
Gleichheitsschutz und Privatautonomie Probleme und Perspektiven der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG gegen Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft

Matthias Mahlmann*

Inhalt

1. Einleitung	407
2. Kernanliegen der gemeinschaftsrechtlichen Regelung	410
3. Die Regelungen im Einzelnen	411
a) Die Diskriminierungsdefinition	411
b) Die Regelungsmaterien	412
c) Gerechtfertigte Ungleichbehandlungen	414
d) Sanktionen und Rechtsschutz	415
e) Viktimisierung und institutioneller Antidiskriminierungsschutz	416
4. Gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Bewertung	417
a) Rechtliche Parameter bei der Umsetzung von Richtlinien	418
b) Antidiskriminierungsmaßnahmen und Gemeinschaftsgrundrechte	419
c) Umsetzung und Grundrechte des Grundgesetzes	422
5. Zusammenfassung	424

1. Einleitung

Die scharfe Skepsis gegenüber der Idee der normativen Gleichheit der Menschen ist so alt wie ihre sozialphilosophische Fassung und die Forderung ihrer konsequenten politischen Durchsetzung. Im Jahr 1790 etwa warnte *Edmund Burke* in seinen Reflektionen über die Revolution in Frankreich vor der monströsen Fiktion der Gleichheit der Menschen, die zu nichts diene, als in Menschen „*destined*

* Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Rottleuthner, Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Freie Universität Berlin.

to travel in the obscure walk of laborious life“ müßige Erwartungen von einem zukünftigen Reich der Egalität zu erzeugen, das ihnen seine Pforten nicht öffnen werde.¹ Diese Art von entschiedener Bereitschaft zur Verteidigung menschlicher Ungleichheit ist heute selten geworden. Das Bewusstsein und die Wertschätzung faktischer menschlicher Vielfalt hat zwar zweifellos zugenommen, gleichzeitig unterliegt dieser Kultur faktischer Vielfalt aber ein Basiskonsens von der normativen Gleichheit der Menschen. In den Menschenrechtskatalogen findet dies häufig direkt oder implizit im Zusammenhang mit der Menschenwürdeverbürgung seinen Ausdruck.² Konkret wird es weiter in der verschiedenen menschenrechtlichen Gleichheitssätzen, Diskriminierungsverboten und speziellen Antidiskriminierungsgesetzen, die es in allen entwickelten Rechtskulturen in verschiedener, sich zunehmend nach Rechtsmaterie und Diskriminierungsverboten differenzierender Form gibt. Die weltweite Tendenz zur sensiblen und rechtstechnisch scharfen Abwehr von Verletzungen normativer menschlicher Gleichheitsansprüche ist seit Jahren unübersehbar.

Diese allgemeine Entwicklung hat auch das europäische Gemeinschaftsrecht an verschiedenen Stellen geprägt. Eine letzte wesentliche Änderung ist die Neufassung des Art. 13 EGV, mit der eine Kompetenznorm zu weitgehender Antidiskriminierungsgesetzgebung geschaffen wurde. Aufgrund von Art. 13 EGV wurden nun im Jahr 2000 zwei Antidiskriminierungsrichtlinien erlassen. Die eine betrifft alle Diskriminierungsmerkmale, die in Art. 13 EGV aufgelistet sind, bis auf die Merkmale der Rasse und ethnischen Herkunft, gilt aber nur für Beschäftigung und Beruf³, die andere regelt nur Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft, ist dagegen aber auf ein breites, öffentliches wie Privatrecht umgreifendes Anwendungsgebiet zugeschnitten.⁴ In teilweiser Umsetzung der zweiten Richtlinie⁵, die Gegenstand der folgenden Bemerkungen sein soll, hat die Bundes-

¹ *Burke*, Reflections on the Revolution in France, London 1969, S. 124.

² Vgl. z.B. Art. 1 S. 1 AllgErklMenschR: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“ Vgl. auch Übereinkommen v. 7.3.1966 zur Beseitigung jeder Form von Rassismus, dem der Bundestag 1969 zugestimmt hat, BGBl. II, 961, Präambel.

³ Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. Nr. L 303 v. 2.12.2000, S. 16.

⁴ Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22.

⁵ Zur Richtlinie vgl. z.B. *Bell*, Meeting the Challenge? In: Chopin/Niessen, The Starting Line and the Incorporation of the Racial Equality Directive into the National Laws of the EU Member States and Accession State, 2001, S. 22; *Nickel*, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, S. 2668; *Bauer*, Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht; *Hailbronner*, Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, ZAR 2001, S. 254; *Baer*, Recht gegen Fremdenfeindlichkeit und andere Ausgrenzungen, ZRP 2001, S. 500; *von Roetteken*, Gleichberechtigung und Europarecht – alte und neue Aufgaben, Der Personalrat, 2002, S. 12. Zur Rechtslage in Deutschland im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie, vgl. *Mahlmann*, Germany, im Bericht des *European Monitoring Centers of Racism and Xenophobia*, “Study on the comparison of the adopted Article 13 Council Directives with existing national legislation in the EU Member States”, <http://www.eumc.at/>

regierung ein Antidiskriminierungsgesetz in verschiedenen Fassungen entworfen,⁶ das in dieser Legislaturperiode noch verabschiedet werden sollte. Der politische Sprengstoff dieses Entwurfes verhinderte dies. Damit ist aber die Diskussion dieses Entwurfes in keiner Weise überflüssig geworden. Er wird auch für die neue Bundesregierung ein Referenzpunkt der Debatte sein, insoweit er sich auf Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft bezieht, weil er – wie zu zeigen sein wird – in Hinblick auf diese Diskriminierungen in hohem Maße gemeinschaftsrechtlich determiniert ist. Auch die neue Bundesregierung wird deshalb von Grundaspekten nur für den Preis des Gemeinschaftsrechtsbruchs abweichen können. Die detaillierte Würdigung des Entwurfes und der zu ihm geäußerten Kritik in der Literatur ist mithin von großem Belang.

Dabei sollten nicht vergessen werden: Mit der Frage nach der rechtlichen Regelung von Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft ist eines der sensibelsten politischen Themen des europäischen Rechtsraumes angesprochen, wie die Erfolge eines extremen Rechtspopulismus bezeugen. Der Streit um das Verhältnis zu ethnischen Minderheiten hat zudem nicht nur Wahlen entschieden, sondern bis vor kurzem noch auch in Europa zu barbarischen Kriegen geführt. Sensibilität für diese politische Dimension der Gesetzgebung ist deshalb ebenfalls geboten.

Ob die bisher angestellten Überlegungen zur Umsetzung der Richtlinie gegen rassistische und ethnische Diskriminierung sich in diesem Spannungsfeld von gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Verbürgungen von Gleichheit, Freiheit und Privatautonomie trittsicher und ohne Grundrechtsverletzungen bewegen, sollen die folgenden Überlegungen klären. Dazu wird zunächst im notwendigen, nicht vermeidbaren technischen Detail untersucht, welche konkreten Regelungen Richtlinie und Entwurf enthalten, um den letzten Stand der Umsetzungsdiskussion zu rekapitulieren. Dann wird der Wert der geäußerten Kritik an den bisherigen Umsetzungsüberlegungen erwogen, die sich verfassungsrechtlich vor allem aus einer

publications/Article13/index.htm (Zugriffsdatum: 28.8.2002), dort auch über die Rechtslage in den übrigen Mitgliedstaaten. Zu Deutschland vgl. a. *Mager*, Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Maßnahmen gegen die Diskriminierung von Ausländern, ZAR 1992, S. 170. Rechtsvergleichend z.B. *Rädler*, Gesetze gegen Rassendiskriminierung, ZRP 1997, S. 5.

⁶ Die erste im Internet vom Bundesjustizministerium auf seiner Homepage <http://www.bmj.bund.de> unter „Gesetzgebungsvorhaben“ publizierte Fassung (im folgenden „Entwurf“ zitiert) ist Gegenstand von polemischen Attacken, vgl. z.B. *Ladewig*, The German Proposal of an “Anti-Discrimination”-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann, GLJ Vol. 3 No. 5 – 1 May 2002, www.germanlawjournal.com (Zugriffsdatum: 28.8.2002), *Braun*, Forum – Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, S. 424, grundsätzliche Zustimmung, vgl. z.B. *Baer*, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung, ZRP 2002, S. 290 oder differenzierende Bewertung, vgl. z.B. *Wiedemann/Thüsing*, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes, DB 2002, S. 463, geworden. *Säcker*, „Vernunft statt Freiheit“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2002, S. 286 richtet seine Attacken soweit ersichtlich allein gegen die Diskriminierungsverbote, die über Rasse und ethnische Herkunft hinausgehen.

wahrgenommenen Verletzung der Privatautonomie speist. Als verfassungswidriger „*legal vandalism*“ wurde der Entwurf deshalb bereits bezeichnet.⁷

2. Kernanliegen der gemeinschaftsrechtlichen Regelung

Die Richtlinie 2000/43 EG umfasst ein breites Spektrum von Regelungen: Sie enthält Definitionsnormen für Diskriminierungen, Art. 2 Abs. 2⁸, führt den für den deutschen Rechtskreis weitgehend neuen Begriff der Belästigung ein, Art. 2 Abs. 3, und definiert einen weiten Geltungsbereich im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeiten, der von Arbeitsbeziehungen, über die Mitwirkung in Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisationen, dem Sozialschutz einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, sozialen Vergünstigungen, Bildung bis zur Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen reicht, Art. 3 Abs. 1. Sie erlaubt bestimmte Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot, Art. 4, z.T. zum Ausgleich bestehender Nachteile, Art. 5. Sie fordert effektiven Rechtsschutz inklusive Verbandsklage und der Möglichkeit der Prozessvertretung durch Organisationen, Art. 7, sowie wirksamer Sanktionen, Art. 15 und beinhaltet eine Beweislast-erleichterung zugunsten von Diskriminierungsopfern, Art. 8. Sie regelt die Schaffung von spezialisierten Stellen zur konkreten Unterstützung von Opfern und abstrakten Untersuchung des Themas der Diskriminierung, Art. 13. Sie fordert zum Dialog der Sozialpartner, Art. 11 und mit Nichtregierungsorganisationen auf, Art. 12.

Diese Regelungen, die nicht nur legislative, sondern auch institutionell-organisatorische sowie gesellschaftspolitische Maßnahmen von den Mitgliedstaaten fordern, machen deutlich: Dem Rat ging es ersichtlich nicht nur um normative Ergänzungen des *acquis communautaire*, sondern um die faktische Veränderung der sozialen Realität in den Mitgliedstaaten. Diskriminierungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft sollen nicht nur illegalisiert, sondern in der sozialen Realität beseitigt werden.

Die Umsetzung der Richtlinie wurde durch ein Antidiskriminierungsgesetz in Angriff genommen,⁹ das drei wesentliche Eigenschaften besitzt: Es beschränkt sich auf das Zivilrecht unter Ausschluss des Arbeitsrechts. Letzteres soll in einem neuen Gesetz im Herbst 2002 geregelt werden. Auf öffentliches Recht bezieht sich der Entwurf nur am Rande. Zweitens wird ein sogenannter horizontaler Ansatz ver-

⁷ Vgl. *Ladeur*, (Fn. 6), Rdnr. 1.

⁸ Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche der Richtlinie 2000/43/EG.

⁹ Sowohl die SPD als auch die Grünen haben in der Vergangenheit Aufgeschlossenheit gegenüber der Idee spezialisierten, legislativen Antidiskriminierungsschutzes gezeigt, vgl. BT-Drucks. 13/9706 u. 13/10081.

folgt: nicht nur die Diskriminierungsmerkmale der Rasse und ethnischen Herkunft werden erfasst, sondern auch die übrigen Merkmale aus Art. 13 EGV.¹⁰ Dritens wurde aus politischen Gründen der Weg einer Inkorporation in das BGB und damit in den Kernbestand des deutschen Zivilrechts gewählt. Die neuen Antidiskriminierungsklauseln würden so an Sichtbarkeit und Gewicht gewinnen.¹¹

3. Die Regelungen im Einzelnen

a) Die Diskriminierungsdefinition

Die Richtlinie¹² setzt ein mit einer Bestimmung des Begriffs Diskriminierung, der wiederholt, was von internationalen Gerichten und dem EuGH¹³ hinsichtlich der Modi der Diskriminierung als Standardunterscheidung formuliert wurde und auch Eingang in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erlangt hat:¹⁴ Unmittelbare Diskriminierungen liegen vor, wenn direkt an ein bestimmtes Unterscheidungsmerkmal von Personen angeknüpft wird, mittelbare dagegen, wenn ein scheinbar neutrales Merkmal bestimmte Personen besonders benachteiligen kann, Art. 2 Abs. 2. Eine Diskothek, die keine Türken einlässt, diskriminiert deshalb unmittelbar, eine Diskothek, die keine Kopftuchträgerinnen einlässt, dagegen mittelbar aufgrund der ethnischen Herkunft. Diese Regelungen werden in § 319b Abs. 1 und 2 praktisch wörtlich übernommen.¹⁵ Wie angedeutet, geht aber der Katalog von Diskriminierungsverboten über die Richtlinie hinaus und inkorporiert alle Merkmale des Art. 13 EGV. Dahinter steht die Überlegung, dass es sinnlos erscheine, Diskriminierungen im Zivilrecht zwar aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft zu verbieten, aber z.B. hinsichtlich der Behinderung unge-

¹⁰ Eine Ausnahme bildet das Merkmal „sexuelle Ausrichtung“. Hier benutzt der Entwurf den Begriff „sexuelle Identität“, um auch Transsexuelle und Intersexuelle zu erfassen, vgl. S. 38.

¹¹ Entwurf, S. 22.

¹² Beide Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG haben eine im Wesentlichen gleiche Struktur und häufig wortgleiche Normen. Unterschiede der Richtlinie 2000/78/EG im Verhältnis zur Richtlinie 2000/43/EG liegen etwa in der besonderen Rechtfertigungsklausel für Ungleichbehandlungen hinsichtlich der Religion, Art. 4 II (faktisch eine Tendenzschutzklausel), hinsichtlich des Alters, Art. 6 und dem Fehlen von besonderen, den Diskriminierungsschutz überwachenden Stellen in RL 2000/78/EG.

¹³ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 152/73, Slg. 1974, 153, Rdnr. 11 (*Sotgiu*); EuGH, Rs. 22/80, Slg. 1980, 3427 Rdnr. 9 (*Boussac*) zu Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit.

¹⁴ BVerfGE 97, 35, 43.

¹⁵ Der Regierungsentwurf wurde wie erwähnt in der Fassung v. 10.12.2001 im Internet veröffentlicht. Im Folgenden wird für die Normtexte eine neuere, überarbeitete Fassung v. 17.2.2002 zugrunde gelegt, die bei der Verbändeanhörung als Tischvorlage zugänglich war. §§ ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das BGB in der Fassung des Entwurfes.

regelt zu lassen.¹⁶ An dieser Erweiterung ist der Entwurf letztendlich gescheitert: Insbesondere von Seiten der Kirchen wurde der Einbezug der Religion gerügt. Verhandlungen über eine Tendenzschutzklausel führten zu keinem Ergebnis.¹⁷

Zivilrechtliches Neuland betritt der Entwurf mit der Definition der Belästigung in § 319b Abs. 3. Die Belästigung umfasst danach Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit einem der inkriminierten Merkmale einer Person stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt oder ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Diese Belästigungen werden ebenso verboten wie mittelbare oder unmittelbare Diskriminierungen. Ähnliche Regelungen gibt es im deutschen Recht im Hinblick auf sexuelle Belästigungen.¹⁸ Der Entwurf setzt mit dieser Norm wieder fast wörtlich die Richtlinie, Art. 2 Abs. 3, um, die wesentlich von anglo-amerikanischen Regelungen beeinflusst ist.¹⁹ Der Entwurf transponiert auch direkt die Vorschrift der Richtlinie, Art. 2 Abs. 4, dass eine Anweisung zur Diskriminierung als Diskriminierung gilt, § 319b Abs. 4.

b) Die Regelungsmaterien

Die Richtlinie sieht wie angedeutet ein breites Anwendungsfeld vor, Art. 3 Abs. 1. Das entworfenen Gesetz greift hier im Wesentlichen das allgemeine Vertragsrecht unter Ausschluss des Arbeitsrechts, § 319a Abs. 2, und des Familien- und Erbrechts, § 319a Abs. 3, heraus. Es regelt die Begründung, Beendigung, Ausgestaltung und Durchführung von Verträgen, die Waren- und Dienstleistungen, die öffentlich angeboten werden, insbesondere Kauf-, Miet-, Kredit- oder Versicherungsverträge, § 319a Abs. 1 Nr. 1 a) oder eine Beschäftigung, medizinische Versorgung oder Bildung zum Gegenstand haben, § 319a Abs. 1 Nr. 1 b). Damit wird durch § 319a Abs. 1 Nr. 1 a) Artikel 3 Abs. 1 lit. h) umgesetzt, der den diskriminierungsfreien Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, fordert, da der Zugang zu und die Versorgung mit diesen Gütern und Dienstleistungen im vom Antidiskriminierungsgesetz erfassten Privatrecht durch die von § 319a Abs. 1 Nr. 1 a) geregelten Verträge erfolgt. § 319a Abs. 1 Nr. 1 b) setzt die in Art. 3 Abs. 1 lit. a, b und c vorgesehenen Fälle, die relevant für private Beschäftigungsverhält-

¹⁶ Vgl. Entwurf, S. 22.

¹⁷ Süddeutsche Zeitung v. 9.4.2002; Frankfurter Rundschau v. 4.6.2002.

¹⁸ § 12 LGG-Berlin.

¹⁹ In der Richtlinie ist von „unerwünschten Verhaltensweisen“ die Rede, ohne dass der Wortlaut eine (zweifelhafte) Subjektivierung aus der Opferperspektive nahe legen würde. Der Entwurf setzt deshalb auch ohne diesen Begriff die Richtlinie um. Vgl. zur Belästigung im US-amerikanischen Arbeitsrecht, *Wiedemann/Thüsing*, (Fn. 6), S. 467.

nisse sind, um, etwa die Einstellungsbedingungen (lit. a), die berufliche Weiterbildung (lit. b) oder die Entlassungsbedingungen (lit. c). Da das Arbeitsrecht ausgenommen ist, ist bei Beschäftigungsverhältnissen z.B. an freie Mitarbeiter zu denken. Der Bezug in § 319a Abs. 1 Nr. 1b) auf die medizinische Versorgung und die Bildung setzt Art. 3 Abs. 1 lit. e (Gesundheitsdienste) bzw. lit. g (Bildung) um, insoweit sie auf privaten Verträgen beruhen.

Weiter werden der Zugang zu und die Mitwirkung in Organisationen, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, § 319a Abs. 1 Nr. 2 a) oder die eine Monopol- oder eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehaben, wenn ein wesentliches oder grundlegendes Interesse an dem Erwerb der Mitgliedschaft besteht, § 319a Nr. 2 b), von den neuen Regelungen erfasst.²⁰

§ 319a Abs. 1 Nr. 2 a) setzt Art. 3 Abs. 1 lit. d um, der sich auf die Mitgliedschaft in Organisationen, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, bezieht. Die ebenfalls dort angesprochene Mitwirkung in Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen soll dem Spezialgesetz zum Arbeitsrecht vorbehalten werden.

Ein Problem bedeutet die ins Auge gefasste Begrenzung der Anwendbarkeit des Diskriminierungsschutzes – im Hinblick auf den Zugang zu und die Mitwirkung in Organisationen – auf bestimmte qualifizierte Organisationen mit Monopol- oder überragender Machtstellung, § 319a Nr. 2b). Inspiration der gewählten Formulierung ist die zivilrechtliche Rechtsprechung zu den Grenzen der Privatautonomie von Vereinen bezüglich der Aufnahme von Mitgliedern. Ständige Rechtsprechung ist hier, dass Vereine, die ein Monopol- oder eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich inne haben, dann zur Aufnahme gemäß § 826, § 20 Abs. 4 GWB analog von Mitgliedern verpflichtet seien, wenn der Aufnahmebegehrende ein wesentliches und grundlegendes Interesse an der Mitgliedschaft habe.²¹ Nach der dieser Rechtsprechung folgenden Beschränkung des Diskriminierungsverbotes auf qualifizierte Organisationen durch die Formulierung des Entwurfes ist ein lokaler Fußballverein ohne Monopol, der keine Juden aufnimmt, von der Antidiskriminierungsregelung nicht erfasst. Das scheint nicht den Intentionen der Richtlinie zu entsprechen. Denn dort ist von einer solchen Beschränkung auf qualifizierte Organisationen nichts zu finden. Es ist nur allgemein von der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen die Rede. Dies impliziert auch den Zugang zu und die Mitwirkung in Organisationen, die solche Güter und Dienstleistungen ihren Mitgliedern erbringen und zwar ohne dass es einen Hinweis in der Richtlinie gäbe, dass diese Regelung auf qualifizierte

²⁰ Die Regelung zu qualifizierten Organisationen nach § 319a Nr. 2 b) ist im Entwurf vom Dezember 2001 noch nicht enthalten.

²¹ Vgl. z.B. LG Karlsruhe, NJW RR 2002, S. 112; BGH, NJW 1985, S. 1216; BGH, NJW 1999, S. 1326; Kammergericht NJW RR 1993, S. 183.

Organisationen beschränkt werden sollte. Eine solche Regelung würde deshalb zu einem Umsetzungsdefizit führen.

Über die Vorschriften der Richtlinie geht eine ins Auge gefasste Ergänzung der Bundeshaushaltsordnung hinaus. Subventionen werden danach an die Befolgung der Antidiskriminierungsregelungen gebunden, § 44a BHO n. F. § 97 Abs. 4 GWB n.F. enthält eine entsprechende Regelung für öffentliche Aufträge.

c) Gerechtfertigte Ungleichbehandlungen

Diskriminierungsverbote lassen durchaus Rechtfertigungen von Ungleichbehandlungen zu. Diese Erkenntnis hat sich rechtskonstruktiv etwa im deutschen Verfassungsrecht durch die von einem Willkürverbot bis zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei personengebundenen Merkmalen reichende Doktrin verfassungsrechtlicher Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen niedergeschlagen.²² Die Richtlinie sieht an drei Stellen eine rechtliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen vor: Erstens in Art. 2 Abs. 2, 2 b), wo in die Definition der indirekten Diskriminierung auch aufgenommen wird, dass eine solche Diskriminierung nicht vorliegt, wenn die Ungleichbehandlung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung des Zieles angemessen und erforderlich sind. Diese Rechtfertigung findet sich in § 319b Abs. 2 wieder. Weiter erlaubt die Richtlinie Ungleichbehandlungen, wenn das Merkmal der Personen, an das zur Unterscheidung angeknüpft wird, aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt, Art. 4. Nach § 319d 1a) ist eine Unterscheidung möglich, wenn das Vorhandensein oder Fehlen eines Merkmals eine wesentliche und entscheidende Voraussetzung für die Tätigkeit oder den Zugang zu bzw. der Mitwirkung in einer Organisation ist. Mit dieser Norm des Entwurfs wird Art. 4 trotz unterschiedlicher Formulierungen sachlich umgesetzt, gleichzeitig aber dieser Rechtfertigungsgrund auf die Mitgliedschaften in Organisationen (bei denen es sich nicht nur um berufsbezogene Organisationen handeln muss) erweitert. Hier eröffnet der Entwurf also Möglichkeiten der Rechtfertigung, die über die hinausgehen, die in der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen sind. Die Regelung antwortet auf ein Sachproblem: Soll ausgeschlossen sein, dass ein „Verein zur Pflege schwarzafrikanischer Kultur“ einem Friesen die Aufnahme verweigert? Der Richtlinienentwurf scheint hier aber eindeutig zu sein: Er statuiert, dass eine direkte Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft schlechthin unzulässig ist.²³ Auch hier besteht deshalb ein Umsetzungsdefizit, wenn man die Regelung des § 319d 1a) nicht richt-

²² Programmatisch BVerfGE 88, 87, 96.

²³ Vgl. Erwägungsgrund 18 der Richtlinie. Ebenso *Nickel*, (Fn. 5), S. 2671.

linienkonform auf berufsbezogene Organisationen teleologisch reduziert. Drittens erlaubt die Richtlinie in Art. 5 kompensatorische Benachteiligungen. Eine entsprechende Regelung findet sich in § 319 d Abs. 3.

d) Sanktionen und Rechtsschutz

Nach Art. 15 müssen die Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. § 319e setzt zur Umsetzung zunächst auf Unterlassung und einen Folgenbeseitigungsanspruch. Dabei soll kein allgemeiner Kontrahierungszwang eingeführt werden. Ein Vertragsschluss kann – anders als in § 611a Abs. 2 BGB – aber verlangt werden, wenn der Vertrag auch ohne Verstoß gegen das Benachteiligungs- und Belästigungsverbot geschlossen oder ermöglicht worden wäre. Gleiches gilt für den Zugang zu einer Organisation, § 319e Abs. 1 Satz 1 u. 2. Nur wenn die Diskriminierung sich nicht durch Unterlassung, Folgenbeseitigung oder in anderer Weise ausgleichen lässt, ist subsidiär eine angemessene Entschädigung in Geld vorgesehen, § 319e Abs. 1 Satz 3. Diese Regelungen – was immer ihre zivilrechtlichen Meriten sein mögen – etablieren sicherlich Kernelemente eines Sanktionssystems, das wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist. Ein Umsetzungsdefizit ist nicht erkennbar.

Die Richtlinie fordert weiter Maßnahmen zur Verbesserung des Rechtsschutzes und der Rechtsdurchsetzung. Der Entwurf nimmt eine Regelung aus Art. 7 Abs. 1 auf, die vorschreibt, dass Schlichtungsverfahren von den Mitgliedstaaten vorgesehen werden können. § 15a EGZPO n.F. wird ergänzt, sodass die Länder ein zwingendes Schlichtungsverfahren für Fälle der Diskriminierung vorsehen können – ein möglicherweise sinnvolles Instrument, um gütliche Einigungen ohne Gerichtsbeteiligungen zu erzielen. In Art. 7 Abs. 2 wird vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Verbände oder andere juristische Personen, die nach in einzelstaatlichem Recht festgelegten Kriterien ein Interesse an der Durchsetzung der Bestimmungen der Richtlinie haben, „sich entweder im Namen der Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den in dieser Richtlinie zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können“. Diese Regelung wird unter dem Stichwort der Verbandsklage diskutiert. Der Entwurf sieht zunächst eine Erweiterung der Verbandsklage im Unterlassungsklagegesetz (UKG) vor. § 2 Abs. 3 UKG n.F. regelt, dass ein Unternehmer, der gegen das Benachteiligungsverbot verstößt, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, durch die wesentliche Belange der benachteiligten Personengruppe berührt werden. Mit dieser doppelten Qualifikation durch alleinigen Bezug auf Unternehmer und die Verletzung wesentlicher Belange soll verhindert werden, dass Privatpersonen in Prozessverhältnisse verwickelt werden, in denen ein Machtungleichgewicht besteht, weil der Privatperson ein Verband gegenübersteht, der

strukturell überlegen ist.²⁴ Der Unterlassungsanspruch aus § 2 Abs. 3 UKG n.F. steht nach § 3 Abs. 3 UKG n.F. Verbänden zu, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, durch Aufklärung und Beratung die Interessen von Personengruppen, die Benachteiligungen ausgesetzt sein können, wahrzunehmen. Diese Verbände müssen in diesem Aufgabenbereich tätig sein und mindestens 75 natürliche Personen als Mitglieder oder Mitgliedsverbände mit einer gleichen Aufgabenstellung und einer entsprechenden Anzahl von Mitgliedern haben und in ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich berührt sein. Diese Ergänzung des Unterlassungsklagegesetz scheint von Art. 7 Abs. 2 nicht gefordert zu sein. Es geht bei dieser Art der Verbandsklage nicht um ein Tätigwerden „im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung“, da die Klage vom Verband nicht in fremdem Namen mit Einwilligung des Betroffenen erhoben wird. Der Verband ist selbst aktivlegitimiert und prozessführungsbefugt.²⁵ Der Entwurf ergänzt das Rechtsberatungsgesetz weiter in Art. 1 § 3 Nr. 10 n.F. um eine Regelung, nach der bestimmten Verbänden die Beratung sowie die Vertretung im gerichtlichen Verfahren ermöglicht wird. Dies entspricht klar den Vorschriften des Art. 7 Abs. 2.²⁶

§ 319c sieht eine Beweiserleichterung vor: Macht der Betroffene im Streitfall Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung durch eine bestimmte Person vermuten lassen, trägt diese die Beweislast dafür, dass eine Benachteiligung nicht vorliegt oder eine zulässige Unterscheidung gegeben ist. Die Formulierung weicht in einem Detail von der des Art. 8 ab, in dem die Richtlinie das Erfordernis einer Beweiserleichterung regelt: Artikel 8 sieht keinen Bezug auf eine bestimmte Person vor, er ist unpersönlich formuliert. Dies überrascht nicht, denn etwa gegenüber einem größeren Unternehmen wird es nicht leicht sein, die Benachteiligung nicht nur durch das Unternehmen, sondern durch eine bestimmte Person glaubhaft zu machen. Entsprechend ist auch § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB ebenfalls unpersönlich formuliert ist. Es gibt keinen Grund für andere als Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts von diesem Prinzip abzuweichen.

e) Viktimisierung und institutioneller Antidiskriminierungsschutz

Artikel 9 der Richtlinie sieht eine Schutzregelung zur Viktimisierung vor. Maßnahmen sollen von den Mitgliedstaaten ergriffen werden, die Benachteiligungen als

²⁴ Entwurf S. 60.

²⁵ Vgl. *Bassenge*, in: Palandt, Ergänzungsband zu Palandt, BGB, 61. Aufl., UKLaG, Einl. Rdnr. 1; § 3, Rdnr. 2. Deswegen kann es mehrere anspruchsberechtigte Stellen geben, *ibid.*, Rdnr. 3.

²⁶ Der Umfang der erlaubten Tätigkeiten vor Gericht richtet sich natürlich nach den prozessualen Vorschriften (etwa § 78 ZPO). Diese setzen die Erlaubnis nach dem RBERG voraus, vgl. *Rennen/Caliebe*, Kommentar zum RBERG, 3. Aufl. Art. 1 § 1, Rdnr. 152. Einem Antidiskriminierungsbüro etwa wird also durch den Entwurf nur letztere gewährt.

Reaktion auf Beschwerden oder die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausschließen. Eine entsprechende Regelung ist in dem Entwurf nicht vorgesehen.

Schließlich ist noch Art. 13 von Belang, der den institutionellen Aspekt des Diskriminierungsschutzes anspricht. Er sieht vor, dass die Mitgliedstaaten besondere Stellen einrichten, die die Opfer von Diskriminierungen bei ihren Beschwerden unterstützen, unabhängige Untersuchungen zum Thema der Diskriminierung durchführen, Berichte veröffentlichen und Empfehlungen abgeben. Die Frage, wie diese Stellen organisiert werden können, wurde im Rahmen des Entwurfs noch nicht erörtert. Rechtspolitisch strittig ist dabei insbesondere das Verhältnis der Ausländerbeauftragten zu diesen neuzuschaffenden Stellen.

4. Gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Bewertung

Der Entwurf versucht die Regelung einer komplizierten Rechtsmaterie in einem rechtspolitisch hochsensiblen Gebiet. Über den rechtstechnischen Sinn einzelner Regelungen lässt sich mit Recht streiten, etwa über die Fragen, ob die Teilung in ein Gesetz zum allgemeinen Vertragsrecht und zum Arbeitsrecht sinnvoll, der Standort im BGB richtig gewählt sei,²⁷ der allgemeine zivilrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht über die Regelung zur Belästigung hinausgehe,²⁸ oder ein eigenständiger Folgenbeseitigungsanspruch die Systematik des Schuldrechts grundlos durchbreche, vorzugswürdig deshalb eine Neuregelung des § 253 sei.²⁹ Um diese rechtstechnische und -politische Detaildiskussion (so interessant und wichtig sie ist) soll es im Folgenden nicht gehen. Vielmehr soll geklärt werden, ob die scharfe Ablehnung des Entwurfs aus rechtlichen Gründen (man mag politisch zum Sinn und Zweck von Antidiskriminierungsgesetzen stehen wie man will) gerechtfertigt ist oder nicht. Die bisher geäußerte rechtliche Kritik speist sich in erster Linie aus national-verfassungsrechtlichen Gründen, genauer aus der Wahrnehmung einer Verletzung deutscher Grundrechte und dabei insbesondere der Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie.³⁰ Diese Argumentationslinie ist nicht offensichtlich. Denn als Umsetzungsakt einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie sind primär andere normative Parameter zu berücksichtigen, die in der Diskussion nicht einfach übergangen werden dürfen.

²⁷ Wiedemann/Thüsing, (Fn. 6), S. 465

²⁸ So z.B. Wiedemann/Thüsing, (Fn. 6), S. 467

²⁹ Ibid. S. 469.

³⁰ Vgl. z.B. Ladeur (Fn. 6).

a) Rechtliche Parameter bei der Umsetzung von Richtlinien

Die Frage, welche grundrechtlichen Maßstäbe bei der Umsetzung einer Richtlinie gelten, ist dabei durchaus umstritten.³¹ Ausgangspunkt der Beurteilung muss der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts sein. Eine Richtlinie selbst ist wie andere Gemeinschaftsakte deshalb nicht an nationalen, sondern an den Gemeinschaftsgrundrechten zu messen. Ist die Richtlinie gemeinschaftsrechtskonform, stellt sich die nächste Frage, ob bei der Umsetzung überhaupt noch als weiterer Maßstab Grundrechte der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten zur Anwendung kommen. Als mögliche Antwort auf diese Frage stehen sich wohl nur noch zwei Ansichten gegenüber: Entweder die Anwendung von Grundrechten der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten auf gesetzliche Umsetzungsakte einer Richtlinie gänzlich auszuschließen oder für qualifizierte Fälle für möglich zu halten. Die einmal vertretene These, bei Umsetzungsakten von Richtlinien seien allein Grundrechte der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten maßgebend ist, in Anbetracht der differenzierten Dogmatik der Gemeinschaftsgrundrechte und ihres Anwendungsbereichs in der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr haltbar.³² Überzeugend ist die Anwendung von Grundrechten der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten in speziellen Fällen und damit eine differenzierende Betrachtung und zwar für die Fälle, in denen dem umsetzenden Gesetzgeber ein Umsetzungsspielraum verblieben ist. Die Richtlinie selbst und die Umsetzungsregelungen, die direkt durch sie determiniert sind, können wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nur an Gemeinschaftsgrundrechten gemessen werden. Die Umsetzungsregelungen, für die eine solche gemeinschaftsrechtliche Determination nicht besteht, stehen aber im Ermessen des nationalen Gesetzgebers. Es ist undenkbar, dieses Ermessen nicht an das Grundrechtsregime des Nationalstaates, in Deutschland des Grundgesetzes zu binden. Das Gebot aus Art. 1 Abs. 3 GG ist hier eindeutig. Verdrängt werden die danach bindenden Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht mit Anwendungsvorrang bei Umsetzungsspielräumen nicht. Damit ist der Standort bestimmt, an dem Fragen des deutschen Verfassungsrechts überhaupt eine Rolle spielen. Bevor sie auftauchen müssen zwei andere Fragen beantwortet werden: Erstens: Verstößt die Richtlinie selbst gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht, insbesondere Gemeinschaftsgrundrechte? Zweitens: Welche der Regelungen sind gemeinschaftsrechtlich geboten und bei welchen besteht ein Umsetzungsspielraum? Erst nach Beantwortung dieser Fragen kann geklärt werden, ob durch ge-

³¹ Vgl. *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 189 f.; *Wetter*, Die Grundrechtscharta des Europäischen Gerichtshofes, 1998, S. 93 ff.

³² Zum Meinungsstand vgl. *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.): EUV/EGV, Art. 6, Rdnrn. 57, 59; *Wetter*, (Fn. 31), S. 93 f.; *Pernice*, Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990, S. 2409, 2417; *Ruffert*, Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte, EuGRZ 1995, S. 518, 523 ff. Der Fall von Gemeinschaftsrecht, das gegen Art. 79 III GG verstößt und damit den Anwendungsvorrang derogiert, muss hier wegen Realitätsferne nicht berücksichtigt werden. Die Gemeinschaftsgrundrechte sind natürlich auch bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht zu berücksichtigen.

meinschaftsrechtlich nicht determinierte Regelungen deutsches Verfassungsrecht verletzt wurde.

b) Antidiskriminierungsmaßnahmen und Gemeinschaftsgrundrechte

Zentrales Argument der Kritiker der Antidiskriminierungsgesetzgebung ist ein Verstoß gegen die Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie, die ihrerseits ein Teilaspekt der allgemeinen Handlungsfreiheit ist.³³ Im System des Grundgesetzes schützt sie deshalb Art. 2 Abs. 1.³⁴ Die allgemeine Handlungsfreiheit ist gemeinschaftsrechtlich nicht positiviert. Auch die Europäische Grundrechtscharta hat die allgemeine Handlungsfreiheit nicht (deklaratorisch) geregelt.³⁵ In der Rechtsprechung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten wurde die allgemeine Handlungsfreiheit aber erwähnt, wenn auch nicht inhaltlich ausgefüllt.³⁶ In anderen Entscheidungen hat der EuGH zudem betont, dass Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre privater Betätigung einer Rechtsgrundlage bedürften.³⁷ Dies ist der Sache nach die implizite Anerkennung der allgemeinen Handlungsfreiheit als den Gesetzesvorbehalt für Eingriffe forderndes Auffanggrundrecht.³⁸ Die Vertragsfreiheit selbst wird regelmäßig als Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts herangezogen, ohne sie ausdrücklich in der allgemeinen Handlungsfreiheit dogmatisch zu fundieren.³⁹ Im Rahmen der Beratungen zur Grundrechtscharta wurde sie mit der unternehmerischen Freiheit in Verbindung gebracht, Art. 16 Grundrechtscharta.⁴⁰ Demnach besteht kein Zweifel, dass die Vertragsfreiheit zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaftsordnung gehört, aus denen der geschützte Grundrechtsbestand prätorisch seit *Stauder* gewonnen wird.⁴¹ Sie als gemeinschaftsgrundrechtlich durch die allgemeine Hand-

³³ Für eine offensichtliche Verfassungsmäßigkeit *Nickel*, (Fn. 5), S. 2669 mit Hinweis auf die Rspr. des Bundesverfassungsgerichts zu § 611a BGB.

³⁴ Vgl. BVerfGE 89, 214, 231; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar I, 5. Aufl. 2000, Rdnr. 16 zu Art. 2.

³⁵ Sie enthält nur in Art. 6 ein Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person. Damit ist wohl nicht die allgemeine Handlungsfreiheit i.S.v. Art. 2 I GG in der Interpretation des BVerfGE 6, 32 (*Elfes*) gemeint, da die Norm sich an Art. 5 EMRK anlehnt, die keine allgemeine Handlungsfreiheit verbürgt, vgl. *Peukert* in: Frowein/Peukert, EMRK, Rdnr. 4 zu Art. 25.

³⁶ EuGH, verb. Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289, Rdnrn. 15, 18, 19 (*Rau*).

³⁷ Z.B. EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859, Rdnr. 19 (*Hoechst*).

³⁸ H.M.; vgl. *Schilling*, Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 2000, S. 3, 14, *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 6, Rdnrn. 164, 165 m.w.N.

³⁹ Vgl. etwa Schlussantrag des Generalanwaltes *Geelhoed*, Rs. C-334/00 v. 31.1.2002, Rdnr. 55 (*Fonderie Officine Meccaniche Tacconi*); EuG, Rs. T-128/98, Rdnr. 82 (*Aéroport de Paris*) v. 12.12.2000, beide unter www.curia.org abrufbar; EuGH, Rs. 151/78, Slg. 1979, S. 1, Rdnr. 19 (*Sukkerfabriken Nykobing*).

⁴⁰ European Charter of Fundamental Rights of the European Union, Explanatory Report, Art. 16.

⁴¹ EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, S. 419, Rdnr. 7 (*Stauder*). Zum Hintergrund vgl. z.B. *Mahlmann*, Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, ZEuS 2000, S. 421 f.

lungsfreiheit oder (dogmatisch weniger überzeugend) spezielle wirtschaftliche Freiheiten geschützt anzusehen, ist sicher ein naheliegender Schluss.

Die Grundrechte unterstehen in der Rechtsprechung des EuGH einer allgemeinen Schrankenregel: Eingriffe können durch die „dem allgemeinen Wohle dienenden Ziele der Gemeinschaft gerechtfertigt“ werden.⁴² Zu diesen, dem allgemeinen Wohle dienenden Zielen der Gemeinschaft gehören Maßnahmen zur Beseitigung von Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft zweifellos. Schranken-Schranke ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁴³ und mit geringer praktischer Bedeutung die Wesensgehaltsgarantie.⁴⁴ Die Verhältnismäßigkeit wird man der Richtlinie nicht abstreiten können. Die Richtlinie knüpft an Regelungstechniken an, die auch in anderen Zusammenhängen genutzt wurden. Sie antwortet auf eine häufig dokumentierte Gegenwart von Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft, die die bisherigen rechtlichen Regelungen nicht beseitigt haben. Sie ist deshalb geeignet und erforderlich ihr Ziel zu erreichen. Auch eine Abwägung von Privatautonomie und Gleichheitsschutz zur Bestimmung der Angemessenheit der Regelung ergibt kein anderes Ergebnis. Wie häufig festgehalten wurde, ist der EuGH geneigt einen weiten Gemeinwohlvorbehalt anzunehmen.⁴⁵ Die Gemeinschaft hat diverse Regelungen ergriffen, die zum Zwecke des Diskriminierungsschutzes in die Privatautonomie eingriffen, ohne dass irgendeine dieser Maßnahmen wegen einer Verletzung der Vertragsfreiheit beim EuGH gescheitert wäre. Es scheint auch schwer zu begründen zu sein, dass die entsprechenden Regelungen keine verhältnismäßige Realisierung der Schranken der Privatautonomie auf Gemeinschaftsebene ist, insbesondere, wenn man die starken gemeinschaftsrechtlichen Wertungen zugunsten der Zulässigkeit von Antidiskriminierungsmaßnahmen berücksichtigt. Artikel 13 EGV etwa ist zwar eine Kompetenznorm, indiziert aber, dass zugunsten von Antidiskriminierungsmaßnahmen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft starke Wertungen des Primärrechts streiten, denn Kompetenznormen implizieren, dass die Ausübung der Kompetenz legitim erscheint.

Bei der Abwägung ist weiter zu bedenken, dass allgemeine Gleichheitssätze und spezielle Diskriminierungsverbote in einem vielschichtigen Verhältnis zu Freiheitsverbürgungen stehen, das sich nicht einfach auf die Formel bringen lässt, dass eine Erhöhung der Gleichheit eine Reduzierung der Freiheit bedeute oder dass umgekehrt für eine Erweiterung der Freiheitssphären der Einzelnen der Preis der

⁴² EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rdnr. 14 (*Nold*). Siehe schon EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rdnr. 4 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

⁴³ Für einen Überblick über verschiedenen Formulierungen des EuGH vgl. *Schilling*, (Fn. 38), S. 23. Der Sache nach wird Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit geprüft.

⁴⁴ EuGH, (Fn. 42), Rdnr. 14 (*Nold*).

⁴⁵ Vgl. z.B. *Kokott*, Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), S. 599, 608.

Gleichheit zu bezahlen sei. Gleichheitsverbürgung und Freiheitsverlust sind kein Junktim. Der Grund dafür liegt darin, dass Gleichheitsverbürgungen nicht nur als Selbstzweck verfolgt werden. Ein ganz wesentliches Ziel der Gleichheitssätze und Diskriminierungsverbote ist es vielmehr auch, die Wohltat der Freiheit benachteiligten Personengruppen rechtsfest faktisch zu erschließen, die ihnen aufgrund der Benachteiligung bisher verschlossen war. Antidiskriminierungsschutz beschränkt nicht nur die Privatautonomie, er entfaltet sie auch.⁴⁶

Im deutschen Verfassungsrecht wird dieser Sachverhalt durch die objektivrechtliche Funktion von Grundrechten, die Schutzpflichten begründet, konstruktiv erfasst. Die privatautonome Vertragsfreiheit steht der Schutzpflicht des Staates gegenüber, wegen der objektivrechtlichen Dimension des Art. 2 Abs. 1 GG auch die faktischen Voraussetzungen der Privatautonomie bei benachteiligten Personengruppen zu erhalten. Das BVerfG hat diesen Gedanken (nicht ohne Kritik zu ernten⁴⁷) in der „Handelsvertreter“-⁴⁸ und der „Bürgschafts“-Entscheidung⁴⁹ entfaltet.⁵⁰ Der Privatautonomie, die vor unverhältnismäßigen Eingriffen schützt, steht die Pflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber, die faktischen Voraussetzungen der Freiheitsausübung zu in einem Mindestbereich zu garantieren.⁵¹ Beides muss zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dieser Gedanke kann auch auf das Gemeinschaftsrecht übertragen werden. Für Grundfreiheiten wurden Schutzpflichten der Mitgliedstaaten vom EuGH anerkannt.⁵² Auch die Annahme von Schutzpflichten bei Gemeinschaftsgrundrechten ist gerechtfertigt: Erstens sind die sachlichen Gründe keine anderen.⁵³ Weiter ist zu bedenken, dass auch der EGMR eine Pflicht der Staaten annimmt, die EMRK-Rechte vor Ein-

⁴⁶ Instruktiv zur faktischen Dimension der Privatautonomie im Privatrecht *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 273, 277 ff.; vgl. a. *Wiedemann/Thüsing*, (Fn. 6), S. 463.

⁴⁷ *Isensee* erklärt diesen Lösungsansatz zur grundrechtsdogmatischen „Sensation“, da ein Freiheitsrecht zur Freiheitsschranke werde, vgl. *ders.*, Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte. Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung, Fs. für Bernhard Großfeld, hrsg. v. Hübner, 1999, S. 508. Das ist unverständlich. Schutzpflichten sind gängige Weiterentwicklungen der objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte. In der ersten Abtreibungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes wurde z.B. das Lebensrecht des Embryos über den Gedanken der Schutzpflicht zur Schranke der Handlungsfreiheit der Schwangeren, vgl. BVerfGE 39, 1.

⁴⁸ BVerfGE 81, 242, 254.

⁴⁹ BVerfGE 89, 214, 231 f.

⁵⁰ Erläuternd *Dieterich*, Bundesverfassungsgericht und Bürgschaft, WM 2000, S. 11. Bestätigt in der „Ehevertrags“-Entscheidung BVerfG, NJW 2001, S. 957, 958.

⁵¹ *Canaris*, (Fn. 46), S. 300 bringt das (zustimmend) für die Bürgenkonstellation auf die Formel: Es gehe um die Kollision „zwischen dem Eingriff in ein Grundrecht i.V.m. dem Übermaßverbot einerseits und dem Schutz eines Grundrechts i.V.m. dem Untermaßverbot andererseits“.

⁵² EuGH, Rs. 265/95, Slg. 1997, I-6990, Rdnrn. 30-32, 36 (*Kommission/Frankreich*).

⁵³ Ebenso z.B. *Rengeling*, (Fn. 31), S. 206; a.A. *Schilling*, (Fn. 38), S. 33.

griffen Dritter zu schützen.⁵⁴ In Anbetracht der hohen Bedeutung der Rechtsprechung zur EMRK für das Grundrechtsregime der Gemeinschaft ist dies ein starkes Argument für grundrechtliche Schutzpflichten.⁵⁵ Es ist sogar nicht abwegig, aus Art. 13 EGV eine primärrechtlich positivierte Schutzpflicht zugunsten von Opfern von Diskriminierungen herzuleiten.⁵⁶ Mithin ist also in der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Einschränkung der Privatautonomie durch die Richtlinie auch die Erweiterung der faktischen Freiheit und damit der Rechtsgrundsatz der Privatautonomie selbst zugunsten der Gemeinschaftsrechtsmäßigkeit der Richtlinie zu berücksichtigen. Dieser Gedanke muss zugunsten ihrer Verhältnismäßigkeit den Ausschlag geben. Die gleiche Argumentationslinie gilt auch für die Vereinigungsfreiheit, die gemeinschaftsrechtlich als Grundrecht ebenfalls anzuerkennen ist.⁵⁷ Sie wird verhältnismäßig insoweit beschränkt, als die Richtlinie auch die Mitwirkung an und den Zugang zu Organisationen regelt, z.B. als Voraussetzung für Zugang öffentlich angebotener Waren und Dienstleistungen. Es überrascht deshalb nicht, dass in der bisher vorgebrachten Kritik die Gemeinschaftsgrundrechtswidrigkeit der Richtlinie bisher nicht behauptet worden ist. Sie wird nicht zu begründen sein.

c) Umsetzung und Grundrechte des Grundgesetzes

Damit stellt sich die nächste Frage: In welchen Bereichen hat der deutsche Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum, in dem sich eine spezielle grundgesetzliche Grundrechtsbindung durch Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 9 GG entfalten könnte? Das muss nicht für alle Regelungen geklärt werden, denn wie der nationale Gesetzgeber den sozialen Dialog, wie in Art. 11 vorgeschrieben, fördert, ist sicher in sein Umsetzungsermessen gelegt, aber kein Gegenstand der Auseinandersetzung. Nur die umstrittenen Kernbereiche sollen betrachtet werden.

Wie dargelegt, gibt die Richtlinie in Art. 2 Abs. 1 und 2 eine präzise, die Rechtsprechung des EuGH aufnehmende Definition der direkten und indirekten Diskriminierung und ihrer Rechtfertigung wieder. Hier wird man vielleicht auf die bestehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz hinweisen können, die inzwischen auch indirekte Diskriminierungen umfasst, um ein gemeinschaftsrechtliches Umsetzungsgebot zu verneinen, allerdings nicht verschweigen dürfen, dass diese sich bisher nur auf Diskriminierungen wegen des

⁵⁴ Vgl. z.B. jüngst die ausführlichen Ausführungen zu einer Schutzpflicht aus Art. 2 EKMR in: *Pretty v. The United Kingdom*, EGMR, 2346/02, v. 29.4.2002, www.echr.coe.int, Rdnr. 38; EGMR 13.8.1981, Publ. Ser. A. Vol. 44, S. 5, Rdnrn. 48, 49 (*Young, James und Webster*).

⁵⁵ Zur Diskussion vgl. z.B. *Rengeling*, (Fn. 31), S. 207.

⁵⁶ So z.B. für die vergleichbare Norm des Art. 141 III EGV *Schilling*, (Fn. 38), S. 32.

⁵⁷ Vgl. Art. 13 der Europäischen Grundrechtscharta, der insoweit sicher einen allgemeinen Rechtsgrundsatz ausdrückt.

Geschlechtes bezieht.⁵⁸ Sinnvoll ist deshalb sicherlich, die Definition klarstellend zu positivieren.⁵⁹ Einen Umsetzungsspielraum lässt die Richtlinie nicht. Ähnliches gilt für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen. Auch hier ist der Wortlaut der Richtlinie eindeutig. Ein Spielraum wird nur in Art. 4 insofern eingeräumt, als für berufsbezogene Merkmale Rechtfertigungen vorgesehen werden können. Hier schöpft der Entwurf die Möglichkeiten von Ungleichbehandlungen aus, ja überschreitet sie wohl (s.o.). Eine zu weit gehende Eröffnung von Ungleichbehandlungen ist aber bisher kein Gegenstand der Kritik geworden.

Auch in anderen Bereichen sind die getroffenen Regelungen gemeinschaftsrechtlich weitgehend determiniert: Der Anwendungsbereich der Antidiskriminierungsregelungen ist in dem Katalog von Art. 3 Abs. 1 sehr klar vorgeben. Der Gesetzgeber muss in diesen Bereichen handeln, will er seinen Umsetzungspflichten nachkommen. Gleiches gilt für die besonders umstrittene Regelung zur Beweislast in Art. 8: Die Vorgaben der Richtlinie lassen hier keinen Ermessensspielraum und wiederholen im Übrigen nichts als in anderen Rechtsgebieten erprobte Regelungen des Gemeinschaftsrechts. Eine relativ flexible Vorgabe der Richtlinie betrifft den Rechtsschutz. Es muss nur ein Gerichts- oder Verwaltungsweg eröffnet werden, um Ansprüche aus der Richtlinie durchzusetzen, auch wenn die Diskriminierung bereits beendet ist, Art. 7 Abs. 1. Auch Art. 7 Abs. 2, der die strittige Verbandsklage regelt, eröffnet einiges Ermessen: Die Verbände müssen lediglich das Recht erhalten, sich „entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung“ an den Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zu beteiligen. In diesem möglichen Regelungsraum hat sich der Entwurf für eine Verbandsklage und erweiterte Beteiligungsmöglichkeiten im Rechtsberatungsgesetz entschieden. Die Verbandsklage ist auf qualifizierte Fälle beschränkt. Dass damit in die Privatautonomie unzulässig eingegriffen würde, ist nicht zu sehen. Auch bei den Sanktionen, Art. 15, ist ein Umsetzungsspielraum unbezweifelbar gegeben. Ein Sanktionensystem kann auf verschiedene Weise wirksam, verhältnismäßig und abschreckend gestaltet werden. Die Trias von Unterlassungs-, Folgenbeseitigungs- und Schadensersatzanspruch ist sicher nicht gemeinschaftsrechtlich geboten. Insbesondere Schadensersatzansprüche sind nicht unmittelbar vorgeschrieben, son-

⁵⁸ BVerfGE 97, 35, 43.

⁵⁹ Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes erfordert die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht nicht notwendigerweise eine förmliche und wörtliche Übernahme ihrer Bestimmungen in eine ausdrückliche und spezifische Rechts- oder Verwaltungsvorschrift und kann sich auf einen allgemeinen rechtlichen Kontext beschränken, wenn dieser die vollständige Anwendung der Richtlinie tatsächlich hinreichend klar und bestimmt. Für die Erfüllung des Erfordernisses der Rechtssicherheit ist es besonders wichtig, dass die Rechtslage für den Einzelnen klar und bestimmt ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten und Pflichten Kenntnis zu erlangen und sie gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen, vgl. EuGH, Rs. C-49/00, Slg. 2001, I-8575, Rdnr. 21 ff. (*Kommission/Italien*); EuGH, Rs. C-236/95, Slg. 1996, I-4459, Rdnr. 13 (*Kommission/Griechenland*); EuGH, C-38/99, Slg. 2000, I-10941, Rdnr. 53 (*Kommission/Frankreich*). Primärrechtlich wird die Ergebnispflicht durch Art. 249 III EGV konstituiert.

dern in Art. 15 nur als Regelungsoption angeführt. Ist die Auswahl aber ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG oder in Art. 9 GG? Die Sanktionstrias ist ersichtlich geeignet, das Sanktionsziel zu erreichen. Sie ist wohl auch erforderlich: Es ist unklar, wie ein Diskriminierungsverbot ohne die (rechtstechnisch wie immer realisierte) Regelung eines Anspruchs, die Diskriminierung in Zukunft zu unterlassen, ihre Folgen zu beseitigen und subsidiär Schäden angemessen auszugleichen, sinnvoll durchgesetzt werden könnte.⁶⁰ Dass sie unangemessen wäre, ist nicht ersichtlich, insbesondere, wenn man die aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte fließenden Schutzpflichten zugunsten der Privatautonomie der Diskriminierungsoffer nicht vergisst.

5. Zusammenfassung

Man kann also resümieren: Es gibt keine Hinweise, dass die Richtlinie wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsgrundrechte gemeinschaftswidrig wäre. Sie lässt dem Gesetzgeber in den besonders strittigen Bereichen wenig Umsetzungsspielräume: Insbesondere bei der Definition der Diskriminierung, ihrer Rechtfertigung, dem erfassten Regelungsbereich und der Beweislastumkehr determiniert sie die nationalstaatliche Regelung, sodass für die Anwendung von nationalverfassungsstaatlichen Grundrechten kein Raum ist. Eine Ausnahme bildet für diese Bereiche allein die zusätzliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aus berufsbezogenen Gründen, bei der ein Umsetzungsspielraum besteht, die aber gerade kein Problem für die strittigen Fragen der Vertragsfreiheit ist. Umsetzungsdefizite sind bei der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen beim Zugang zu und der Mitwirkung in Organisationen und bei der Beweislastumkehr auszumachen.

Verfassungsrechtliche Argumente aus Art. 2 Abs. 1 und 9 GG können sich mithin nur gegen die Bereiche richten, bei denen ein Umsetzungsspielraum besteht. Dies sind insbesondere die Regelung der Rechtsschutzmöglichkeiten und das Sanktionssystem. Wie bei anderen Normen auch kann die rechtstechnische Überzeugungskraft einiger ins Auge gefasster Regelungen mit guten Argumenten in diesen Bereichen bezweifelt werden. Weder die Etablierung der Verbandsklage noch erweiterte Beratungs- und Vertretungsmöglichkeiten noch das Sanktionssystem verletzen aber die Privatautonomie. Die heftige Diskussion um die Grundgesetzwidrigkeit des Entwurfs geht deshalb an den eigentlichen, pragmatisch technischen Rechtsproblemen vorbei, die für eine gelungene Umsetzung zu lösen sind, zu-

⁶⁰ Wenn auch der EuGH nicht vorschnell aus der Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten die Gebotenheit konkreter Sanktionen wie Kontrahierungszwang oder Entschädigung herleitet, vgl. EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rdnr. 18 (*von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen*).

mindest insofern der Entwurf Diskriminierungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft betrifft.⁶¹

Aufgrund der genauen Vorgaben der Richtlinie wird der Gesetzentwurf in jedem Fall ein Referenzpunkt der neu aufzunehmenden Umsetzungsdiskussion bleiben. Denn wegen der engen Determination der Regelungen durch die Richtlinie wird von wesentlichen Zügen des Entwurfes, insoweit er Ungleichbehandlungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft betrifft, nur abgewichen werden können, wenn es zu einer gemeinschaftsrechtswidrigen Umsetzung kommt. Dies wäre eine Lösung, die langfristig keinen Bestand haben würde,⁶² vom konkreten Handlungsbedarf im Bereich des rechtlichen Kampfes gegen Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft in einem Europa, auf dem der dunkle Schatten des Rechtspopulismus eines *Haider* oder *Le Pen* liegt, ganz zu schweigen.

⁶¹ Dies gilt auch für die Verteidiger des Entwurfs aus verfassungsrechtlichen Gründen, vgl. *Winkler*, The Planned German Anti-Discrimination Act: Legal Vandalism? A Response to Karl-Heinz Ladeur, GLJ Vol. 3 No. 6 – 1 June 2002, http://www.germanlawjournal.com/past_issues_archive.php (Zugriffdatum: 28.8.2002).

⁶² Man erinnere sich nur an den Fall *Kreil*, in dem der EuGH die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Ausschlusses von Frauen vom Dienst mit der Waffe wegen Verstoßes gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie feststellte, vgl. EuGH, Rs. C-285/98, Slg. 2000, I-69, um sich der Durchschlagskraft der Antidiskriminierungsmaßnahmen des Gemeinschaftsrechts zu vergewissern.