegenüberstellung von *public restaurant* und *private social club*. Vertiefend zum Problem unten § 8 III 3.

709 *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 239.

710 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 366.

711 An Act: To provide means of further securing and protecting the civil rights of persons within the jurisdiction of the United States, Pub. L. 85-315, 71 Stat. 634 (1957).

712 An Act: To enforce constitutional rights, and for other purposes, Pub. L. 86-449, 74 Stat. 86 (1960).

713 Kritisch zur praktischen Wirksamkeit *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 243.

714 Dazu *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 370 ff.

715 Zum Ganzen erneut *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 373 ff, 385 ff. Seine These, dass *Brown* die gewaltsame Reaktion des Südens verstärkt hat, ist nicht ganz frei von Widersprüchen, kann hier aber nicht näher behandelt werden.

716 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 433 ff.

717 An Act to enforce the constitutional right to vote, to confer jurisdiction upon the district courts of the United States of America to provide relief against discrimination in public accommodations, to authorize the Attorney General to institute suits to protect constitutional rights in public facilities and public education, to extend the Commission on Civil Rights, to prevent discrimination in federally assisted programs, to establish a Commission on Equal Employment Opportunity, and for other purposes, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Act 1875 begonnene Programm nach fast 100 Jahren wiederaufgenommen und dieses Mal erfolgreich weitergeführt.[718]

a) Der Civil Rights Act of 1964

Der *Civil Rights Act* von 1964 ist in insgesamt 10 Titel untergliedertn von denen sich drei im weiteren Sinne auf privatrechtliche Beziehungen auswirken können:

- Title II verbietet Diskriminierungen *in places of public accomodation*,
- Title VI verknüpft die Gewährung von Bundeszuschüssen an staatliche oder private Akteure mit einem Diskriminierungsverbot,
- Title VII verbietet Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis und etabliert das Prinzip der *„equal employment opportunity"*.

Näher betrachtet werden hier Title II und Title VII, weil sie unmittelbar Gleichbehandlungspflichten Privater statuieren. Einen privatrechtlichen Bezug weist auch Title VI auf, soweit er auf private Organisationen angewendet wird. Ich werde im Folgenden nicht auf ihn eingehen. Seine Anwendungspraxis zeigt, dass er hauptsächlich im Erziehungswesen durchgesetzt wird.[719] Zudem greift er nur, soweit die Organisation Bundesmittel beantragt. Dieser Mechanismus stellt – theoretisch zumindest – sicher, dass kein Privatrechtssubjekt zur Nichtdiskriminierung gezwungen wird. Genau darin bestehen die Rechtsfolgen von Title II und Title VII. Beide Normkomplexe sind mittlerweile öfters geändert worden. Besondere Bedeutung kommt dabei dem *Civil Rights Act* von 1991 zu. Zuletzt wurden einige Bestimmungen vom *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* 2009[720] geändert. Um die Darstellung zu vereinfachen, wird hier im Wesentlichen auf die jetzt geltende Fassung Bezug genommen; zwischenzeitlich erfolgte Veränderungen werden – soweit sie relevant sind – besonders ausgewiesen.

(1) Diskriminierungsverbote bei places of public accomodations (Title II CRA 1964)

Die wichtigste Bestimmung des Title II *Civil Rights Act* 1964 ist Sec. 201 *Civil Rights Act* 1964 (42 U.S.C. § 2000a), der ein Recht auf Gleichbehandlung enthält. Der Gleichbehandlungsanspruch schützt vor jeder Ungleichbehandlung in

718 Ein knapper Überblick über die Gesetzgebungsaktivitäten bei *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 245-250.

719 Dazu umfassend und weiterführend *Halpern*, On the Limits of the Law: The Ironic Legacy of Title VI of the 1964 *Civil Rights Act*, 1995.

720 An Act to amend title VII of the *Civil Rights Act* of 1964 and the Age Discrimination in Employment Act of 1967, and to modify the operation of the Americans with Disabilities Act of 1990 and the Rehabilitation Act of 1973, to clarify that a discriminatory compensation decision or other practice that is unlawful under such Acts occurs each time compensation is paid pursuant to the discriminatory compensation decision or other practice, and for other purposes, Pub. L. 111-2, 123 Stat. 5 (2009).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Benutzung von *places of public accomodations*, soweit sie aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe, der Religion oder der nationalen Herkunft erfolgt.[721] Das Diskriminierungsverbot gilt für drei Kategorien von *places of public accomodations:*

1. Gruppe: Gasthöfe, Hotels, Motels oder sonstige Unterkunftsmöglichkeiten für durchreisende Gäste, es sei denn, das Gebäude hat nicht mehr als 5 Zimmer und wird zugleich vom Inhaber der Unterkunftsmöglichkeit bewohnt,[722]
2. Gruppe: Restaurants und andere Einrichtungen, die Lebensmittel (auch) zum Verzehr an Ort und Stelle verkaufen, sowie Tankstellen,[723]
3. Gruppe: Kinos, Theater, Konzerthäuser, Sportstätten und andere Ausstellungs- und Vergnügungsstätten.[724]

Wie schon beim *Civil Rights Act* 1875[725] ist die Reihenfolge nicht zufällig. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass sich der Kongress intensiv mit den Pflichten von Gasthöfen beschäftigt hat, die aus dem *Common Law* fließen, um Kontinuität herzustellen.[726] Die Liste ist abschließend, andere private Einrichtungen mit Öffentlichkeitsbezug, wie etwa Einzelhandelsgeschäfte, sind daher nicht erfasst.[727] Diese können allerdings Gegenstand von Nicht-Diskriminierungsmaßnahmen der jeweiligen Bundesstaaten sein.[728]

Weil Title II jedem eine Verletzung des Gleichbehandlungsanspruchs verbietet,[729] wird das Diskriminierungsverbot als Verletzung des Gleichbehandlungsrechts konzipiert. Rechtsfolge ist eine (vorbeugende) Unterlassungsklage, an der sich der *Attorney General* beteiligen kann.[730] Mit dem *Civil Rights Act* 1991 wurde mit dem Schadensersatzanspruch für *compensatory* und *punitive damages* bei vorsätzlich diskriminierenden Handlungen (*unlawful intentional discrimination*) ein zusätzlicher Rechtsbehelf eingeführt.[731] Dieser Anspruch ist allerdings subsidiär gegenüber den bereits seit dem *Civil Rights Act* von 1866[732] bestehen-

721 42 U.S.C. § 2000a (a)(2012).
722 42 U.S.C. § 2000a (b)(1)(2012).
723 42 U.S.C. § 2000a (b)(2)(2012).
724 42 U.S.C. § 2000a (b)(3)(2012).
725 Dazu oben § 3 III 3 b.
726 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 85 (2005).
727 Vertiefend dazu und zu den Gründen einer extensiven Auslegung *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1412-1424 (1996).
728 *Karst*, 54 Duke L.J. 1591, 1595 (2005).
729 42 U.S.C. § 2000a-2 (2012).
730 42 U.S.C. § 2000a-3 (2012).
731 *Civil Rights Act* 1991, 42 U.S.C. § 1981a (2012).
732 Jetzt 42 U.S.C. § 1981 (2012).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Ansprüchen.[733] Die Rechtsdurchsetzung wird erleichtert, weil das Gericht – ähnlich einer Prozesskostenhilfe – auf Kosten etc. verzichten[734] und die Anwaltskosten des Klägers auf die Gegenseite überwälzen kann.[735] Diesbezüglich brachte der *Civil Rights Act* von 1991 weitere Erleichterungen mit sich.[736] Ausschließlich zuständig sind die Bundesgerichte.[737] Andere, weitergehende Rechte und Ansprüche sind nicht ausgeschlossen.[738]

(2) Kompetenzrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten im Bundesstaat

Im Unterschied zum *Civil Rights Act* 1875 greift das Diskriminierungsverbot nicht generell, sondern nur, wenn eine weitere Voraussetzung vorliegt: Die Einrichtung, sowie jede dabei angesiedelte sonstige Verkaufsstelle,[739] ist nur dann Adressat des Diskriminierungsverbots, wenn sich die Tätigkeit auf den zwischengliedstaatlichen Handel (*interstate commerce*) auswirkt oder wenn die Diskriminierung oder Rassentrennung auf *state action* beruht.[740] Für die Einrichtungen aus der 1. Gruppe gilt das *per se*;[741] für die Einrichtungen der 2. Gruppe, wenn sie eine erhebliche Quantität ihrer Lebensmittel an Reisende verkaufen, die staatenübergreifend reisen oder wenn sie Treibstoffe oder andere Produkte verkaufen, die ihrerseits Gegenstand des *interstate commerce* sind;[742] für Einrichtungen der 3. Gruppe, wenn die Filme, Aufführungen, Mannschaften, Ausstellungen etc. zwischen den Bundesstaaten verkehren[743].

Diese Beschränkung beruht auf verfassungsrechtlichen Gründen. In den *Civil Rights Cases* entschied der *Supreme Court* 1883, dass der Bund keine Kompetenz zur Regelung privaten Verhaltens habe.[744] In *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.* (1964)[745] interpretierte der *Supreme Court* diese Entscheidung dahingehend, dass sie nur die Kompetenzen aus dem XIIIth[746] und XIVth Amend. betraf und keine Aussage zu anderen Kompetenzgrundlagen, insbesondere der *commer-*

733 42 U.S.C. § 1981a (2012).
734 42 U.S.C. § 2000a-3 (a)(2012).
735 42 U.S.C. § 2000a-3 (b)(2012).
736 Vgl. *Civil Rights Act* 1991, 42 U.S.C. 1988 (2012).
737 42 U.S.C. § 2000a-6 (a)(2012).
738 42 U.S.C. § 2000a-6 (b)(2012).
739 42 U.S.C. § 2000a (b)(4)(2012).
740 42 U.S.C. § 2000a (b)(2012).
741 42 U.S.C. § 2000a (c)(1)(2012).
742 42 U.S.C. § 2000a (c)(2)(2012).
743 42 U.S.C. § 2000a (c)(3)(2012).
744 Siehe oben § 3 III 4.
745 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S*, 379 U.S. 241 (1964).
746 Zu einem modernen Versuch, U.S. const. amend. XIII § 2 als Kompetenzgrundlage für die moderne Gesetzgebung zu reaktivieren siehe *Tsesis*, The Thirteenth Amendment and American Freedom, 2004, 131 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

ce clause[747], enthielt.[748] Damit hat man elegant eine negative Präjudizwirkung der *Civil Rights Cases* beseitigt. Es kam also darauf an, ob die Anwendung des Title II auf das Heart of Atlanta Motel von der *commerce clause* gedeckt war. Es handelte sich um einen Fall der 1. Gruppe, bei dem eine Auswirkung auf den zwischengliedstaatlichen Handel immer angenommen wird. Das Motel hatte 216 Zimmer, war bequem von Interstate und State Highways aus zu erreichen, warb auf nationaler Ebene für seine Dienstleistungen und 75 % seiner Gäste kamen von außerhalb Georgias.[749] Es sah sich wegen des *Civil Rights Act*s gehindert, seine frühere Politik, nur an Weiße zu vermieten, fortzuführen.[750] Aufbauend auf eine seit 1937 expansiv angelegte Interpretation der *commerce clause,*[751] bejahte der *Supreme Court* ihre Anwendbarkeit.[752] *Commerce* sei auch der Transport und der Verkehr von Personen zwischen einzelnen Bundesstaaten. Daran ändere auch ein vermeintlich rein lokaler Charakter der Einrichtung nichts, weil sich dieser nachteilig auf commerce auswirken könne.[753] Irrelevant sei schließlich auch der primäre moralische Ansatz der Gesetzgebung,

> *„to vindicate 'the deprivation of personal dignity that surely accompanies denials of equal access to public establishments'",*[754]

weil der Bund auf der Grundlage der *commerce clause* auch dagegen vorgehen kann.[755] Die Entscheidung wird letztlich getragen von der Erkenntnis, dass es eine legitime Aufgabe der Bundesgesetzgebung ist, den Schutz (schwarzer) Reisender sicherzustellen.[756] In einem am gleichen Tag entschiedenen Fall, *Katzenbach v. McClung* (1964),[757] stand die Verfassungsmäßigkeit der 2. Gruppe zur Diskussion. Ollie's Barbecue war ein familienbetriebenes Restaurant in Birmingham, Alabama, mit 220 Plätzen, das nur Weiße bediente. Es wurde nicht festgestellt, dass zwischenstaatlich Reisende zu den Gästen des Restaurants zählten. Der einzige Bezug zum *interstate commerce* war, dass ein erheblicher Teil der Lebensmittel, die dort verarbeitet wurden, von außerhalb Alabamas stammte.[758] Die dem Title II zugrunde liegende Auffassung, dass Diskriminierungen in Restaurants aus Gründen der Rasse unmittelbare und nachteilige Auswirkungen auf den zwischengliedstaatlichen Handel haben, basiere nach Auffassung des *Supre-*

747 U.S. Const. art. I § 8 cl. 3.
748 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S*, 379 U.S. at 250-252.
749 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S*, 379 U.S. 243.
750 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S*, 379 U.S. 244.
751 Dazu *Chemerinsky*, Constitutional Law, 2007, 256 ff.
752 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S*, 379 U.S. at 253-257.
753 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S*, 379 U.S. at 258.
754 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S*, 379 U.S. at 250.
755 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S*, 379 U.S. at 257.
756 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 89-91 (2005).
757 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964).
758 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. at 296-298.

https://doi.org/10.5771/9783748948462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

me Court auf vernünftigen Gründen (*rational basis*).[759] Aus den Anhörungen im Gesetzgebungsverfahren ergebe sich,

> *„that established restaurants in such areas sold less interstate goods because of the discrimination, that interstate travel was obstructed directly by it, that business in general suffered and that many new businesses refrained from establishing there as a result of it.“*[760]

Die für sich betrachtet vernachlässigenswerten Auswirkungen der Diskriminierung in Ollie's Barbecue sind irrelevant, weil es auf die Gesamtauswirkungen ähnlich situierter Fälle ankomme.[761] Im Ergebnis folgt daraus, dass es für die Anwendung des Title II auch auf rein lokale Einrichtungen genügt, wenn sich ein mittelbarer Bezug zum *interstate commerce* herstellen lässt. In den letzten Jahren sind allerdings Zweifel aufgetreten, ob die *commerce clause* weiterhin ein taugliches Instrument für die Civil-Rights-Gesetzgebung ist.[762] Anlass dafür sind die Entscheidungen des *Supreme Court* in *United States v. Lopez* (1995)[763] und *United States v. Morrison* (2000)[764]. In *Lopez* erklärte das Gericht den *Gun Free School Zones Act*[765] für verfassungswidrig, weil er sich nicht mehr innerhalb des Anwendungsbereichs der *commerce clause* befinde. In *Morrison* wurde eine Bestimmung des *Violence Against Woman Acts* (VAWA)[766] für verfassungswidrig erklärt.[767] Danach konnte das Opfer bestimmter Gewaltverbrechen (*crimes of violence motivated by gender*) die vermeintlichen Täter auf Schadensersatz verklagen.[768] Der Kongress stützte seine Gesetzgebungskompetenz sowohl auf die *commerce clause* als auch auf Amend. XIV, § 5.[769] Das Gericht sah das anders. Unter Berufung auf die *Civil Rights Cases* wurde die Anwendbarkeit von Sec. 5 verneint, weil es sich um eine unmittelbare Regelung privaten Verhaltens handle.[770] Der Kongress könne sich auch nicht auf die *commerce clause* berufen. Das Gesetz adressiere gewaltsames und kriminelles Verhalten, das keine Auswirkungen auf den zwischengliedstaatlichen Handel habe.[771] Von der *commerce clause* werden seit *Lopez* im Wesentlichen nur drei Kategorien erfasst:

759 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. at 305.
760 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. at 300.
761 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. at 300-301 unter Berufung auf einen Klassiker der neueren commerce-clause Rechtsprechung seit 1937, *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 127-128 (1942).
762 Vgl. *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 111 (2000); *Virelli/Leibowitz*, 3 U. Pa. J. Const. L. 926, 964-965 (2001).
763 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S 549 (1995).
764 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).
765 18 U.S.C. § 922 (q)(1)(A)(1990).
766 42 U.S.C. §§ 13931-14040 (1994).
767 Zum Sachverhalt vgl. aus der Sicht einer Verfahrensbeteiligten *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 120-22 (2000).
768 42 U.S.C. § 13981 (2000).
769 42 U.S.C. § 13981 (a)(2000); vertiefend *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 116-119 (2000).
770 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 619-627 (2000).
771 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. at 607-619.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

> *„First, Congress may regulate the use of the channels of interstate commerce. Second, Congress is empowered to regulate and protect the instrumentalities of interstate commerce, or persons or things in interstate commerce, even though the threat may come only from intrastate activities. Finally, Congress' commerce authority includes the power to regulate those activities having a substantial relation to interstate commerce, i.e., those activities that substantially affect interstate commerce."*[772]

Heart of Atlanta wird vom Gericht in *Lopez* als ein Beispiel der ersten Fallgruppe erwähnt.[773] In *Morrison* ging es lediglich um die dritte Fallgruppe.[774] Das Ergebnis stand für die Mehrheit fest:

> *„Gender-motivated crimes of violence are not, in any sense of the phrase, economic activity."*[775]

Dahinter steht derselbe Grundgedanke, der bereits die Auslegung der *Slaughterhouse Cases* und der *Civil Rights Cases* prägte: Es geht um die verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung in föderalistischen Systemen, die Frage nämlich, was auf nationaler Ebene und was auf einzelstaatlicher und lokaler Ebene zu regeln ist.[776] Das Problem wird uns in der Debatte über die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Mangold* wieder begegnen.[777] Die zivilrechtliche Sanktionierung von spezifisch geschlechtergeprägter Gewalt zählt das Gericht offensichtlich zum einzelstaatlichen Bereich. Diese Beurteilung ist nicht unproblematisch.[778] Der Zweck der Civil-Rights-Gesetzgebung besteht vielfach gerade darin, das bisher vor dem Hintergrund lokaler Usancen bestehende soziale Verhalten zu ändern.[779] Ollie's Barbecue in *McClung* ist dafür ein gutes Beispiel. Die gesamte Entwicklungsgeschichte der Civil-Rights-Gesetzgebung spielt sich im Spannungsverhältnis von bundesrechtlich normierten *civil rights* einerseits und *state autonomy* andererseits ab. Das Gericht setzt in *Lopez* und *Morrison* diese Grenze mit dem Unterschied von wirtschaftlich/nicht wirtschaftlich gleich.[780] Nur wirtschaftliches Verhalten könne einen Einfluss auf den zwischengliedstaatlichen Handel haben.[781] Man kann bezweifeln, ob diese formalistisch anmutende Dichotomie theoretisch überzeugen kann und ob sie praktisch durchführbar ist.[782] Nach dieser Logik betreffen die Diskriminierungsverbote in Title II

772 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S 549, 558-59 (1995) (Zitate entfernt).
773 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S at 558.
774 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 609.
775 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. at 613.
776 Vgl. *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. at 617-618: „The Constitution requires a distinction between what is truly national and what is truly local."
777 Dazu unten § 8 IV 3 b).
778 Dazu *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 129-135 (2000).
779 *Virelli/Leibowitz*, 3 U. Pa. J. Const. L. 926, 962 (2001).
780 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 610-611 (2000)
781 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S 549, 560 (1995): „Where economic activity substantially affects interstate commerce, legislation regulating that activity will be sustained."
782 Mit guten Gründen zweifelnd *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 640-645 (2000)(Souter, J., diss.); *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 656-657 (Breyer, J., diss.).

https://doi.org/10.5771/9783845248463-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Civil Rights Act 1964 wirtschaftliche Handlungen innerhalb eines Staates, die aber in ihrer Gesamtheit Auswirkungen auf den zwischengliedstaatlichen Handel haben.[783] Genau das ist aber so sicher nicht. Liest man *Heart of Atlanta* und *McClung* aufmerksam, spielt dort der wirtschaftliche Charakter der Diskriminierungshandlung keine Rolle. Entscheidend ist nur, dass die Diskriminierungshandlungen zusammengenommen erhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaft haben.[784]

(3) Freiheitsrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten

Das Diskriminierungsverbot gilt nicht für private Clubs oder sonstige Einrichtungen, die der Öffentlichkeit tatsächlich nicht offen stehen und soweit sie ihrerseits nicht auch Kunden gebundener Unternehmen bedienen.[785] Damit wird der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots aufgrund der verfassungsrechtlich geschützten Vereinigungsfreiheit (*freedom of association*)[786] beschränkt. Diskriminierungsverbote greifen in den Schutzbereich dieses Rechts ein. Das hat der *Supreme Court* in *Roberts v. U.S. Jaycees* (1984) entschieden.[787] In Minnesota galt ein weit über Title II *Civil Rights Act* 1964 hinausgehendes Verbot der Diskriminierung aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Weltanschauung, Religion, Behinderung, Geschlecht und nationaler Herkunft in allen privaten, der Öffentlichkeit zugänglichen Einrichtungen.[788] Die U.S. Jaycees waren eine auf nationaler Ebene tätige Netzwerkorganisation, die nur für Männer zugänglich war.[789] Ihre in Minnesota tätigen Untergliederungen wurden von den dortigen Gerichten als tauglicher Normadressat des staatlichen Diskriminierungsverbots eingestuft.[790] Dagegen wandte sich die nationale Organisation und berief sich auf die Freiheit, selbst zu bestimmen, nur mit Männern soziale und rechtliche Beziehungen einzugehen. Der *Supreme Court* hat im Ergebnis eine Verletzung dieses Rechts verneint. Die Entscheidung ist besonders bedeutend, weil das Gericht zwischen zwei ganz unterschiedlichen Begründungssträngen einer *freedom of association* differenzierte: Es stellte (1.) höchstpersönliche Beziehungen als Ausfluss persönlicher Freiheit unter einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz.[791] Zu diesen zählte es die zentralen Beziehungen im Leben eines Menschen. Das seien Beziehungen, die ihrer Natur nach wenige Personen erfassen, von subjektiven Auswahlmaßstäben

783 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S 549, 559 (1995).
784 *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 134 (2000); vgl. auch *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 656-657 (Breyer, J., diss).
785 42 U.S.C. § 2000a (e)(2009).
786 Dazu *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958).
787 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).
788 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 615.
789 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 612-614.
790 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 616.
791 Dieser Gedanke wird unten in § 8 III 3 wieder aufgegriffen.

https://doi.org/10.5771/9783845243483-193, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geprägt seien und sich durch situationsbedingte Ausschließlichkeit auszeichneten.[792] Die klassischen Beispiele dafür sind Familie, Partnerschaft und Freundschaft. Davon unterschieden sich (2.) Verbindungen, die Menschen eingehen, um gemeinsam eine Meinung zu bilden und zu vertreten.[793] Diese Vereinigungen würden als Bestandteil der Meinungsfreiheit im *First Amendment* und über das *XIVth Amendment* auch gegenüber den Einzelstaaten geschützt.[794] In dieses Recht griffen Diskriminierungsverbote ein:

> *„There can be no clearer example of an intrusion into the internal structure or affairs of an association than a regulation that forces the group to accept members it does not desire. Such a regulation may impair the ability of the original members to express only those views that brought them together. Freedom of association therefore plainly presupposes a freedom not to associate.“*[795]

Dieser Eingriff sei allerdings gerechtfertigt, wenn der Staat damit zwingende Interessen des Gemeinwohls verfolge, die nicht die Unterdrückung einer bestimmten Meinung zum Inhalt haben und soweit keine weniger beschränkenden Mittel dieses Ziel erreichen könne.[796] Das Interesse,[797] Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts in der Öffentlichkeit zu verhindern, genüge diesen Anforderungen:

> *„By prohibiting gender discrimination in places of public accommodation, the Minnesota Act protects the State's citizenry from a number of serious social and personal harms. In the context of reviewing state actions under the Equal Protection Clause, this Court has frequently noted that discrimination based on archaic and overbroad assumptions about the relative needs and capacities of the sexes forces individuals to labor under stereotypical notions that often bear no relationship to their actual abilities. It thereby both deprives persons of their individual dignity and denies society the benefits of wide participation in political, economic, and cultural life.“*[798]

Die gleichberechtigte Partizipation von Frauen ändere auch nicht die kommunikative Botschaft der Organisation. Die Annahme, dass Frauen in der Vereinigung allein aufgrund ihres Geschlechts politisch andere Ansichten als die Männer vertreten, beruhe seinerseits auf verfassungsrechtlich unzulässigen Generalisierungen und Stereotypen.[799]

---

792 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 618-at 620.
793 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 622.
794 Dazu *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 460 (1958).
795 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 623.
796 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 623.
797 Der *Supreme Court* formuliert in solchen Fällen grundsätzlich aus der Warte des Staates und spricht daher immer von Interesse und nicht von Rechten Dritter. In Deutschland würde man hier mit der Schutzpflicht zugunsten der Diskriminierungsopfer operieren. Das ist im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht ausgeschlossen, weil der *Supreme Court* das Schutzpflichtkonzept grundsätzlich ablehnt, vgl. dazu oben § 3 IV 3 d) aE.
798 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 625.
799 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 628.

Schutzgebühr entfällt, https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mehr Erfolg als die U.S. Jaycees hatten die Boy Scouts. Sie schlossen James Dale, einen langjährigen Scoutmaster wegen dessen Homosexualität aus.[800] Der *Supreme Court of New Jersey* war der Auffassung, dass sie damit das auf sie als „place of public accomodation" anwendbare staatliche Nichtdiskriminierungsrecht verletzten.[801] Die Mehrheit am *Supreme Court* sah das in *Boy Scouts of America v. Dale* (2000) anders. Sie teilte die Einschätzung der Boy Scouts, dass die erzwungene Mitgliedschaft eines homosexuellen Leiters es ihr unzumutbar erschwere, in der Öffentlichkeit weiterhin einen politisch-moralischen Standpunkt gegen Homosexualität einzunehmen.[802] Diesen Standpunkt nahmen die Boy Scouts in der von ihnen reklamierten Deutlichkeit aber erst während des Verfahrens ein;[803] alle relevanten Materialien davor zeigen, dass das Thema gar nicht angesprochen wurde.[804] *Stevens, J.,* kritisiert daher zu Recht die von der Mehrheit vorgenommene Zurechnung des privaten Verhaltens eines einzelnen Scoutmasters an die Organisation, dessen Mitglied er ist, als „simply mind boggling".[805] Er formuliert auch die einzig mögliche Erklärung, warum die Mitgliedschaft von Frauen in einer Männerorganisation erzwungen werden darf, nicht aber die Mitgliedschaft eines offen homosexuellen Mannes bei den Boy Scouts:

> *„The only apparent explanation for the majority's holding, then, is that homosexuals are simply so different from the rest of society that their presence alone – unlike any other individual's – should be singled out for special First Amendment treatment. Under the majority's reasoning, an openly gay male is irreversibly affixed with the label "homosexual." That label, even though unseen, communicates a message that permits his exclusion wherever he goes. His openness is the sole and sufficient justification for his ostracism. Though unintended, reliance on such a justification is tantamount to a constitutionally prescribed symbol of inferiority."*[806]

Unabhängig von den unterschiedlichen Ergebnissen beider Fälle sticht eine Gemeinsamkeit hervor: Diskriminierungsverbote werden freiheitsrechtlich begrenzt. Maßgeblicher Gedanke dafür ist allerdings die *freedom of association* in ihren zwei konzeptionellen Ausprägungen. Die Vertragsfreiheit des Adressaten eines Diskriminierungsverbots spielt dagegen in der Rechtsprechung des *Supreme Court* keine Rolle. Man kann in diesem Schweigen eine Nachwirkung der mittlerweile fast einhellig diskreditierten[807] Entscheidung *Lochner v. New York*

800 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 644-645 (2000).
801 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 646-647.
802 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 655-659.
803 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 686 (2000)(Stevens, J., diss.).
804 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 684 (Stevens, J., diss.).
805 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 697 (Stevens, J., diss.).
806 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 696 (Stevens, J., diss.). Hier klingt bereits die maßgebliche Begründung des Nichtdiskriminierungsprinzips an, die unten § 6 II entwickelt wird.
807 Vgl. dazu statt vieler *Strauss*, 70 U. Chi. L. Rev. 373-374 (2003); eine Ausnahme ist – nicht überraschend – beispielsweise *Epstein*, Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, 1985, siehe dazu bereits oben § 3 III 5 c) (2).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1905)[808] sehen. Das Problem an der mit *Lochner* bezeichneten Ära[809] dürfte allerdings weniger darin liegen, dass man Vertragsfreiheit überhaupt als eine verfassungsrechtlich geschützte Freiheit und staatliche Regelungen als einen Eingriff in dieses Recht angesehen hat. Der maßgebliche Grund dürfte mit *David A. Strauss* darin zu sehen sein, dass das Gericht Vertragsfreiheit absolut gesetzt hat und nicht bereit war, inhärente Beschränkungen der eigenen Konzeption wahrzunehmen und externe Einschränkungen dieses Rechts zu akzeptieren.[810] Oben habe ich versucht nachzuweisen, dass das Zusammenspiel der *Civil Rights Cases* mit *Lochner* ein effektives Hindernis für jede Nichtdiskriminierungsgesetzgebung errichtete.[811] Die Rechtsprechung des *Supreme Court* zeigt seit *Brown v. Board of Education*, dass man Freiheitsrechte nicht mehr absolut setzen kann. In *Norwood v. Harrison* (1973) blitzt dieses Verständnis durch, wenn *Burger, C.J.*, formuliert, die Verfassung „places no value on discrimination".[812] *U.S. Jaycees* und *Dale* belegen freilich das Gegenteil. Diskriminierung kann in bestimmten Kontexten verfassungsrechtlich geschützt sein, in anderen kommt dem Gleichbehandlungsanspruch Vorrang zu. Mit einem derart kontextgebundenen Verständnis von Vertragsfreiheit lässt sich ein modernes Gleichbehandlungsregime durchaus vereinbaren.[813]

(4) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (Title VII CRA 1964)

Title VII findet sich in 42 U.S.C. 2000e *et seq*. Darin werden bestimmte Praktiken im Zusammenhang eines Arbeitsverhältnisses als rechtswidrig eingestuft (*unlawful employment practice*). Dazu zählt die Nichtbegründung oder Beendigung eines Arbeitsverhältnisses oder jede Diskriminierung bei Vergütung und sonstigen Arbeitsbedingungen aus Gründen der Rasse, Hautfarbe, Religion, des Geschlecht oder der nationalen Herkunft der Person.[814] Verboten ist auch jede auf den genannten Merkmalen beruhende Begrenzung, Trennung oder Klassifizierung von Arbeitnehmern oder Bewerbern, die gleiche Beschäftigungsmöglichkeiten des Individuums oder seinen Status als Arbeitnehmer einschränken können.[815]

Im Vergleich zu Title II *Civil Rights Act* 1964 wird der Katalog der Diskriminierungsverbote in Title VII um das Geschlecht erweitert. Damit wurde das Geschlecht zum zweiten Mal innerhalb kurzer Zeit zum verbotenen Merkmal. Be-

808 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
809 Dazu *Chemerinsky*, Constitutional Law, 2007, 614-621.
810 *Strauss*, 70 U. Chi. L. Rev. 373, 381-386 (2003).
811 Siehe oben § 3 V 5 c).
812 *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455, 469 (1973).
813 Darin sehe ich den Kern des Prinzips personaler Gleichheit, dazu unten § 7 IV.
814 42 U.S.C. § 2000e-2 (a)(1)(2012).
815 42 U.S.C. § 2000e-2 (a)(2)(2012).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

reits ein Jahr zuvor erging der *Equal Pay Act* of 1963,[816] der eine Entgeltdiskriminierung aus Gründen des Geschlechts verbot.[817] Die Aufnahme dieses Merkmals in Title VII des *Civil Rights Act* von 1964 erfolgte erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens: Sie wurde ironischerweise auf Betreiben der National Woman's Party von einem Gegner des gesamten Gesetzesvorhabens im Repräsentantenhaus initiiert, von der Administration Präsident *Johnsons* torpediert und schließlich mit einer Mehrheit der Südstaatenabgeordneten und oppositionellen Republikaner gebilligt.[818] An der Gesetzgebungsgeschichte lässt sich auch ein problematisches Phänomen herauskristallisieren: Es wurde ein Gegensatz zwischen Rasse und Geschlecht hergestellt und daraus wurde gefolgert, es dürfe nicht sein, dass eine gleich qualifizierte Schwarze den Vorrang vor einer Weißen bekomme.[819] Wir haben es hier mit einem Fall von Diskriminierungshierarchien zu tun, der uns im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht noch beschäftigen wird.[820] In der damaligen Debatte wurde aber verkannt, dass schwarze Frauen aus zweierlei Gründen diskriminiert werden: weil sie Frau sind und weil sie schwarz sind.[821]

Verboten wird auch die Diskriminierung eines Arbeitnehmers, der sich gegen diskriminierende Praktiken zur Wehr gesetzt hat oder sonst an ihrer Aufdeckung und Sanktionierung beteiligt ist (*retaliation*).[822] Arbeitgeber ist, wer regelmäßig[823] mehr als 15[824] Arbeitnehmer beschäftigt und in einem Bereich tätig ist, der Auswirkungen auf den Handel (*commerce*) hat.[825] Ausgenommen davon sind Arbeitgeber, die ausländische Staatsangehörige außerhalb des Territoriums der U.S.A. beschäftigen und religiöse Einrichtungen jeder Art bezüglich der Religion des Arbeitnehmers.[826] Keine verbotene Diskriminierung liegt vor, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer gerade aufgrund dessen Religion, Geschlecht und nationaler Herkunft beschäftigt, wenn es sich dabei um eine „bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise" handelt.[827] Eine wichtige Rolle bei der Durchsetzung der Gleichbe-

816 An Act to prohibit discrimination on account of sex in the payment of wages by employers engaged in commerce or in the production of goods for commerce; Pub. L. 88-39, 77 Stat. 56 (1963).
817 29 U.S.C. § 206(d.).
818 Vgl. dazu umfassend die historische Studie von *Brauer*, 49 J. South. Hist. 37 (1983).
819 *Deitch*, 7 Gender & Society 183 (1993).
820 Eingehend unten § 6 III und § 7 IV 4.
821 Zum Problem der multidimensionalen Diskriminierung näher unten § 6 III 7.
822 42 U.S.C. § 2000e-3 (a)(2012); vgl. zur Konzeption der Retaliation in Dreiecksverhältnissen *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009) sowie unten § 6 IV 2 b) (1) aa); zum Maßregelverbot im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht siehe § 6 VII 1 c).
823 Zu den Kriterien siehe 42 U.S.C. § 2000e (b) (2012).
824 In der ursprünglichen Fassung waren es noch 25 Arbeitnehmer, vgl. *Civil Rights Act* 1964 § 701 (b).
825 42 U.S.C. 2000e (b)(2012). Wann eine Auswirkung auf *commerce* gegeben ist bestimmt sich nach den Definitionen in 42 U.S.C. § 2000e (g) und (h)(2012).
826 42 U.S.C. § 2000e-1 (a)(2012).
827 42 U.S.C. § 2000e-3 (e)(1)(2012).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

handlungsrechte im Arbeitsrecht spielt die *Equal Opportunities Commission*.[828] Sie ist der primäre Durchsetzungsadressat für eine behauptete Rechtsverletzung.[829] Die Beschwerde muss schriftlich[830] und innerhalb von 180 Tagen nach dem vermeintlichen Rechtsverstoß eingelegt werden.[831] Hält die *Commission* die Beschwerde für begründet[832] und hat sie innerhalb bestimmter Fristen keine ihr genügende Zusicherung des Arbeitgebers erhalten (*conciliation agreement*), kann sie gegen den Arbeitgeber vor den Bundesgerichten[833] klagen.[834] Handelt sie nicht innerhalb bestimmter Fristen, kann der Betroffene selbst gegen den Arbeitgeber klagen.[835] Stellt das Gericht einen vorsätzlichen Rechtsverstoß fest (*intentional engagement in discriminatory employment practices*) kann es den Arbeitgeber auf Unterlassung und Beseitigung verurteilen, „which may include, but is not limited to, reinstatement or hiring of employees, with or without back pay […], or any other equitable relief as the court deems appropriate."[836] Der *Civil Rights Act* von 1991 erleichterte die Rechtsdurchsetzung erheblich. Zum einen enthält er Beweiserleichterungen für die mittelbare Diskriminierung (*disparate impact*).[837] Zum anderen genügt es seitdem nachzuweisen, dass das verbotene Merkmal ein Entscheidungsfaktor (motivating factor) unter mehreren war.[838] Kann der Arbeitgeber ein rechtmäßiges Alternativverhalten nachweisen, darf das Gericht seit dem *Civil Rights Act* von 1991 keinen Schadensersatz gewähren und weder Einstellung noch Beförderung etc. des Arbeitnehmers verfügen.[839] Eine abschließende Bemerkung zum Verhältnis zwischen Title VII und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse in Arbeitsverhältnissen nach 42 U.S.C. § 1981: Nach der Rechtsprechung des *Supreme Court* handelt es sich um inhaltlich verwandte Ansprüche, die der Bekämpfung gleichen Unrechts dienen; aufgrund der Entstehungsgeschichte handelt es sich aber um getrennte, unterschiedliche und voneinander unabhängige Rechtsbehelfe.[840]

828 Errichtungsgrundlage ist 42 U.S.C. 2000e-4 (2012).
829 42 U.S.C. § 2000e-5 (a) und (b)(2012).
830 42 U.S.C. § 2000e-5 (a) (2012).
831 42 U.S.C. § 2000e-5 (e)(1), zuletzt geändert durch *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* of 2009, Pub. L. 111-2, 123 Stat. 5 (2009).
832 42 U.S.C. § 2000e-5 (b)(2012).
833 42 U.S.C. § 2000e-5 (f)(3)(2012).
834 42 U.S.C. § 2000e-5 (f)(1)(2012).
835 42 U.S.C. § 2000e-5 (f)(1)(2012).
836 42 U.S.C. § 2000e-5 (g)(1)(2012).
837 Vgl. *Civil Rights Act* 1991 § 104, jetzt 42 U.S.C. § 2000e-2 (k)(2012). Zum Konzept vgl. unten § 6 V 2 b).
838 *Civil Rights Act* 1991 § 107 (a), jetzt 42 U.S.C. § 2000e-2 (m)(2012).
839 *Civil Rights Act* 1991 § 107 (b), jetzt 42 U.S.C. § 2000e-2 (g)(2)(B)(2012).
840 *Johnson v. Railway Exp. Agency, Inc*, 421 U.S. 454, 461 (1975).

https://doi.org/10.5771/9783748948252-216 - am 24.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Ein (vorläufiger?) Siegeszug

Der *Civil Rights Act* 1964 war der Auftakt zu einer umfangreichen Civil Rights-Gesetzgebung in den 1960er Jahren. Der *Voting Rights Act* 1965[841] verbietet *voting qualifications* und sonstige Wahlvoraussetzungen, die dazu führen, dass das Wahlrecht aus Gründen der Rasse und Hautfarbe beschränkt wird, und sieht umfangreiche Eingriffskompetenzen der Bundesorgane zur Durchsetzung dieses Rechts vor.[842] Privatrechtlich relevant ist der *Age Discrimination in Employment Act* von 1967.[843] Der *Civil Rights Act* von 1968[844] enthält in Title VIII fünf primäre Diskriminierungsverbote im Zusammenhang mit dem Verkauf oder der Vermietung von Wohnraum, bei denen jede Diskriminierung nach Rasse, Hautfarbe, Religion oder nationaler Herkunft verboten war (*Fair Housing Act*).[845] Der *Fair Housing Amendment Act* von 1988 erweiterte die Diskriminierungsverbote teilweise auf den Familienstand und die Behinderung (*handicap*).[846] Zugleich wurde das Diskriminierungsverbot auf alle Unternehmen ausgedehnt (sekundäres Diskriminierungsverbot), die Dienstleistungen im Zusammenhang mit *residential real-estate transactions* ausüben.[847] Das primäre Diskriminierungsverbot wird verfassungsrechtlich von der *freedom of association* im persönlichen Nahbereich begrenzt.[848] Ebenfalls keine Anwendung findet es auf private Vereinigungen (*private clubs*), die der Öffentlichkeit tatsächlich nicht zugänglich sind und die im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit Räume an ihre Mitglieder vermieten.[849] Schließlich sind auch religiöse Einrichtungen ausgenommen, soweit der Zugang zur Glaubensgemeinschaft nicht aus Gründen der Rasse, Hautfarbe oder nationalen Herkunft beschränkt ist und es sich nicht lediglich um rein geschäftliche Zwecke handelt.[850] Als Nachzögling ist der *Americans with Disabilities Act*

841 An Act to enforce the fifteenth amendment to the Constitution of the United States, and for other purposes, Pub. L. 89-110, 79 Stat. 437 (1965).

842 Vgl. 42 U.S.C. § 1973 *et seq.* (2012). Zuletzt geändert von Military and Overseas Voter Empowerment Act von 2009, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2318; vgl. dazu aber jüngst *Shelby County vs. Holder,* 570 U.S.__ (2013), womit ein wesentlicher Bestandteil der föderalen Eingriffsmöglichkeiten stark beschnitten worden sind.

843 An Act to prohibit age discrimination in employment, Pub. L. 90-202, 81 Stat. 602, kodifiziert in 29 U.S.C. 621 *et seq.* (2012), zuletzt geändert von Sec. 4 *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* of 2009, Pub. L. 111-2, 123 Stat. 5 (2009). Begünstigte des Diskriminierungsverbots sind nur Personen, die mindestens 40 Jahre alt sind; Adressaten sind Arbeitgeber, die durchschnittlich 20 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen.

844 An Act to prescribe penalties for certain acts of violence or intimidation, and for other purposes, Pub. L. 90-284, 82 Stat. 73 (1968); die Namensgebung geht zurück auf Sec. 2 Fair Housing Amendments Act of 1988, Pub. L. 100-430, 102 Stat. 1619 (1988).

845 Die Namensgebung erfolgte mit Sec. 4 Fair Housing Amendments Act of 1988, Pub. L. 100-430, 102 Stat. 1619 (1988); jetzt kodifiziert in 42 U.S.C. § 3601 *et seq.* (2012).

846 Sec. 6 (b) Fair Housing Amendment Act of 1988, 42 U.S.C. § 3604 (2012).

847 42 U.S.C. § 3605 (2012).

848 Siehe dazu oben 4 a (3).

849 42 U.S.C. § 3607 (a)(2012).

850 42 U.S.C. § 3607 (a)(2012).

DOI: https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

von 1990 (ADA) zu nennen.[851] Damit sollte eine eindeutige und umfassende Grundlage für die Beseitigung der Diskriminierung aus Gründen der Behinderung geschaffen werden.[852] Im Kern dehnt er die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote des *Civil Rights Acts* von 1964 auf die Diskriminierung aus Gründen der Behinderung[853] aus. Seit dem *ADA Amendments Act* von 2008 wird jede Diskriminierung einer Person aus Gründen der Behinderung (nicht notwendig derselben Person[854]) verboten.[855] Die ungleiche Behandlung aus Gründen der Behinderung kann damit gerechtfertigt werden, dass die beeinträchtigende Maßnahme einen direkten Bezug zur konkreten Tätigkeit hat, aus betrieblichen Gründen notwendig ist und keine vernünftige Ausweichmöglichkeit besteht (to be job-related and consistent with business necessity, and such performance cannot be accomplished by reasonable accommodation).[856] Eine besondere Rechtfertigungsmöglichkeit ist erneut für Religionsgemeinschaften vorgesehen, die Personen einer bestimmten Religion bevorzugen dürfen.[857] Der zweite privatrechtliche Pfeiler des ADA ist das an die Betreiber von abschließend aufgezählten *places of public accommodations*[858] im zwischengliedstaatlichen Handel („travel, trade, traffic, commerce, transportation, or communication")[859] gerichtete Diskriminierungsverbot.[860] Erneut ausgenommen sind private Vereinigungen sowie religiöse Organisationen.[861]

5. *Zusammenfassung und Ausblick*

Das in der *Declaration of Independence* gegebene Versprechen, alle Menschen seien gleich, war mit Blick auf die zeitgenössische Konzeption, wonach Frauen

851 An Act to establish a clear and comprehensive prohibition of discrimination on the basis of disability; Pub. L. 101-336, 104 Stat. 327 (1990), kodifiziert in 42 U.S.C. § 12101 *et seq.* (2012), zuletzt geändert von ADA Amendments Act of 2008, Pub. L. 110-325, 122 Stat. 3554 (2008).

852 42 U.S.C. § 12101 (b)(2012).

853 Zur Definition siehe Sec. 3 (4)(A) ADA 1990, in der von Sec. 4 ADA Amendments Act 2008 geänderten Fassung.

854 Näher zum Problem der Drittdiskriminierung unten § 6 IV 2 b) (1) aa).

855 Sec. 5 ADA Amendments Act of 2008, Pub. L. 110-325, 122 Stat. 3554 (2008).

856 42 U.S.C. § 12113 (a)(2012).

857 42 U.S.C. § 13113 (c)(2012).

858 Das sind neben den in Title II *Civil Rights Act* von 1964 [dazu oben § 3 IV 4 a) (1)] genannten Stätten alle Plätze öffentlicher Zusammenkünfte (Auditorium, Kongresscenter, Vortragssaal), alle Einzelhandelsgeschäfte (Bäckerei, Lebensmittelgeschäft, Bekleidungsgeschäft, Baumärkte, Einkaufscenter), eine ganze Reihe sonstiger Dienstleister mit Publikumsverkehr (vom Waschsalon über das Bestattungshaus und das Anwaltsbüro zum Krankenhaus), alle Einrichtungen des öffentlichen Transportwesens, jeder Ausstellungsraum (Museen, Bibliotheken, Galerien), Erholungsstätten (Zoo und Vergnügungsparks), Ausbildungsstätten (Schulen und Hochschulen), privat betriebene Sozialeinrichtungen (von der Obdachloseneinrichtung zum Adoptionszentrum) und schließlich vom Fitnessstudio bis zu Golfplätzen, alle Möglichkeiten sportlicher Betätigung; 42 U.S.C. § 12181 (7) (2012).

859 42 U.S. C. § 12181 (1) und (7)(2012).

860 42 U.S.C. § 12182 (2012).

861 42 U.S.C. § 12187 (2012).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und (schwarze) Sklaven davon ausgeschlossen waren, in die Zukunft gerichtet.[862] Die Verfassung von 1787 schreibt die Sklaverei – ohne sie ein einziges Mal zu nennen – als Bestandteil der Sozialordnung der jeweiligen Einzelstaaten fest und schützt sie gegen föderale Maßnahmen.[863] Der erzielte Kompromiss wurde schon bald brüchig. Insbesondere die statusrechtlichen Fragen einer Aufenthaltsveränderung des Sklaven wurden ab 1830 zunehmend umstrittener, weil sich im Norden eine andere Interpretation der *Declaration* und der jeweiligen Verfassungen durchzusetzen begann. Die Sklaverei ließ sich damit nicht mehr vereinbaren. Das führte zum fortdauernden Konflikt mit den sklavenhaltenden Südstaaten.[864] Dort wurde die Sklaverei ab 1800 mit einer rassistischen Begründung gerechtfertigt.[865] Sowohl die Gesellschaft als Ganzes als auch der Schwarze selbst bedürfe aufgrund seiner besonderen Natur der Sklaverei, um ein erfülltes Leben führen zu können.[866] Eine Gleichheit mit Weißen sei niemals möglich. In einem Exkurs gehe ich auf die Sklaverei als Rechtsproblem im Deutschland des 19. Jahrhunderts ein, um auf die Unterschiede im Prinzip und auf gemeinsame Problemlagen hinzuweisen.[867] Das sich in Deutschland um 1860 fast vollständig durchgesetzte Prinzip gleicher Freiheit gelangte in den U.S.A. ab 1863 zum Durchbruch.[868] Das von der *Declaration* gegebene Versprechen wurde über den Schlachtfeldern des Bürgerkrieges verwirklicht.[869] Mit den *Reconstruction Amendments* wurde die Verfassung so verändert, dass Gleichheit jetzt auch für Schwarze galt, für schwarze Männer jedenfalls. Die Verfassung machte den ehemaligen Sklaven zur Person und zum Bürger und garantierte ihm gleiche Freiheit.[870] Theoretisch zumindest. In der Praxis blieb er *person of color*. In den einzelnen Staaten entwickelten sich Strategien zur Perpetuierung der Ungleichheit, die im Kern darin bestanden, das Versprechen gleicher Rechte auf *civil rights* zu limitieren und *social rights* davon auszunehmen.[871] Der Kongress antwortete darauf mit dem *Civil Rights Act* von 1875, dem ersten modernen Nichtdiskriminierungsrecht. Er sollte – in der Tradition entsprechender Gleichbehandlungspflichten des *Common Law* – Private, die an die Öffentlichkeit adressierte Einrichtungen betrieben, zur Gleichbehandlung verpflichten.[872] Das Gesetz scheiterte wenig später am *Supreme Court,* der darin eine Regelung von *social rights* und damit eine Kompetenz-

862 § 3 I 1.
863 § 3 I 2.
864 § 3 I 2 b).
865 § 3 I 3.
866 § 3 I 4.
867 § 3 II.
868 § 3 III.
869 § 3 III 1.
870 § 3 III 2 a).
871 § 3 III 2 b).
872 § 3 III 3.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

überschreitung des Bundes sah.[873] Endgültig aufgegeben war das 1865 begonnene Projekt zur Sicherung gleicher Freiheit der Schwarzen mit der Etablierung des Grundsatzes *„equal, but separate"*.[874] Erst nach dem Zweiten Weltkrieg kam es zu einer zunächst vorsichtigen, dann mit Nachdruck einsetzenden Renaissance der verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Diskrimininierungsverbote.[875] Mit der grundlegenden Entscheidung in *Brown v. Board of Education*[876] wurde es möglich, den Schutz vor Rassendiskriminierung als verfassungsrechtliche Aufgabe anzugehen. Der unmittelbar verfassungsrechtliche Schutz war allerdings auf staatliche Maßnahmen beschränkt; gegen diskriminierende Maßnahmen Privater blieb der 14. Verfassungszusatz machtlos.[877] Dieser Bereich wurde einerseits aufgrund einer extensiven Interpretation der *Civil-Rights*-Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts verengt.[878] Andererseits schloss der Gesetzgeber mit dem *Civil Rights Acts* von 1964 und der *Civil-Rights*-Gesetzgebung bis zum *American with Disabilities Act* von 1990 diese Lücke.[879] Damit war die Neugeburt des modernen Nichtdiskriminierungsrechts geglückt.

Die Wiedergeburt des modernen Nichtdiskriminierungsrechts hat sich als äußerst nachhaltig erwiesen, nicht nur im nationalen Rahmen der U.S.A., sondern weit darüber hinausgehend. Title II des *Civil Rights Act*s von 1964 hat sich im Wesentlichen als erfolgreich herausgestellt:[880] Was 1964 vielfach an privater Diskriminierung noch erlaubt war, wird in der U.S.-amerikanischen Gesellschaft heute als Verletzung des Gleichbehandlungsanspruchs wahrgenommen.[881] Schwieriger fällt angesichts der großen Menge an Entscheidungen dazu die Bewertung von Title VII.[882] Angesichts nach wie vor bestehender rassistischer Muster bei der Verteilung von Wohnraum in den Städten ist der Erfolg des *Fair Housing Acts* deutlich pessimistischer zu bewerten.[883]

Insgesamt ist das moderne Nichtdiskriminierungsrecht der U.S.A. des 20. Jahrhunderts zum Vorbild und Referenzmodell geworden für andere Rechtsordnungen, gerade auch für die europäische und damit – mittelbar – die deutsche. Das ist in Europa und Deutschland Gemeingut. Dieses Vorbild kann man aber ohne seine historischen und verfassungsrechtlichen Bezüge nicht ausreichend ver-

873 § 3 III 4.
874 § 3 III 5.
875 § 3 IV.
876 § 3 IV 1.
877 § 3 IV 2.
878 § 3 IV 3.
879 § 3 IV 4.
880 Vgl. statt vieler *Kennedy*, The Struggle for Racial Equality in Public Accommodations, in: Grofman, Legacies of the 1964 *Civil Rights Act*, 2000, 156 ff; *Karst*, 54 Duke L.J. 1591, 1593-1601 (2005); prominentester Vertreter der Gegenansicht ist *Epstein*, Forbidden Grounds, 1992, passim.
881 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1285-1286 (1996).
882 Vgl. dazu nur die Casebooks *Friedmann*, The Law of Employment Discrimination, 2007; *Estreicher/Harper*, Employment Discrimination Law, 2008.
883 Dazu *Karst*, 54 Duke L.J. 1591, 1602-1608 (2005) mwN.

https://doi.org/10.5771/9783845252192-193 am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

stehen und würdigen. Das moderne Nichtdiskriminierungsrecht ist keine Erfindung des 20. Jahrhunderts, sondern ein Produkt des 19. Jahrhunderts. Es ist die konsequente Fortsetzung des Prinzips gleicher Freiheit und eine Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem[884].

884 Dazu oben § 2 III 3.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 4 Gleichbehandlungspflichten Privater als Untersuchungsgegenstand seit 1945

I. Gleichbehandlungspflichten zwischen 1945 und 1975 – Kontinuitäten und Umbrüche

Im Jahr 1945 beginnt in Deutschland ein neues Kapitel der Gleichheit. Den Anfang machte Art. 42a der Proklamation Nr. 2 des Kontrollrats v. 20.9.1945, der die deutschen Behörden zur Mitwirkung bei der Beseitigung solcher Gesetze verpflichtete, die „unterschiedliche Behandlung auf Grund von Rasse, Farbe, Glauben, Sprache oder politischer Meinung mit sich bring[en]".[1] Art. II des Kontrollratsgesetzes Nr. 1 v. 20.9.1945 setzte dieses Programm um und verbat. *jede* Anwendung von Rechtsnormen, die zu einer ungleichen Behandlung führt und jemand aus Gründen der Rasse, Staatsangehörigkeit, seines Glaubens oder seiner Opposition zur NSDAP benachteiligen würde.[2] Art. I der Kontrollratsproklamation Nr. 3 v. 20.10.1945 formulierte wenig später einen allgemeinen Gleichheitssatz und kombinierte diesen mit besonderen Diskriminierungsverboten:

> *„Gleichheit vor dem Gesetz – Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich. Niemandem, was immer seine Rasse, Staatsangehörigkeit oder Religion sei, dürfen die ihm gesetzlich zustehenden Rechte entzogen werden."*[3]

Die Alliierten wollten damit „vor allem die Verschiedenheiten der Rasse, der Religion und der Volks- und Staatsangehörigkeit vor rechtlicher Diskriminierung sichern".[4] Daran ist aufschlussreich, dass dem allgemeinen Gleichheitssatz besondere Gründe beigestellt werden, die als Begründung oder Anknüpfungspunkte für Ungleichbehandlungen ausgeschlossen werden. Das ist vor der zeitgenössischen Entwicklung im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht zu sehen. Dieses hat im 19. Jahrhundert mit einem allgemeinen Gleichheitssatz auf die Ungleichbehandlungen Schwarzer reagiert und es dem einfachen Recht überlassen, Diskriminierungsverbote vorzusehen.[5] Im Dezember 1944 erging die Entscheidung *Korematsu v. United States*,[6] in der der *Supreme Court* zum ersten Mal einen strengen Prüfungsmaßstab für Ungleichbehandlungen aufgrund der Rasse anwendet:

> *„It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restric-*

1 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, Nr. 1, S. 18.
2 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, Nr. 1, S. 6.
3 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, Nr. 1, S. 22; aufgehoben durch Erstes Gesetz zur Aufhebung des Besatzungsrechts v. 30.5.1956 (BGBl. I S. 437).
4 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 78; näher *Rückert*, KritVZ 2001, 245 ff mwN.
5 Siehe § 3 III.
6 *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-190, am 12.09.2024, 02:21:07
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb