
Das Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht

Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG in das deutsche Privatrecht

Florian Stork*

Inhalt

A. Einleitung	3
B. Europäisches Anti-Diskriminierungsrecht	5
C. Analyse des ADG-E	9
I. Benachteiligungsverbote	9
1. Ziel und Schutzintensität	9
2. Diskriminierungsmerkmale	10
a) Rasse und ethnische Herkunft	11
aa) Rasse	11
bb) Ethnische Herkunft	13
cc) Abgrenzung zu Staatsangehörigkeit und Religion	13
b) Geschlecht	15
c) Behinderung	15
d) Religion und Weltanschauung	17
e) Alter	18
f) Sexuelle Identität	18
3. Besonderer Schutz vor Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft	19
a) Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum	19
b) Gesundheits- und bildungsbezogene Leistungen	23
c) Soziale Vergünstigungen	23

* Florian Stork arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität zu Köln (Prof. Dr. Burkhard Schöbener). Für fruchtbare Diskussionen, wichtige Anregungen sowie stete Unterstützung und Förderung gilt Herrn Prof. Schöbener der herzliche Dank des Verfassers. Weitere Informationen zum Thema sowie hier zitierte Dokumente sind zugänglich über den „Forschungsschwerpunkt Anti-Diskriminierungsrecht“: <http://www.anti-diskriminierung.info>. Der Beitrag befindet sich auf dem Stand von März 2005.

4. Benachteiligungsverbot bei Massengeschäften und „Beinahe-Massengeschäften“	24
a) Inhalt	25
aa) Massengeschäfte	25
bb) „Beinahe-Massengeschäfte“	26
cc) Auslegung	26
b) Kritik	27
aa) Notwendigkeit und Unternehmerbegriff	27
bb) Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Unternehmer im Sinne des § 14 BGB	28
cc) Ausklammerung von Dauerschuldverhältnissen	29
dd) Sonderproblem Wohnraumvermietung	30
5. Benachteiligungsverbot bei Abschluss einer privatrechtlichen Versicherung	31
6. Benachteiligungsverbot im Vereinsleben und bei privatrechtlichen Berufsvereinigungen	32
7. Entsprechungsklausel für Beschäftigungsverhältnisse	33
II. Ausnahmen vom Anwendungsbereich	33
1. Das besondere Nähe- oder Vertrauensverhältnis	33
2. Verbraucher im Sinne des § 13 BGB	34
3. Familien- und Erbrecht	35
III. Begriff der Benachteiligung	35
1. Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung	35
2. Anweisung zur Diskriminierung und (sexuelle) Belästigung	37
a) Anweisung zur Diskriminierung	37
b) (Sexuelle) Belästigung	38
IV. Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlungen	40
1. Positive Maßnahmen	41
2. „Rechtmäßiges Ziel“ bei mittelbarer Diskriminierung	42
3. Zulässige unterschiedliche Behandlung bei „sachlichem Grund“	42
a) Sachlicher Grund	43
b) Regelbeispiele	44

V. Ansprüche	45
1. Beseitigung und Unterlassung	46
2. Schadensersatz für materielle Schäden	46
3. Schadensersatz für immaterielle Schäden	47
4. Benachteiligende Vereinbarungen	48
5. Kontrahierungszwang als Unterfall des Beseitigungsanspruchs	48
a) Allgemeines Konzept des ADG-E	49
b) Kontrahierungszwang bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 20 Abs. 1 ADG-E	50
c) Kontrahierungszwang bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus § 20 Abs. 2 ADG-E	50
6. Befristung	51
7. Konkurrenzen	52
VI. Beweismaß und Beweislastverteilung	52
VII. Unterstützung durch Anti-Diskriminierungsverbände	54
D. Grundsätzliche Erforderlichkeit von Diskriminierungsverboten im Zivilrecht (Schutzbedürfnis)	55
E. Fazit	59

A. Einleitung

Am 15. Dezember 2004 haben die Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen den „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Anti-Diskriminierungsrichtlinien“¹ (ADG-E) der Öffentlichkeit vorgestellt. Sie haben sich damit einen Entwurf zu Eigen gemacht, der in den vergangenen Jahren im Bundesjustiz- und Familienministerium vorbereitet wurde. Am 21. Januar 2005 hat der Bundestag in erster Lesung über den Entwurf beraten und den ADG-E im Anschluss an die zuständigen Ausschüsse verwiesen.² Der Bundesrat muss dem Gesetz nicht zu-

¹ Der Entwurf ist als BT-Drucks. 15/4538 abrufbar unter: <http://dip.bundestag.de/btd/15/045/1504538.pdf> (14.2.2005). Soweit die amtliche Begründung zitiert wird, verweist der Beitrag auf die Seitennummerierung der BT-Drucks.

² Das Plenarprotokoll ist abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/bic/plenarprotokolle/plenarprotokolle/15152.html> (14.2.2005). Federführend ist der Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, vor dem am 7.3.2005 eine öffentliche Expertenanhörung stattfand.

stimmen. Das Anti-Diskriminierungsgesetz (ADG) wird voraussichtlich nicht vor Juli diesen Jahres in Kraft treten, möglicherweise erst im Herbst 2005.

Damit steht nach langjährigen und kontroversen³ Verhandlungen offenbar fest, wie sich die Regierungskoalition die Transformation der Richtlinien 2000/43/EG⁴, 2004/113/EG,⁵ 2000/78/EG⁶ und 2002/73/EG⁷ in das deutsche Recht vorstellt. Erstmals soll ein selbständiges Gesetz die Umsetzung der Richtlinien im Zivil-, Arbeits- und Öffentliches Recht sicherstellen.⁸ Das ADG wird durch ein Soldatin-

³ Die öffentliche Debatte ist dabei z.T. von geradezu hysterisch-ablehnenden Beiträgen gekennzeichnet. Selten kommt es zu einer sachlichen Auseinandersetzung. *Canaris*, Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf, JZ 2004, S. 214 (224) stellte im Zusammenhang mit vergleichbarer Pauschalkritik an der Schuldrechtsreform zutreffend fest: „In der Zusammenschau befremdet vor allem die Diskrepanz zwischen dem rhetorischen Anspruch und dem inhaltlichen Ertrag der Ausführungen: Einerseits lässt die exzessive Polemik eine vernichtende Fundamentalkritik ... erwarten, andererseits wird dieser Anspruch argumentativ in keiner Weise eingelöst.“

⁴ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22-26.

⁵ Richtlinie 2004/113/EG vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. Nr. L 373 v. 21.12.2004, S. 37-43. Die Richtlinie basiert auf dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (KOM(2003) 657 endg.). Schon der Vorschlag führte zu einer Reihe kontroverser Stellungnahmen, vgl. *Riesenhuber/Franck*, Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, S. 529; *Pirstner-Ebner*, Neue Gemeinschaftsrechtsentwicklungen im Bereich des Gender Mainstreaming, EuZW 2004, S. 205; *Jahn*, FAZ v. 10.11.2003, S. 11; *Beck*, FAZ v. 6.11.2003, S. 15; *Kafsack*, FAZ v. 4.10.2004, S. 11.

⁶ Richtlinie 2000/78/EG 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.

⁷ Richtlinie 2002/73/EG v. 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. Nr. L 269 v. 5.10.2002, S. 15; dazu *Rust*, Änderungsrichtlinie 2002 zur Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976, NZA 2003, S. 72.

⁸ Zum zivilrechtlichen Teil des ADG-E: *Stork*, Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law, German Law Journal 2/2005, abrufbar unter: <http://www.germanlawjournal.org> (14.2.2005); Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005); *Heinrich*, in: Palandt u.a. (Hrsg.), BGB, 64. Aufl. 2005, Anh nach § 319; *Picker*, Antidiskriminierung und Miete, DWJ 2004, S. 212; *Säcker*, Europäische Diskriminierungsverbote und deutsches Zivilrecht, BB-Special 6/2004, S. 16; *Riesenhuber/Franck*, (Fn. 5), S. 529. Vgl. dazu bereits *Mablmann*, Gleichheitsschutz und Privatautonomie, ZEuS 2002, S. 407; Zum arbeitsrechtlichen Teil des ADG-E: Stellungnahme des DAV (Ausschuss Arbeitsrecht) v. Januar 2005 (10/2005); *Bauer/Thüsing/Schunder*, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, NZA 2005, S. 32; v. *Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner*, Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes: Ein Beitrag zur Kultur der Antidiskriminierung?, NZA 2005, S. 28; *Thüsing*, Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3; *Freckmann*, FAZ v. 29.12.2004, S. 21; *Hermes/Meinel*, Vorboten einer neuen Ära: Das geplante Antidiskriminierungsgesetz, BB 2004, S. 2370; *Schick*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht NZA 2004, S. 873. Zum öffentlich-rechtlichen Teil des ADG-E: *Eichenhofer*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, DVBl. 2004, S. 1078. Zum britischen Recht vgl. *Bell*, A Patchwork of Protection: The New Anti-Discrimination Law Framework, Modern Law Review 2004, S. 465.

nen- und Soldaten-Anti-Diskriminierungsgesetz (SADG) sowie Folgeänderungen in weiteren Gesetzen ergänzt.

Aufbauend auf der (Mit-)Untersuchung⁹ des Autors zum europäischen Anti-Diskriminierungsschutz im Zivilrecht soll in diesem Beitrag der zivilrechtliche Teil des deutschen Umsetzungsentwurfs analysiert werden.¹⁰ Die geplanten Regelungen werden u.a. auf ihre Konformität mit den Bestimmungen der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG sowie auf ihre Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht¹¹ untersucht. Das gilt insbesondere für die erforderliche Beschränkung des Anwendungsbereichs von Diskriminierungsverboten, um Privatleben und Vertragsfreiheit zu schützen. Die bisherigen Vorarbeiten lassen hoffen, dass Deutschland sein Umsetzungsdefizit¹² hinsichtlich der europäischen Anti-Diskriminierungsrichtlinien bald beseitigt. Bereits am 19. Juli 2004 hatte die Europäische Kommission¹³ deswegen ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH eingeleitet.

B. Europäisches Anti-Diskriminierungsrecht

Wie schon der Titel des ADG-E zeigt, kommt die Regierungskoalition mit dem Entwurf europäischen Umsetzungsverpflichtungen nach. Bisher hat die Euro-

⁹ *Schöbener/Stork*, Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht – zur Bedeutung der Vertragsfreiheit und des Rechts auf Privatleben, ZEuS 2004, S. 43, abrufbar unter: <http://www.anti-diskriminierung.info>.

¹⁰ Vgl. dazu auch *Stork*, (Fn. 8).

¹¹ In Bezug auf die von den Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG nicht erwähnten Merkmale „Religion“, „Weltanschauung“, „Behinderung“, „Alter“ und „sexuelle Identität“ haben sich SPD und Bündnis 90/Die Grünen für eine „überschießende Umsetzung“ entschieden, so dass der Prüfungsmaßstab entsprechend variiert. Das „Günstigkeitsprinzip“ nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG erlaubt es den Mitgliedstaaten, Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger sind als die in der Richtlinie vorgesehenen Bestimmungen. Diese müssen sich als „überschießende Richtlinienumsetzung“ dann aber am nationalen Verfassungsrecht messen lassen. Vgl. zum Prüfungsmaßstab von Richtlinien und deren Umsetzungsgesetzen *Schöbener/Stork*, (Fn. 9), S. 47 ff.

¹² Die Richtlinie 2000/43/EG hätte gemäß ihrem Art. 16 bis zum 19.7.2003 umgesetzt werden müssen, die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG ist gemäß ihrem Art. 18 Abs. 1 am 2.12.2003 abgelaufen. Zu den Rechtswirkungen der nicht umgesetzten Richtlinien: *Thüsing*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, S. 3441 ff.; allgemein zu den Folgen fehlender oder fehlerhafter Richtlinien-Umsetzung: *Gstaltmeyer*, Bewehrung von EG-Richtlinien: Sanktionssysteme bei fehlender oder fehlerhafter Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, 1998; *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 249, Rdnr. 101 ff., 125 ff., *Gellermann*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 288, Rdnr. 36 ff.; *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rdnr. 431 ff., 1038 ff.; *Streinz*, Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 394 ff.

¹³ Pressemitteilung (IP/04/947) sowie Hintergrundbericht (MEMO/04/189) v. 19.7.2004. Ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen der fehlenden Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG wurde am 15.12.2004 eingeleitet.

päische Gemeinschaft auf der Grundlage von Art. 13 EGV¹⁴ zwei Rechtsakte mit Bezug zum allgemeinen Zivilrecht erlassen, die Anti-Diskriminierungsrichtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG. Die dritte Richtlinie 2000/78/EG enthält fast nur arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, ebenso wie frühere Richtlinien zur geschlechtsspezifischen Gleichbehandlung.¹⁵

Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG entspricht zunächst jenem der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Sie ergänzt die Richtlinie 2000/78/EG um die dort nicht erwähnten Merkmale „Rasse“ und „ethnische Herkunft“.¹⁶ Darüber hinaus gilt die Richtlinie 2000/43/EG aber auch für den Sozialschutz, einschließlich sozialer Sicherheit und Gesundheitsdienste sowie für soziale Vergünstigungen, Bildung, den Zusammenschluss in privaten Berufsvereinigungen und den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen.¹⁷ Die Richtlinie 2004/113/EG schafft ein Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts im Privatrechtsverkehr, nimmt aber ausdrücklich Bildung, Beschäftigung und Beruf sowie Medien- und Werbeeinhalte von ihrem Anwendungsbereich aus.¹⁸ Sie enthält in ihrem Art. 5 ein besonderes Diskriminierungsverbot für den Versicherungsbereich.

Die für das Zivilrecht zentrale Bestimmung sollte zunächst fast wortgleich in den Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG enthalten sein. Art. 3 Abs. 1 lit. h und

¹⁴ Art. 13 Abs. 1 EGV lautet: „Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“

¹⁵ Die Richtlinie 2000/78/EG erfasst Ungleichbehandlungen aufgrund von Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung nur auf dem Gebiet der Beschäftigung und des Berufslebens. Soweit sie die Mitwirkung und Mitgliedschaft in privatrechtlichen Berufsorganisationen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. d regelt, betrifft sie jedoch auch das allgemeine Zivilrecht.

¹⁶ Art. 3 Abs. 1 lit. a-d der Richtlinie 2000/43/EG betrifft daher gleichfalls die Bekämpfung von Diskriminierungen beim Zugang zur Beschäftigung und beruflichen Bildung, bei den Beschäftigungsbedingungen sowie bei der Mitgliedschaft und Mitwirkung in Organisationen mit Bezug auf die Beschäftigung.

¹⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. e-h der Richtlinie 2000/43/EG. Der unterschiedliche Anwendungsbereich führt im Ergebnis zu einem deutlich höheren Schutz vor rassistischer und ethnischer Diskriminierung. Durch den Vorschlag für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657), erfährt auch der Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eine signifikante Aufwertung. Eine „Hierarchie“ (*Waddington*, *Throwing Some Light on Article 13 EC Treaty*, MJ 6 (1999), S. 1 [3]) innerhalb der Diskriminierungsgründe ist daher nicht von der Hand zu weisen. Sie ist Folge des in Art. 13 Abs. 1 EGV eingeräumten Ermessens und der Tatsache, dass die Schaffung des Art. 13 EGV insbesondere auf den seit den 70er Jahren von den Gemeinschaftsorganen geführten Kampf gegen den Rassismus zurückzuführen ist, vgl. *Stalder*, *Spannungsfelder und Perspektiven der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie*, JRP 2002, S. 227 (229). Vgl. zur sog. „Gleichbehandlungshierarchie“ die gleichnamige Tabelle (abrufbar über: <http://www.anti-diskriminierung.info>), in der die Diskriminierungsverbote und ihr jeweiliger Geltungsbereich gemäß den Richtlinien aufgelistet sind.

¹⁸ Art. 3 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2004/113/EG.

Art. 1 Abs. 2 des Vorschlags der Kommission vom 5. November 2003 für die Richtlinie 2004/113/EG lauteten:

„Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt die Richtlinie für alle Personen [...] in Bezug auf: [...] h) den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.“

Die Bereitstellung von Wohnraum ist eigentlich vom Begriff der „Dienstleistung“ umfasst, wurde von der Kommission¹⁹ aber zur Klarstellung in die Richtlinie 2000/43/EG aufgenommen. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG, die Nachfolgevorschrift des gerade erwähnten Art. 1 Abs. 1 des Vorschlags für die Richtlinie 2004/113/EG, enthält diesen Zusatz nicht mehr. Darüber hinaus hat der Rat Art. 3 Abs. 1 um weitere Passagen ergänzt, um den Schutz des Privatlebens und der Vertragsfreiheit sicherzustellen.²⁰

Im europäischen Ministerrat ist am 4. Oktober 2004 bei Stimmenthaltung der deutschen Delegation eine politische Einigung über den Vorschlag der Kommission zustande gekommen.²¹ Die Richtlinie 2004/113/EG wurde daraufhin am 13. Dezember 2004 vom Rat angenommen und im Amtsblatt veröffentlicht. Mit der Annahme des Vorschlags waren jedoch im Vergleich zum ursprünglichen Vorschlag der Kommission wichtige inhaltliche Einschränkungen verbunden: Zum einen bleiben gemäß Art. 5 der Richtlinie 2004/113/EG unterschiedliche Versicherungstarife auch künftig erlaubt, wenn sie auf relevanten statistischen Daten beruhen. Zum anderen wird in Art. 3 Abs. 1 und 2 klargestellt, dass nicht jeder private Anbieter von Gütern und Dienstleistungen das Diskriminierungsverbot beachten muss. Letztgenannte Einschränkung basiert auf einem deutschen Vorschlag, der Ideen aus dem nationalen Gesetzgebungsverfahren nach Brüssel transferierte: Die deutsche Delegation schlug vor, dass das europarechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts nur für Güter und Dienstleistungen gelten solle, „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und die regelmäßig in einer Vielzahl von Fällen zu gleichen Bedingungen ohne Ansehen der Person zustande kommen.“²² Damit waren die sogenannten „Massengeschäfte“ gemeint. Das Konzept der Beschränkung des Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote durch das Erfordernis eines „Massengeschäfts“ ist erstmals in § 319d Abs. 1 BGB n.F. des inoffiziellen Regierungsentwurfs (ZADG-E)²³ vom Mai 2004 enthalten. § 20 Abs. 1 Nr. 1 des aktuellen ADG-E führt es fort.²⁴

¹⁹ KOM(2000) 328, S. 2.

²⁰ Vgl. dazu im Einzelnen die folgenden Ausführungen.

²¹ Presseerklärung 12400/04 (Presse 264) v. 4.10.2004; Ratsdokument 13137/04 + ADD 1 v. 6.10.2004.

²² Vgl. Ratsdokument 12841/04 v. 30.9.2004, S. 16. Die englische Fassung lautet: „... *goods and services which are available to the public, and which are typically made available in many cases under the same conditions irrespective of the person concerned*...“.

Der deutsche Vorschlag konnte sich im Rat jedoch nur teilweise durchsetzen.²⁵ Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG sieht ein Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts nunmehr für solche Güter und Dienstleistungen vor,

„die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, und die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Unternehmungen angeboten werden.“²⁶

Art. 3 Abs. 2 setzt hinzu:

„Diese Richtlinie berührt nicht die freie Wahl des Vertragspartners durch eine Person, solange diese ihre Wahl nicht vom Geschlecht des Vertragspartners abhängig macht.“

Diesen Passus hätte der Rat ruhigen Gewissens unberücksichtigt lassen können, hat er doch nicht mehr als deklaratorische Bedeutung im Sinne von „die Vertragsfreiheit gilt unbeschränkt, soweit die vorliegende Richtlinie sie nicht beschränkt“. Damit ist wenig gewonnen.

Durch die Einbeziehung von Privatpersonen bei Geschäften über Güter und Dienstleistungen erfassen die gemeinschaftsrechtlichen Anti-Diskriminierungsmaßnahmen im Ergebnis jedenfalls Verträge des allgemeinen Zivilrechts. Damit wird der Gleichbehandlungsgrundsatz im Hinblick auf Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht im Privatrechtsverkehr unmittelbar zur Pflicht gemacht. Auf die Bedeutung des unterschiedlichen Wortlauts der Diskriminierungsverbote wird noch einzugehen sein.²⁷

²³ Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht - ZADG-E 2004) v. 6.5.2004.

²⁴ Vgl. dazu noch C.I.4.

²⁵ Der Vorschlag wurde von den anderen Delegationen in dieser Form nicht akzeptiert. Sie hielten zunächst die Überarbeitung des 11. (jetzt 13.) Erwägungsgrundes für ausreichend. Die Formulierung wurde später in den zweiten Halbsatz des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG übernommen, vgl. dazu die nachfolgende Fußnote. Die diesbezügliche Reserviertheit der übrigen Mitgliedstaaten überrascht nicht, wenn man bedenkt, dass der Schutz des Privatlebens und insbesondere der Vertragsfreiheit des Diskriminierenden fast nur im deutschsprachigen Schrifttum diskutiert wurde. Dies wird durch eine Untersuchung der Kommission bestätigt: Europäische Kommission (Hrsg.), *Critical Review of Academic Literature Relating to the EU Directives to Combat Discrimination*, 2004, S. 6 (15 f.).

²⁶ In der englischen Fassung: *“...goods and services which are available to the public irrespective of the person concerned...and which are offered outside the area of private and family life and the transactions carried out in this context”*. Während der erste Teil auf die Einwände der deutschen Delegation zurückgeht, entspricht der zweite Teil des Art. 2a Abs. 1 des Vorschlags für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657), dem (ebenfalls veränderten) Text des 11. Erwägungsgrundes.

²⁷ Vgl. dazu C.I.3. und 4.

C. Analyse des ADG-E

Der ADG-E vom 15. Dezember 2004 besteht aus sieben Abschnitten. Er ist nach dem DiskE 2001/2002²⁸ und dem ZADG-E 2004 der dritte Versuch der Bundesregierung, die europäischen Vorgaben im Zivilrecht umzusetzen. Er enthält einen Allgemeinen Teil (Abschnitt 1, §§ 1-5), Regeln über den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung (Abschnitt 2, §§ 6-19), Regeln über den Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (Abschnitt 3, §§ 20-22), Rechtsschutzbestimmungen (Abschnitt 4, §§ 23-24), Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (Abschnitt 5, § 25), Regeln über die Einsetzung einer Anti-Diskriminierungsstelle (Abschnitt 6, §§ 26-31) sowie Schlussvorschriften (Abschnitt 7, §§ 32-34).

Gegenstand dieses Beitrags sind die §§ 1 bis 5 sowie 19 bis 24 ADG-E (zivilrechtlicher Teil des ADG-E).

I. Benachteiligungsverbote

Der zivilrechtliche Teil des ADG-E enthält eine Anzahl von Benachteiligungsverboten in unterschiedlichen Bereichen, die auf die in § 1 ADG-E genannten Merkmale Bezug nehmen.

1. Ziel und Schutzintensität

§ 1 ADG-E definiert als

„Ziel des Gesetzes [...], Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“

§ 2 ADG-E umschreibt sodann den grundsätzlichen Anwendungsbereich und erklärt Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund für unzulässig.

Die in § 1 ADG-E enthaltene Zielbestimmung und die daran anknüpfende Normierung von Benachteiligungsverboten in den §§ 2, 7 und 20 ADG-E ist aus rechtstechnischer Sicht zu begrüßen. Im Gegensatz dazu definieren die europäischen Anti-Diskriminierungsrichtlinien das Verbot der Diskriminierung als Gegenstück

²⁸ Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht v. 10.12.2001 (DiskE 2001) sowie Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht v. 17.2.2002 - Überarbeitung auf Grund der Besprechungen und Stellungnahmen (DiskE 2002).

zum Gleichbehandlungsgrundsatz.²⁹ Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot sind aus dortiger Sicht die Kehrseiten ein- und desselben Prinzips. Diese Regelungstechnik, ein Verbot in Form eines Grundsatzes oder einer Begriffsbestimmung zu normieren, ist in der europäischen Rechtsetzung nicht unüblich.³⁰ Gleichwohl ist es vorzugswürdig, ein Verbot direkt auszusprechen. Denn wenn ein Verbot nicht als Tatbestand, sondern als Begriffsbestimmung im Hinblick auf einen Grundsatz formuliert wird, können nachfolgende Vorschriften über die Rechtsfolgen daran nicht begrifflich klar anknüpfen.³¹

Im Gegensatz zum Arbeitsrecht wird im Zivilrecht ein abgestufter Schutz geschaffen, der im Ergebnis zu einer „Gleichbehandlungshierarchie“ führt. Dieser wird vom europäischen Diskriminierungsrecht vorgegeben, das nur Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht im Privatrechtsverkehr schützen will. Die Schutzintensität innerhalb dieser drei Merkmale ist ebenfalls unterschiedlich. Dem trägt der deutsche Gesetzgeber mit differenzierten Vorschriften Rechnung, die im Hinblick auf die einzelnen Diskriminierungsmerkmale unterschiedliche Anwendungsbereiche vorsehen (§ 20 ADG-E). Die Aufnahme der Merkmale Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität ins Zivilrecht ist europarechtlich nicht geboten.

2. Diskriminierungsmerkmale

Unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen eines in § 1 ADG-E genannten Merkmals bei einer Person ist immer dann eine Diskriminierung gegeben, wenn der Diskriminierende das die Benachteiligung begründende Merkmal nur annimmt, voraussetzt oder vermutet.³² Ein diskriminierendes Verhalten ist nicht deshalb zu privilegieren, weil das Merkmal nur in der Vorstellung des Täters erfüllt ist.

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 20 ADG-E berücksichtigt diese Maßgabe jedoch weder im Gesetzestext noch in seiner Begründung, sieht man einmal von der rassistischen sowie der religiösen und weltanschaulichen Diskriminierung ab.³³ Dies muss sich ändern, soll auch der zivilrechtliche Abschnitt 3 richt-

²⁹ „Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet Gleichbehandlungsgrundsatz, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft geben darf“, vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG. Ähnlich Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG.

³⁰ Vgl. z.B. zum Verbot der irreführenden Werbung Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 84/450/EWG vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. Nr. L 250 v. 19.9.1984, S. 17.

³¹ *Riesenhuber/Franck*, (Fn. 5), S. 531.

³² KOM(1999) 566, S. 7; *Schiek*, in: Bündnis 90/Die Grünen (Hrsg.), *Zivilrechtliches Antidiskriminierungsgesetz*, Dokumentation der Anhörung vom 27. Mai 2003, S. 21 (29 f.).

³³ Vgl. BT-Drucks. 15/4538, S. 28, 42.

linienkonform erlassen werden. Vorbild könnte das arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot gemäß § 7 ADG-E sein. Dessen Abs. 1, 2. Halbsatz, bestimmt ausdrücklich, dass das Benachteiligungsverbot auch dann gilt, wenn die benachteiligende Person das Vorliegen eines verbotenen Unterscheidungsmerkmals nur annimmt. Er berücksichtigt damit zutreffend und richtlinienkonform den Umstand, dass Menschen oft bestimmte Eigenschaften oder Verhaltensweisen zugeschrieben werden, z.B. allein aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes.

a) Rasse und ethnische Herkunft

Die Diskriminierungstatbestände „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ sind von der Richtlinie 2000/43/EG vorgegeben. Diese auch in Artikel 13 Abs. 1 EGV erwähnten Merkmale sind in einem umfassenden Sinne zu verstehen, denn sie sollen einen möglichst lückenlosen Schutz vor Benachteiligung gewährleisten.³⁴ Eine weite Auslegung der Differenzierungskriterien entspricht dem grundsätzlichen Normsinn des Art. 13 EGV.³⁵ Auch der EuGH³⁶ hat sich in der Vergangenheit in Bezug auf das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ schon für eine weite Begriffsauslegung ausgesprochen.

aa) Rasse

Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ ist nicht unproblematisch und sowohl bei der Erarbeitung der Richtlinie 2000/43/EG als auch im Rahmen des deutschen Umsetzungsvorhabens intensiv diskutiert worden. Die Gemeinschaft und der deutsche Gesetzgeber haben an dem Begriff letztlich festgehalten, weil „Rasse“ den sprachlichen Anknüpfungspunkt zum „Rassismus“ bildet und die hiermit verbundene Signalwirkung – die konsequente Bekämpfung rassistischer Tendenzen – genutzt werden soll.³⁷ Der Begriff ist nicht nur in verschiedenen europäischen Rechtstexten enthalten, sondern auch in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes. Zutreffend weist der sechste Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/43/EG aber Theorien zurück, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen: Die Verwendung des Begriffs Rasse bedeute keinesfalls die Akzeptanz solcher Vorstellungen. Damit wird allen biologischen Rassedefinitionen eine Absage erteilt. Will man rassistische Diskriminierung gleichwohl mit Mitteln des Rechts bekämpfen, muss der Begriff rechtlich fassbar gemacht werden.

³⁴ BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

³⁵ Meyer, Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht, 2002, S. 52.

³⁶ EuGH, Rs. 13/94, Slg. 1996, I-2143, Rdnr. 20 f. (*P u. S/Cornwall City Council*).

³⁷ BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

Hier setzt der sozialwissenschaftliche Rassebegriff an: Danach handelt es sich bei einer Rasse um eine Menschengruppe, die auf der Grundlage bestimmter, als unabänderlich und angeboren empfundener Merkmale von Außenstehenden als anders wahrgenommen wird.³⁸ Entscheidend für die Bestimmung des Begriffs „Rasse“ ist das subjektive Empfinden, das sich auf alle Elemente des sozialwissenschaftlichen Rassebegriffs bezieht, auf das Begriffselement „Gruppe“ ebenso wie auf die (angeblich) unveränderlichen spezifischen Merkmale. Die Rasse eines Menschen wird damit von anderen Menschen bestimmt, der Rassist wird gleichsam zum Schöpfer der Rasse.³⁹ Weil die Andersartigkeit nur im Kopf des Täters besteht, muss die Zuschreibung bzw. Behauptung einer anderen Rasse ausreichen.⁴⁰

Die gruppenbildenden Merkmale müssen von Außenstehenden als genetisch fixiert empfunden werden. Die Beständigkeit der Gruppe muss sich also auf biologische Merkmale zurückführen lassen. Ob die Merkmale und ihre Angeborenheit bzw. Unveränderlichkeit tatsächlich vorliegen, spielt keine Rolle.⁴¹ Nach Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung⁴² (RDÜ) umfasst der Begriff „Rasse“ nicht nur eine (vermeintliche) Rassezugehörigkeit, sondern auch Hautfarbe, Abstammung, nationalen Ursprung oder Volkstum. Sprache ist nicht umfasst,⁴³ kann jedoch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft darstellen. Weitere äußerlich erkennbare Eigenschaften, die subjektiv als „Rassemerkmale“ empfunden werden können, sind insbesondere auch Morphologie von Körper und Gesicht, Pigmentierung, Größe des Schädels, Krümmung des Rückens, Art der Bewegung usw. Als „Rassemerkmale“ kommen zudem ebenso willkürliche, soziale und subjektive Kriterien wie kulturelle, geistig-seelische oder religiöse Eigenschaften in Frage, sofern sie in den

³⁸ Ähnlich und ausführlich dazu *Göksu*, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, 2003, Rdnr. 21 ff.; *Fredrickson*, Rassismus, 2004, S. 8; so bereits *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, S. 13 ff.; vgl. auch *Rädler*, Verfahrensmodelle zum Schutz vor Rassendiskriminierung, 1999, S. 4 ff. Ähnlich für das deutsche Verfassungsrecht *Osterlob*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 3. Aufl. 2002, Art. 3, Rdnr. 293; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm., 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rdnr. 114.

³⁹ So auch die Begründung zum ZADG-E 2004, S. 80.

⁴⁰ *Schiek*, Diskriminierung wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“ - Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, AuR 2003, S. 44 (45); *Schiek*, in: Loenen/Rodrigues (Hrsg.), Non-discrimination Law: Comparative Perspectives, 1999, S. 77 (79); *Göksu*, (Fn. 38), Rdnr. 35.

⁴¹ *Göksu*, (Fn. 38), Rdnr. 29.

⁴² Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3. 1966 (BGBl. 1969 II, 962; UNTS Vol. 660, 195); vgl. dazu *Meron*, The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, AJIL 79 (1985), S. 283 ff.; *van Boven*, in: Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, 1999, S. 9 ff.; *Brinkmeier*, in: Klein (Hrsg.), Rassische Diskriminierung - Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten, 2002, S. 81 (86 f.).

⁴³ Das Merkmal Sprache wurde nicht in Art. 1 Abs. 1 des RDÜ aufgenommen. Art. 21 der Europäischen Grundrechte-Charta nennt „Sprache“ als eigenen Diskriminierungstatbestand unabhängig von „Rasse“ und „ethnischer Herkunft“.

Augen des Betrachters einen minimalen Bezug zur Biologie haben. Maßgebend ist allein das subjektive Empfinden des Außenstehenden, dass die betreffenden Eigenschaften irgendwie vererbt werden und gruppenspezifisch sind.⁴⁴

bb) Ethnische Herkunft

Auch das Merkmal „ethnische Herkunft“ ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Die ethnische Herkunft bezieht sich auf die ursprüngliche und fortdauernde Zugehörigkeit zu einer durch bestimmte physiologische oder kulturelle Merkmale gekennzeichneten Menschengruppe.⁴⁵ Derartige soziale Gruppen, die kulturell, sozial, historisch und genetisch eine Einheit bilden, werden als Ethnien, Volksgruppen, Stämme oder Völker bezeichnet. Merkmale sind insbesondere eine eigene Sprache, Geschichte, Kultur, eigene Institutionen, ein bestimmter Siedlungsraum, möglicherweise auch eine gemeinsame Religion sowie das Bewusstsein der Einheit und Zusammengehörigkeit.⁴⁶ Nach Ansicht der Regierungskoalition⁴⁷ umfasst der Begriff auch Kriterien wie sie das RDÜ nennt: Benachteiligungen auf Grund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums (im Sinne des ethnischen Ursprungs). Neben z.B. Roma und Sorben können nach diesen Grundsätzen auch Friesen und Dänen als ethnische Gruppe angesehen werden.⁴⁸ Eingebürgerte Personen aus anderen Staaten werden i.d.R. eine andere ethnische Herkunft haben, Bayern, Sachsen, Schwaben oder Düsseldorf dagegen nicht.⁴⁹

Es ist zu erwarten, dass der Begriff „ethnische Herkunft“ größere Bedeutung als der der Rasse erlangen wird, weil er weiter gefasst ist und keine negative Konnotation beinhaltet.

cc) Abgrenzung zu Staatsangehörigkeit und Religion

Teilweise schwierig ist die Abgrenzung von Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit bzw. der Religion und rassistischen bzw. ethnischen Diskriminierungen. Ein Diskriminierungsverbot besteht dann, wenn nur scheinbar auf die

⁴⁴ Göksu, (Fn. 38), Rdnr. 29.

⁴⁵ Brockhaus, 8. Band, 17. Aufl. 1969.

⁴⁶ Brockhaus, 6. Band, 20. Aufl. 1996.

⁴⁷ BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

⁴⁸ Diese Volksgruppen sind in Deutschland als ethnische Minderheiten i.S.d. völkerrechtlichen Vereinbarungen zum Minderheitenschutz anerkannt, vgl. Erklärung der Bundesrepublik Deutschland bei der Zeichnung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten am 11.5.1995, BT-Drucks. 13/6912, S. 18.

⁴⁹ Unzutreffend *Heinrich*, in: Palandt u.a. (Hrsg.), BGB, 64. Aufl. 2005, Anh nach § 319, Rdnr. 11.

Staatsangehörigkeit oder Religion abgestellt wird, in der Sache aber an die Rasse bzw. ethnische Zugehörigkeit angeknüpft wird.⁵⁰

Die Richtlinie 2000/43/EG betrifft gemäß ihrem Art. 1 nur die Tatbestände Rasse und ethnische Herkunft. Sie lässt die unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 3 Abs. 2 unberührt.⁵¹ Der ADG-E will davon offenbar nicht abweichen.⁵² Werden „Türken“ oder „Ausländer“ benachteiligt, folgt daraus trotzdem nicht die Zulässigkeit einer Benachteiligung (auch wenn die Begründung lautet, man habe ja nur nach der Staatsangehörigkeit differenziert). Testfrage muss hier jeweils sein, ob die Einbürgerung des Betroffenen die Sachlage ändern würde. Abzustellen ist auf das Verständnis eines durchschnittlichen, objektiven Beobachters.

Eine (mittelbare) Rassendiskriminierung kann auch im Falle der Religion vorliegen, wenn die Anknüpfung an die Religionszugehörigkeit nur als Vorwand missbraucht wird, um eigene rassistische Vorstellungen durchzusetzen.⁵³ Dies wird dann der Fall sein, wenn – ähnlich wie bei der Testfrage zur Staatsangehörigkeit – eine etwaige Konvertierung keine Auswirkungen auf die Sachlage hätte, die Diskriminierung also aufrechterhalten würde. Davon ist insbesondere bei der jüdischen Gemeinschaft auszugehen: Die Diskriminierung jüdischer Mitbürger erfolgt in der Regel aufgrund ihrer subjektiven Zuordnung zu einer Rasse und nicht wegen deren religiöser Überzeugung.⁵⁴ Man kann daher von einer Indizwirkung für eine rassistische Diskriminierung ausgehen, sofern dem Diskriminierenden die jüdische Religionszugehörigkeit bekannt und dies der Grund für die Benachteiligung ist. Er müsste in diesem Fall nachweisen, dass die Ungleichbehandlung allein aufgrund religiöser Vorbehalte erfolgte, unterläge dann jedoch ebenfalls einem Diskriminierungsverbot, wenn auch in abgeschwächter Form.⁵⁵

Ob eine Diskriminierung aufgrund eines bestimmten Merkmals festgestellt werden kann, ist damit nicht zuletzt eine Frage der Beweisverteilung. Das Anti-Dis-

⁵⁰ BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

⁵¹ A.A. *Nickel*, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, S. 2668 (2670), der argumentiert, dass die Vorschrift lediglich der Sicherung nationalstaatlicher Souveränität im Umgang mit Drittstaatsangehörigen diene und daher nur hoheitliche Handlungen erfasse. Diese Ansicht ist jedoch ausschließlich ergebnisorientiert und findet weder eine Stütze in der Richtlinie selbst noch in deren Vorschlagsbegründung.

⁵² Die BT-Drucks. 15/4538, S. 28 verweist zur Deutung des Begriffs Rasse auf *Göksu*, (Fn. 38). Auch dieser grenzt den Begriff zur Staatsangehörigkeit ab, vgl. *Göksu*, (Fn. 38), Rdnr. 44 ff.

⁵³ Ebenso *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, S. 57 (64); vgl. dazu Kölner Stadt-Anzeiger v. 11.9.2004, S. 26, „Mit Kopftuch keine Wohnung“.

⁵⁴ *Göksu*, (Fn. 38), Rdnr. 51; *Fredrickson*, (Fn. 38), S. 83.

⁵⁵ Vgl. zur unterschiedlichen Schutzintensität bei den verschiedenen Merkmalen bereits C.I.1.

kriminierungsrecht begünstigt dabei den Betroffenen durch eine Absenkung des Beweismaßes und eine sich daran anschließende Umkehr der Beweislast.⁵⁶

b) Geschlecht

Das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts folgt aus der Richtlinie 2004/113/EG. Der Begriff „Geschlecht“ umfasst nicht nur Männer und Frauen im natürlichen Sinne, sondern auch Transsexuelle⁵⁷ (Geschlechtsumwandlung) und Hermaphroditen (Zwitter).⁵⁸ Nicht erfasst werden Diskriminierungen, die auf der sexuellen Orientierung bzw. Ausrichtung einer Person basieren.⁵⁹ Abgrenzungsschwierigkeiten können sich im Einzelfall zwar ergeben, stellen aber kein Problem dar, weil beide Diskriminierungsarten gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E ein vergleichbares Schutzniveau haben. Auch bei der Geschlechterdiskriminierung ist es erforderlich, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Geschlechtszugehörigkeit eine Diskriminierung bereits dann anzunehmen, wenn der Betroffene aufgrund zugeschriebener Merkmale benachteiligt wird.⁶⁰

c) Behinderung

Die Aufnahme des Merkmals „Behinderung“ in den Gesetzentwurf ist europarechtlich nicht geboten. Die Regierungskoalition⁶¹ möchte zur Auslegung des Begriffs auf § 2 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) bzw. auf § 3 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen (BGG) zurückgreifen. Nach den insoweit übereinstimmenden Vorschriften sind Menschen behindert,

„wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.“

⁵⁶ Vgl. dazu noch C.VI.

⁵⁷ EuGH, Rs. 13/94, Slg. 1996, I-2143, Rdnr. 20 f. (*P u. S/Cornwall City Council*).

⁵⁸ A.A. BT-Drucks. 15/4538, S. 28: Die Begründung zum ADG-E will vielmehr beide Varianten unter den Begriff der „sexuellen Identität“ fassen. Dies widerspricht zwar dem europäischen Recht, ist jedoch insoweit egal, als beide Merkmale (Geschlecht und sexuelle Identität) einen vergleichbaren Schutz genießen.

⁵⁹ EuGH, Rs. 249/96, Slg. 1998, I-621, Rdnr. 47 (*Grant/South West Trains*); zur Abgrenzung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts (Transsexuelle) zu solchen aufgrund sexueller Orientierung vgl. auch den Schlussantrag GA Colomer, Rs. 117/01, Rdnr. 73 (*K.B./The National Health Service Pensions Agency u. Secretary of State for Health*), abrufbar unter: <http://www.curia.eu.int> (Zugriffsdatum: 14.2.2005).

⁶⁰ *Schiek*, in: Loenen/Rodrigues (Hrsg.), (Fn. 40), S. 80.

⁶¹ BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

Die Koalition geht davon aus, dass mit diesem sozialrechtlich entwickelten Begriff auch im Zivilrecht die meisten Sachverhalte der Diskriminierung Behinderter ohne Schwierigkeiten erfasst würden.⁶² Eine ähnliche Definition enthält § 2 des Entwurfs eines BehGleichstG des Forums behinderter Juristinnen und Juristen. Eine Anknüpfung an den sozialrechtlichen Behinderungsbegriff liegt jedenfalls nahe. Sie dient der Einheit der Rechtsordnung und bietet aufgrund der bisherigen Erfahrungen hinreichende Rechtssicherheit. Trotzdem sind diskriminierungsrechtliche Besonderheiten und europäische Entwicklungen zu berücksichtigen.

In europäischer Hinsicht ist der Gesetzgeber mangels Richtlinienbindung bisher frei in seiner Entscheidung, wie er den Begriff der „Behinderung“ im Zivilrechtsverkehr definiert. Es ist jedoch zu erwarten, dass in naher Zukunft eine auf Art. 13 Abs. 1 EGV gestützte Richtlinie ein einschlägiges Diskriminierungsverbot ausspricht, so dass der Begriff dann gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sein wird. Ein europarechtliches Begriffsverständnis hat sich bislang noch nicht herausgebildet, vielmehr gibt es unterschiedliche Definitionen der Behinderung in den Mitgliedstaaten der EU.⁶³ Insoweit ist anzunehmen, dass sich der Gemeinschaftsgesetzgeber an mitgliedstaatlichen Kategorien orientiert und damit im Grundsatz die auch im Brockhaus⁶⁴ gegebene Definition, die dem deutschen sozialrechtlichen Behinderungsbegriff weitestgehend entspricht, als allgemeinverbindlichen Ausgangspunkt akzeptieren wird.

Auch für ein zivilrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund der Behinderung muss deren Zuschreibung ausreichen.⁶⁵ Unabhängig vom tatsächlichen Vorhandensein der jeweiligen Beeinträchtigung liegt daher bereits dann eine Diskriminierung vor, wenn der Diskriminierende die Behinderung nur annimmt bzw. voraussetzt oder vermutet. Zutreffend wird angeführt, auch jemand, der ohne Funktionsbeeinträchtigung visuell entstellt sei, müsse mit Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr rechnen.⁶⁶

⁶² BT-Drucks. 15/4538, S. 28. Einen Überblick über den privatrechtlichen Status von körperbehinderten Menschen gibt *Neuner*, Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, NJW 2000, S. 1822 ff.

⁶³ *Waddington*, Disability, Employment and European Community, 1995, S. 139; zu den internationalen Vorgaben des Behindertenschutzes vgl. *Neuner*, (Fn. 62), S. 1824.

⁶⁴ Brockhaus, 1. Band, 20. Aufl. 1996: „Als Behinderte werden Menschen aller Altersgruppen bezeichnet, die von den Auswirkungen einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung betroffen sind, wenn diese auf einem körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht, der von dem für das jeweilige Lebensalter typischen Zustand abweicht.“ Ebenso BVerfGE 96, 288 (301).

⁶⁵ *Neuner*, (Fn. 53); *Schick*, (Fn. 32), S. 29 f.

⁶⁶ *Neuner*, (Fn. 53).

d) Religion und Weltanschauung

Die Aufnahme der Merkmale „Religion“ und „Weltanschauung“ in den Gesetzentwurf ist europarechtlich nicht geboten. Formal lässt sich Religion beschreiben als ein (Glaubens-)System, das in Lehre, Praxis und Gemeinschaftsform die „letzten“ (Sinn-)Fragen menschlicher Gesellschaft und Individuen aufgreift und zu beantworten versucht.⁶⁷ Der Begriff „Weltanschauung“ dient heute als Sammelbezeichnung für alle religiösen, ideologischen, politischen, u.a. Leitauffassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standorts für das individuelle Lebensverständnis. Die Weltanschauung beinhaltet die persönliche Überzeugung von der Grundstruktur, Modalität und Funktion des Weltganzen.⁶⁸ Weil „Weltanschauung“ mit „Religion“ in einem Atemzug genannt wird, liegt es jedoch nahe, den Begriff nicht allzu weit zu interpretieren, sondern den Schutz auf der Religion „vergleichbare philosophische Überzeugungen“ zu beschränken.⁶⁹

Auch bei religiöser bzw. weltanschaulicher Diskriminierung ist es erforderlich, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Glaubenszugehörigkeit eine Diskriminierung bereits dann anzunehmen, wenn der Betroffene nur aufgrund einer angenommenen, aber nicht tatsächlich vorhandenen Zugehörigkeit benachteiligt wird. Eine Diskriminierung aufgrund der Religion kann daher z.B. bereits dann vorliegen, wenn aus dem Tragen eines Kopftuchs auf eine (tatsächlich nicht bestehende) Zugehörigkeit zum Islam geschlossen wird und daran benachteiligende Rechtsfolgen geknüpft werden.

Umgekehrt ist der Schutzbereich von Religion und Weltanschauung entsprechend ihrem Charakter als persönliche Überzeugung auch aus Sicht des Betroffenen subjektiv zu bestimmen. Dieser legt für sich selbst fest, was seine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung ausmacht. In diesem Sinne kann auch eine höchst individuelle, rein subjektive Glaubensüberzeugung ein religiös motiviertes Gebot darstellen und in den Schutzbereich des Diskriminierungsverbots fallen. Ob es sich dann, wie es z.B. im Falle des Kopftuchs diskutiert wird, um ein verbindliches Gebot einer Glaubensgemeinschaft handelt, ist ohne Belang. Im Ergebnis kommt es nach diesen Grundsätzen also auch dann zu einer Diskriminierung, wenn der Diskriminierende nur an das bloße Tragen eines Kopftuchs benachteiligende Rechtsfolgen knüpft, ohne sich dabei Gedanken über die Religionszugehörigkeit des Betroffenen zu machen, soweit dieser die Kopfbedeckung als Ausdruck seines persönlichen Glaubens bzw. seiner Weltanschauung empfindet.

⁶⁷ Brockhaus, 18. Band, 20. Aufl. 1998.

⁶⁸ Brockhaus, 24. Band, 20. Aufl. 1999.

⁶⁹ Ebenso Section 2 (1) der englischen Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003; vgl. dazu *Bell*, *Modern Law Review* 2004, S. 465 (468). Ebenso *Thüsing*, (Fn. 8), S. 11.

Teilweise schwierig gestaltet sich die Abgrenzung zur rassischen bzw. ethnischen Diskriminierung.⁷⁰ Zur letzteren kommt es zumindest mittelbar, wenn die Anknüpfung an die Religion nur als Vorwand missbraucht wird, um eigene rassistische Vorstellungen durchzusetzen.⁷¹

e) Alter

Die Aufnahme des Merkmals „Alter“ in den Gesetzentwurf ist europarechtlich nicht geboten. Beim Menschen unterscheidet man Altersstufen, d.h. bestimmte Lebensabschnitte, die sich aus dem Wachstumsstand eines Organismus erkennen lassen.⁷² Unter „Alter“ wird dabei oftmals nur der letzte Lebensabschnitt vor dem Greisenalter verstanden. Das Verbot der Altersdiskriminierung ist jedoch in einem umfassenderen Sinne zu verstehen: Jedes rechtserhebliche Verhalten, das an das konkrete Lebensalter der betroffenen Person mit dem Zweck der Unterscheidung anknüpft, ist tatbestandlich eine Diskriminierung, egal ob es sich auf die Jugend oder das fortgeschrittene Lebensalter bezieht.⁷³ Senioren gehören daher ebenso wie Kinder und Menschen aller sonstigen Altersstufen zum geschützten Personenkreis.

Wiederum genügt es, wenn der Diskriminierende seinem Gegenüber ein bestimmtes Alter zuschreibt und deshalb nicht mit ihm in Geschäftsbeziehungen tritt oder sie diskriminierend ausgestaltet.

f) Sexuelle Identität

Die Aufnahme des Merkmals „sexuelle Identität“ in den Gesetzentwurf ist europarechtlich nicht geboten. Der Begriff meint nicht die sexuelle Identität im Sinne von Transsexualismus,⁷⁴ sondern die sexuelle Orientierung einer Person, d.h. Hetero-, Homo- oder Bisexualität.⁷⁵ Deshalb wäre der in Art. 13 Abs. 1 EGV verwandte Begriff der „sexuellen Ausrichtung“ vielleicht zutreffender. Eine Ungleichbehandlung aus Gründen einer Geschlechtsumwandlung fällt aufgrund des engen

⁷⁰ Ebenso wie Rassismus führt auch religiöse und kulturelle Intoleranz zur Ablehnung vermeintlich Andersartiger. Anders als beim Rassismus wird die Differenz aber nicht als unveränderbar empfunden. Durch Konvertierung oder die Annahme einer anderen kulturellen Identität ist es möglich, die Intoleranz aufzulösen. Vgl. *Fredrickson*, (Fn. 38), S. 34.

⁷¹ Vgl. oben C.I.2.a)cc).

⁷² Brockhaus, 1. Band, 20. Aufl. 1996.

⁷³ BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

⁷⁴ A.A. BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

⁷⁵ Auch Section 2 (1) der englischen *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003* definiert „sexuelle Orientierung“ als *“a sexual orientation towards (a) persons of the same sex; (b) persons of the opposite sex; or (c) persons of the same sex and of the opposite sex”*.

Zusammenhangs unter das geschlechtsbezogene Diskriminierungsverbot.⁷⁶ Die sexuelle Identität einer Person darf jedoch nicht zu einem Eingriff in fremde Rechtsgüter führen: Pädophilie oder sado-masochistische Praktiken bleiben daher schutzlos.⁷⁷

Die Zuschreibung von Hetero-, Homo- oder Bisexualität an eine andere Person genügt für eine Benachteiligung. Es kommt damit auch hier nicht auf das tatsächliche Vorliegen des Merkmals an.

3. Besonderer Schutz vor Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft

§ 20 Abs. 2 ADG-E bestimmt: „Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist ... auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig.“

§ 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 ADG-E nennt den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, die sozialen Vergünstigungen, die Bildung sowie den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum. Das Diskriminierungsverbot gilt nicht, soweit eine Bereichsausnahme vorliegt oder die Ungleichbehandlung nach §§ 5 bzw. 3 Abs. 2 ADG-E gerechtfertigt ist.⁷⁸

Die Vorgaben der Richtlinie 2000/43/EG werden wörtlich übernommen. Wann Güter und Dienstleistungen „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, wie es nunmehr in § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E heißt, soll im Folgenden geklärt werden. Im Anschluss daran untersucht der Beitrag die übrigen, nur für Diskriminierungen aufgrund der Rasse bzw. ethnische Diskriminierungen geltenden Regelungen des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 7 ADG-E.

a) Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum

Mit § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E soll Art. 3 Abs. 1 lit. h der Richtlinie 2000/43/EG umgesetzt werden. Dieser beschränkt das Diskriminierungsverbot auf „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“. Beide Vorschriften sind nunmehr wortgleich.

⁷⁶ EuGH, Rs. 13/94, Slg. 1996, I-2143, Rdnr. 20 f. (*P u. S/Cornwall City Council*).

⁷⁷ *Thüsing*, (Fn. 8), S. 13, stellt zutreffend fest, dass ansonsten ein Widerspruch zu den Wertungen des Strafrechts bestünde, das bestimmte Formen praktizierter Sexualität verbietet und sanktioniert.

⁷⁸ Vgl. dazu unten C.II. sowie C.V.1. und 2.

Die Richtlinie 2000/43/EG enthält keine Erläuterung, wie diese Formulierung zu verstehen ist. Die Begründung⁷⁹ zum ADG-E korrespondiert nicht mit dem geplanten Gesetzestext. Sie bezieht sich möglicherweise auf einen alten Entwurf. Sie kann aber auch so verstanden werden, dass alle Güter und Dienstleistungen, die „öffentlich angeboten“ werden, „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Eine solche Interpretation wäre jedoch zu weit und beschränkte die Vertragsfreiheit und das Recht auf Privatleben unangemessen.⁸⁰ Mit Blick auf die europäischen Vorgaben (insbesondere den vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/43/EG: Schutz des Privatlebens) vorzugswürdig ist es daher, die Geltung des Diskriminierungsverbots des § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E auf Unternehmer im Sinne des § 14 BGB zu beschränken. Dies hätte eine Bereichsausnahme für Verbraucher im Sinne des § 13 BGB zur Folge.

Mit Blick auf die europäische Gesetzgebungsgeschichte und den internationalen Hintergrund der Diskriminierungsbekämpfung wurde bereits gezeigt,⁸¹ dass der Begriff „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ eng auszulegen ist, um die persönliche Lebenssphäre des Einzelnen nicht unangemessen einzuschränken. Güter und Dienstleistungen, die von Privatpersonen „öffentlich angeboten“ werden, stehen der Öffentlichkeit nach der Konzeption der Richtlinie 2000/43/EG aber nur eingeschränkt zur Verfügung, d.h., nicht jeder Private unterliegt einem Diskriminierungsverbot. Es kommt vielmehr an auf:

- seine Fähigkeit und Bereitschaft, eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen zu begründen,
- seine Größe, Organisation und den Grad der Institutionalisierung
- die Gewerbsmäßigkeit des Geschäfts (gehört es zu seiner geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit?).

Diese Auslegung entspricht der Ansicht der Kommission.⁸² Danach werden Rechtsgeschäfte, die in einem rein privaten Kontext stattfinden, nicht erfasst. Beispiele für Güter und Dienstleistungen, „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“,

⁷⁹ BT-Drucks. 15/4538, S. 29: „Eingeschränkt wird der Anwendungsbereich ... durch das Erfordernis, dass die Güter und Dienstleistungen sowie Wohnraum „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ müssen. Die Formulierung des Gesetzes („die öffentlich zum Vertragsschluss angeboten werden“) passt diese Vorgabe dem deutschen Privatrecht an: „... Praktisch geschieht das Angebot zum Vertragsschluss durch Anzeigen in Tageszeitungen, Schaufensterauslagen, Veröffentlichungen im Internet oder auf vergleichbare Weise.“

⁸⁰ Kritisch bereits *Schöbener/Stork*, (Fn. 9), S. 65 ff.; ebenso Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005), S. 8.

⁸¹ *Schöbener/Stork*, (Fn. 9), S. 77.

⁸² Vorschlag für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657), S. 15 f. Nach Ansicht der Kommission sollten die früher wortgleichen Art. 1 Abs. 2 des Vorschlags für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657) - jetzt Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG - und Art. 3 Abs. 1 lit. h der Richtlinie 2000/43/EG identisch ausgelegt werden.

seien vielmehr der Zugang zu Gebäuden, die für die Öffentlichkeit zugänglich sind; alle Arten von Wohnungen, einschließlich Mietwohnungen und Hotelunterkünften; Dienstleistungen in den Bereichen Banken und Versicherungen sowie sonstige Finanzdienstleistungen; Transportmittel; Dienstleistungen sämtlicher Berufsarten und Branchen.

Die abstrakten Kriterien wie auch die Beispiele der Kommission haben eine Bereichsausnahme für den rein privaten Sektor zur Folge: Als konkretes Abgrenzungskriterium bietet sich der gemeinschaftsrechtliche Verbraucher- und Unternehmerbegriff⁸³ an, der in Deutschland durch die §§ 13, 14 BGB umgesetzt wurde.⁸⁴ Danach unterliegt nur derjenige, der bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen Tätigkeit handelt (Unternehmer), einem Diskriminierungsverbot im Zivilrechtsverkehr. Eine natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Verbraucher), wird dagegen bei privatrechtlichen Rechtsgeschäften vom Diskriminierungsverbot nicht erfasst. Das entspricht einer diskriminierungsrechtlichen Bereichsausnahme für Verbraucher.⁸⁵ Dieser muss die für Unternehmer geltenden Anforderungen an marktrationales Verhalten nicht erfüllen. Eine solche Unterscheidung hat den Vorteil, dass sie etablierte Kategorien des europäischen Rechts aufgreift und dadurch eine klare Abgrenzung ermöglicht. Dies gewährleistet Rechtssicherheit und Systemkonformität.

Dass schließlich die Privatsphäre im Sinne der Richtlinie 2000/43/EG grundsätzlich eng zu bestimmen sei, wie es der ZADG-E 2004 noch behauptete,⁸⁶ ist äußerst fraglich.⁸⁷ Damit soll offenbar Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH⁸⁸ genom-

⁸³ Der Begriff des Unternehmers bzw. Verbrauchers ist definiert in den Richtlinien 1985/577/EWG, 1987/102/EWG, 1993/13/EWG, 1994/47/EG, 1997/7/EG, 1999/44/EG. Vgl. zum Unternehmerbegriff *Micklitz*, in: MünchKomm BGB, 4. Aufl. 2001, § 14, Rdnr. 1 ff. Die Unternehmereigenschaft ist nach objektiven Kriterien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu bestimmen; auf eine Offenbarung durch den Unternehmer oder Kenntnis des anderen Vertragsteils kommt es nicht an, vgl. LG Trier v. 8.6.2004 (1 S 87/03) sowie *Micklitz*, in: MünchKomm BGB, 4. Aufl. 2001, § 14, Rdnr. 20.

⁸⁴ *Thüsing*, Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht, JZ 2004, S. 172 (174); *Heinrichs*, in: Palandt u.a. (Hrsg.), BGB, 64. Aufl. 2005, Anh nach § 319, Rdnr. 6. Diese Ansicht wird auch von Belgien, Frankreich und der Kommission in Bezug auf die teilweise wortgleiche Regelung des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG favorisiert, vgl. Ratsdokument 12841/04 v. 30.9.2004, S. 16.

⁸⁵ Dieses Ergebnis wird auch nicht durch den Wortlaut „Verbraucher“ ausgeschlossen. Ein Verbraucher muss nichts „verbrauchen“; das Rechtsgeschäft muss also keinen konsumtiven Zweck haben. Der Begriff „Verbraucher“ ist kein Tatbestandsmerkmal, sondern bloßer rechtstechnischer Oberbegriff, der durch die dargestellten Tatbestandsmerkmale des § 13 BGB gefüllt wird, vgl. *Preis*, in: Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), ErfK, 4. Aufl. 2004, Art. 611 BGB, Rdnr. 208.

⁸⁶ Begründung zum ZADG-E 2004, S. 81. Dieser Passus wurde aus der Begründung zum ADG-E folgerichtig gestrichen, vgl. BT-Drucks. 15/4538, S. 29.

⁸⁷ Vgl. ausführlich *Schöbener/Stork*, (Fn. 9), S. 78 f.

men werden: Dieser ist für eine weite Auslegung des Tatbestands bekannt, während er Ausnahmeregelungen restriktiv handhabt. Zwar handelt es sich bei dem Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ um ein Tatbestandsmerkmal des Grundsatzes der Gleichbehandlung, so dass es weit auszulegen sein könnte. Für das Zivilrecht ist jedoch die Privatautonomie und damit die Vertragsfreiheit und das Recht auf Privatleben die Regel. Ein allgemeines Prinzip der Nichtdiskriminierung existiert weder im Vertragsrecht der Mitgliedstaaten noch auf Gemeinschaftsebene.⁸⁹ Wenn aber Vertragsfreiheit und Recht auf Privatleben als Grundsätze des Privatrechtsverkehrs anerkannt werden, folgt daraus zwingend die enge Auslegung von Diskriminierungsverboten, bei denen es sich ja dann um einen Ausnahmetatbestand handelt.⁹⁰ Das Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ ist folglich zur Sicherung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit und des Rechts auf Privatleben eng auszulegen.⁹¹

Wenn der deutsche Gesetzgeber von der Richtlinie abweichen will und eine „überschießende Umsetzung“ plant, indem er – jedenfalls nach der Begründung des Gesetzentwurfs – das Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ als „öffentlich angeboten“ verstehen will,⁹² sollte er dies deutlich machen. Immerhin wird nunmehr im Gegensatz zu früheren Entwürfen eine Bereichsausnahme bei besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnissen normiert,⁹³ die zumindest einige unangemessene Rechtsfolgen eines Tatbestandsmerkmals des „öffentlichen Angebots“ abwenden könnte. Trotzdem erscheint die Vereinbarkeit der Gesamtregelung mit deutschem Verfassungsrecht fraglich.⁹⁴

Dagegen könnte sich die Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft im Anti-Diskriminierungsrecht als leistungsfähiges und rechtssicheres Abgrenzungskriterium erweisen.⁹⁵ Nach hier vertretener Ansicht würde eine Bereichsausnahme für Verbraucher den Art. 3 Abs. 1 lit. h der Richtlinie 2000/43/EG zutreffend umsetzen

⁸⁸ EuGH, Rs. 16/69, Slg. 1969, I-377 ff. (*Kommission/Italien*); EuGH, Rs. 176/73, Slg. 1974, I-1361 Rdnr. 21, 24 (*Van Belle/Rat*); EuGH, Rs. 450/93, Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 21 (*Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*).

⁸⁹ *Schiek*, in: Westerman (Hrsg.), *Non-discrimination and Diversity*, 2000, S. 25 (30 f.), die aber gleichzeitig für die Einfügung des Prinzips der Nichtdiskriminierung in das Vertragsrecht eintritt (S. 28 ff.).

⁹⁰ So auch *Schiek*, (Fn. 89), S. 39.

⁹¹ Zur Problematik des Regel-Ausnahme-Verhältnisses, vgl. *Schilling*, *Singularia non sunt extendenda* – Die Auslegung der Ausnahme in der Rechtsprechung des EuG, *EuR* 1996, S. 44 (55).

⁹² Ebenso *Heinrichs*, in: Palandt u.a. (Hrsg.), *BGB*, 64. Aufl. 2005, Anh nach § 319, Rdnr. 6.

⁹³ Vgl. dazu unten C.II.1.

⁹⁴ Gemäß Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG darf ein Mitgliedstaat Vorschriften einführen, die einen über die Richtlinie hinaus gehenden Schutz vorsehen. Wegen der überschießenden Richtlinienumsetzung müsste sich das „öffentliche Angebot“ dann jedoch an den Gewährleistungen des deutschen Grundgesetzes messen lassen, vgl. schon Fn. 11.

⁹⁵ Diese Ansicht favorisieren auch Belgien, Frankreich und die Kommission, vgl. Ratsdokument 12841/04 v. 30.9.2004, S. 16.

und darüber hinaus dem Tatbestand „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ klare Konturen verleihen. So käme es nicht zu einem unangemessenen Eingriff in die Vertragsfreiheit und das Recht auf Privatleben. Vielmehr würde rechtssicher klar gestellt, dass (unternehmerische) Marktmacht nicht unter dem Vorwand der Vertragsfreiheit zur Diskriminierung benachteiligter Bevölkerungsgruppen eingesetzt werden darf.

b) Gesundheits- und bildungsbezogene Leistungen

Soweit gesundheits- und bildungsbezogene Leistungen⁹⁶ durch Private bzw. in privatrechtlicher Form angeboten werden, kommt es nach Art. 3 Abs. 1 lit. e und g der Richtlinie 2000/43/EG nicht darauf an, ob sie der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Sie müssen vielmehr stets diskriminierungsfrei zugänglich sein. Diese Regelung setzt die Regierungskoalition mit den §§ 2 Abs. 1 Nr. 5 und 7, 20 Abs. 2 ADG-E richtlinienkonform um. Das Diskriminierungsverbot ist auf die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft beschränkt.

c) Soziale Vergünstigungen

Durch die §§ 2 Abs. 1 Nr. 6, 20 Abs. 2 ADG-E wird das in Art. 3 Abs. 1 lit. f der Richtlinie 2000/43/EG geregelte Diskriminierungsverbot in Bezug auf soziale Vergünstigungen ins deutsche Zivilrecht überführt. Die Kommission⁹⁷ definiert diese im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH als Vorteile wirtschaftlicher oder kultureller Art. Zu den zivilrechtlich relevanten sozialen Vergünstigungen zählen z.B. kostenlose oder verbilligte Fahrten in privaten Verkehrsmitteln, Preisnachlässe auf Eintrittskarten für kulturelle oder andere Veranstaltungen oder verbilligte Schulmahlzeiten für Kinder aus einkommensschwachen Familien durch private Einrichtungen.

Es handelt sich in der Regel um Rechtsgeschäfte, die den (aus sozialen Gründen) verbilligten Zugang zu Gütern und Leistungen betreffen und die damit eigentlich bereits den §§ 2 Abs. 1 Nr. 8, 20 Abs. 2 ADG-E unterliegen. Gleichwohl ist zu beachten, dass soziale Vergünstigungen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. f der Richtlinie 2000/43/EG stets diskriminierungsfrei zu gewähren sind: Es kommt im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 1 lit. h nicht darauf an, ob sie „der Öffentlichkeit zur Verfügung

⁹⁶ Erfasst sind die Leistungen von Ärzten, soweit sie privatrechtlich tätig werden, Psychotherapeuten, Krankengymnasten, Fahrschulen und allen privatrechtlichen Einrichtungen der Bildung, Ausbildung und Weiterbildung, vgl. *Heinrich*, in: Palandt u.a. (Hrsg.), BGB, 64. Aufl. 2005, Anh nach § 319, Rdnr. 5.

⁹⁷ KOM(1999) 566, S. 8.

stehen“. Insoweit führt der ADG-E die sozialen Vergünstigungen in § 2 Abs. 1 Nr. 6 ADG-E zutreffend separat auf.⁹⁸

4. Benachteiligungsverbot bei Massengeschäften und „Beinahe-Massengeschäften“

Art. 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E lautet:

„Eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die ... typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen ... ist unzulässig.“

Die Vorschrift basiert auf § 319d BGB n.F.⁹⁹ des ZADG-E 2004 und dient zugleich der Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG, wonach ein (geschlechtsspezifisches) Diskriminierungsverbot nur für solche Güter und Dienstleistungen besteht, die der Öffentlichkeit „ohne Ansehen der Person“ zur Verfügung stehen. Dieser Formulierung liegt ebenfalls das Konzept der Massengeschäfte zugrunde: Soweit Geschäfte auf der individuellen Auswahl des Vertragspartners beruhen, stehen sie der Öffentlichkeit gerade nicht „ohne Ansehen der Person“ zur Verfügung (diese Restriktion unterscheidet die Richtlinie 2004/113/EG von der Richtlinie 2000/43/EG).

Bei Massengeschäften werden Ungleichbehandlungen als besonders herabwürdigend empfunden, denn solche Verträge kommen typischerweise gerade ohne Ansehen der Person zustande.¹⁰⁰ Dafür wurde zunächst seitens des BMJ¹⁰¹ der Begriff „Massengeschäfte des täglichen Lebens“ verwendet. Er war in dieser Form

⁹⁸ Ursprünglich wollte der ZADG-E 2004 die sozialen Vergünstigungen im Rahmen des § 319c Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. stillschweigend mitregeln (innerhalb der „Waren ... und anderen Leistungen, die öffentlich zum Vertragsschluss angeboten werden“), so dass ein Umsetzungsdefizit bestanden hätte.

⁹⁹ § 319d Abs. 1 BGB n.F. (Entwurf) lautete: „Das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung gilt für Unternehmer gegenüber Verbrauchern bei der Begründung, Ausgestaltung, Durchführung und Beendigung von rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen, die regelmäßig in einer Vielzahl von Fällen zu gleichen Bedingungen zustande kommen.“ Die Regelung basierte offenbar ihrerseits auf § 5 Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfs eines BehGleichstG. Danach sollte eine Diskriminierung vorliegen, wenn „der Abschluss eines Vertrages, der regelmäßig in einer Vielzahl von Fällen einem unbestimmten Personenkreis gegenüber angeboten wird, einem Menschen mit Behinderung wegen seiner Behinderung verweigert wird.“

¹⁰⁰ Zypries, „Anti-Diskriminierung in Deutschland - Bilanz und Perspektiven der Rechtspolitik“ v. 24.6. 2004, S. 3. Die Rede der Bundesjustizministerin hat den Status eines inoffiziellen (nachträglichen) „Eckpunktepapiers“ für den ZADG-E 2004. Sie ist abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de>

¹⁰¹ Vgl. Begründung zum ZADG-E 2004, S. 84 und Zypries, (Fn. 100), S. 3 f.

allerdings unpräzise und mit seiner Anknüpfung an den Wortlaut des § 105a BGB teilweise irreführend. Allenfalls der Terminus „Massengeschäfte“ sollte zur Beschreibung der gemeinten Schuldverhältnisse, bei denen es auf die Eigenschaften und Merkmale des Vertragspartners typischer- und vernünftigerweise nicht ankommt, verwendet werden. Dieser Begriff ist nunmehr auch als Legaldefinition in den ADG-E aufgenommen worden. § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E wurde um die hier „Beinahe-Massengeschäfte“ genannten Vertragsverhältnisse ergänzt: Bei diesen kommt dem Ansehen der Person, d.h. der Frage, wer nun eigentlich Vertragspartner ist, Bedeutung zu, wenn auch nur eine „nachrangige“.

Das Diskriminierungsverbot gilt nicht, soweit eine Bereichsausnahme vorliegt oder die Ungleichbehandlung nach §§ 21, 5 bzw. 3 Abs. 2 ADG-E gerechtfertigt ist.¹⁰²

a) Inhalt

Zunächst soll der inhaltlichen Bedeutung des Begriffs „Massengeschäfte“ nachgegangen werden.

aa) Massengeschäfte

Nach Vorstellung der Bundesjustizministerin¹⁰³ umfasst der Begriff „Massengeschäfte“ z.B. die Bewirtung in Gaststätten, die Bedienung im Einzelhandel und den Zugang zu Freizeiteinrichtungen. Die Begründung¹⁰⁴ zum ZADG-E 2004 nannte zudem den Handel, das Hotelgewerbe sowie andere Dienstleister, die standardisierte Produkte absetzen. Auch die Regierungskoalition bezeichnet im ADG-E die Konsumgüterwirtschaft und standardisierte Dienstleistungen als typische Anwendungsbereiche.¹⁰⁵ In all diesen Fällen schließen gewerbliche Anbieter den Vertrag normalerweise mit jedem Kunden, ohne Ansehen der Person. Bei derartigen Vertragsverhältnissen übersteigt das Angebot in der Regel die Nachfrage, so dass es auch ökonomisch irrational wäre, zahlungswillige und zahlungsfähige Kunden zurückzuweisen.

Anders verhält es sich dagegen bei privatrechtlichen Versicherungsverträgen, Wohnraumvermietungen und Kreditgeschäften. Hier handelt es sich grundsätzlich nicht um Massengeschäfte, weil sie typischerweise auf der individuellen Auswahl des Vertragspartners beruhen. Insbesondere private Lebens- und Krankenver-

¹⁰² Vgl. dazu unten C.II. und IV.

¹⁰³ Zypries, (Fn. 100), S. 3.

¹⁰⁴ Begründung zum ZADG-E 2004, S. 84.

¹⁰⁵ BT-Drucks. 15/4538.

sicherungen sowie Kreditgeschäfte basieren meist auf einer individuellen Risikoprüfung. Auch Wohnraumvermietungen sind in der Regel keine „Massengeschäfte“, weil die Mieterauswahl nach individuellen Kriterien erfolgt.¹⁰⁶ Dies gilt zumindest unter der Maßgabe, dass die Nachfrage nach Wohnraum das Angebot übersteigt: Soweit eine Vielzahl von Personen die Bedingungen erfüllt, wird der Vermieter nach persönlichen Präferenzen entscheiden.

bb) „Beinahe-Massengeschäfte“

Die sogenannten „Beinahe-Massengeschäfte“ erweitern das Diskriminierungsverbot auf Vertragsverhältnisse, in denen das Ansehen der Person nur „nachrangige Bedeutung“ hat. Damit sollen offenbar hauptsächlich Fälle erfasst werden, in denen ein großer Wohnungsanbieter eine Vielzahl von Wohnungen vermieten möchte.¹⁰⁷

cc) Auslegung

Die Verwendung des Wortes „typischerweise“ in Art. 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E legt nahe, bei der Bestimmung des Begriffs „Massengeschäft“ auf eine typisierende Betrachtungsweise abzustellen.¹⁰⁸ Ob es sich typischerweise um ein Schuldverhältnis handelt, das in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt, ist jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls (insbesondere mit Blick auf die Person des Anbieters) aus Sicht eines neutralen Dritten zu bestimmen.

Damit kommt es weder auf die Sichtweise des Anbieters (A hält sein Angebot für individualisiert) noch des Empfängers (E hält die Ware oder Dienstleistung für standardisiert) an. Richtigerweise wird man aber das Schuldverhältnis im Kontext der sonstigen Tätigkeit des Anbieters betrachten müssen. Es ist demnach nicht ausreichend, wenn es sich zwar generell um ein Massengeschäft handeln könnte (Verkauf eines gebrauchten Autos), es jedoch für den Anbieter konkret kein sol-

¹⁰⁶ Zypries, (Fn. 100), S. 39 stellt jedoch fest: „Auch Privatversicherungen können strukturell Massengeschäfte i.S.d. [§ 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E] sein, wenn bei dem angebotenen Versicherungsschutz typischerweise auf die Ermittlung von Risikoindikatoren verzichtet wird, die vom Anwendungsbereich des § 1 [ADG-E] erfasst sind. Das ist etwa bei Reisegepäckversicherungen der Fall, die aber auch - wie andere privatrechtliche Versicherungen, insbesondere die private Kranken- und Lebensversicherung - grundsätzlich über [§ 20 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E] erfasst werden. ... Bei der Überlassung von Räumen wird es sich meist nicht um Massengeschäfte im Sinne dieser Vorschrift handeln, denn die Anbieter von Wohn- oder Geschäftsräumen wählen ihren Vertragspartner regelmäßig individuell nach vielfältigen Kriterien aus dem Bewerberkreis aus. Anders kann es sich verhalten, wenn etwa der Vertragsschluss über Hotelzimmer oder Ferienwohnungen über das Internet abgewickelt und hierbei auf eine individuelle Mieterauswahl verzichtet wird.“

¹⁰⁷ Vgl. BT-Drucks. 15/4538, S. 39.

¹⁰⁸ So auch BT-Drucks. 15/4538, S. 38.

ches ist (A ist Verbraucher, der nur einen einzigen gebrauchten Pkw verkaufen will). Die typisierende Betrachtungsweise muss sich also an der Person des Anbieters, d.h. des potentiell Diskriminierenden orientieren:¹⁰⁹ Ist das in Aussicht genommene Schuldverhältnis nicht nur abstrakt, sondern auch für diese Person ein Massengeschäft? Handelt es sich beim Anbieter um einen Unternehmer im Sinne des § 14 BGB, wird in der Regel ein Massengeschäft vorliegen.¹¹⁰ Dann gilt beim Tatbestandsmerkmal „Massengeschäft“, das nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen vom Diskriminierten darzulegen und im Bestreitensfall nachzuweisen ist, ausnahmsweise der Beweis des ersten Anscheins. Nur wer sich als Unternehmer aufgrund der Natur seines Produkts (individualisierte Ware oder Leistung) die Auswahl seines Vertragspartners ersichtlich vorbehalten will, z.B. der Betreiber eines privaten Clubs, wird zumeist kein Massengeschäft anbieten und könnte den prima-facie-Beweis insoweit widerlegen.

b) Kritik

Die Kritik am Begriff der „Massengeschäfte“ konzentriert sich an dieser Stelle auf die Frage nach ihrer grundsätzlichen Notwendigkeit. Vorzugswürdig wäre neben weiteren Klarstellungen eine tatbestandliche Ergänzung durch den Unternehmerbegriff des § 14 BGB.

aa) Notwendigkeit und Unternehmerbegriff

Neue Rechtsbegriffe wie der des „Massengeschäfts“ ziehen stets Rechtsunsicherheit nach sich. Weil nach zutreffender Ansicht der Regierungskoalition in der Regel ohnehin nur Unternehmer im Sinne des § 14 BGB dem Diskriminierungsverbot unterliegen sollen,¹¹¹ erscheint es auf den ersten Blick überflüssig, Massengeschäfte gesetzlich zu regeln und definieren. Unternehmer handeln gemäß § 14 BGB „bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit“ und bieten häufig mehr oder minder standardisierte Produkte an, die „ohne Ansehen der Person“ vertrieben werden. Oftmals handelt es sich daher ohnehin um Massengeschäfte. Art. 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E könnte daher schlicht lauten: „Das Benachteiligungsverbot gilt für Unternehmer.“

¹⁰⁹ Missverständlich ist insoweit die Begründung der Regierungskoalition, wonach die Frage, ob es sich typischerweise um eine Vielzahl von Fällen handele, aus Sicht des Anbieters, d.h. des potentiell Diskriminierenden, zu beurteilen sei, vgl. BT-Drucks. 15/4538, S. 39.

¹¹⁰ So auch BT-Drucks. 15/4538, S. 39. Vorzugswürdig ist es daher auch, den Unternehmerbegriff in den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E mit aufzunehmen. Vgl. dazu C.I.4.b)bb).

¹¹¹ Vgl. BT-Drucks. 15/4538, S. 39.

Einbezogen wären dann jedoch auch solche Unternehmer, die individualisierte Leistungen erbringen, welche auf einer Risikoprüfung oder einer zulässigen Auswahl des Vertragspartners beruhen. Dann wäre fraglich, ob der Schutz der Vertragsfreiheit und des Privatlebens durch die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Unternehmer genügend berücksichtigt wird. Abseits der rassischen und ethnischen Diskriminierung spricht nichts gegen eine weitere Reduzierung des Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote. Zum einen ist dort ein Diskriminierungsschutz europarechtlich nicht geboten (außer in Bezug auf das Geschlecht), zum anderen sieht das geschlechtsspezifische Diskriminierungsverbot bereits eine solche Beschränkung des Anwendungsbereichs vor: Im Gegensatz zur RL 2000/43/EG müssen die Güter und Dienstleistungen nicht nur der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, sondern gemäß Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG darüber hinaus auch „ohne Ansehen der Person“ zur Verfügung gestellt werden. Damit ist die Einführung des Begriffs „Massengeschäfte“ zur Tatbestandsrestriktion vom Grundansatz her durchaus sinnvoll. Darüber hinaus eignet es sich auch im Rahmen des gesetzlich angeordneten Kontrahierungszwangs als Tatbestandsbeschränkung.¹¹²

bb) Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Unternehmer im Sinne des § 14 BGB

Die Vorgängervorschrift des § 319d Abs. 1 BGB n.F. sah noch ausdrücklich vor, dass bei der Diskriminierung von behinderten Menschen nur Unternehmer im Sinne des § 14 BGB Anspruchsgegner und nur Verbraucher gemäß § 13 BGB Anspruchsteller sein konnten.¹¹³ Diese Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Unternehmer erscheint auch vor dem Hintergrund der Richtlinie 2004/113/EG geboten.

Ebenso wie die Richtlinie 2000/43/EG will sie in ihrem Art. 3 Abs. 1 nur den Zugang zu solchen Gütern und Dienstleistungen sicherstellen, die der „Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Dies bedeutet konkret, dass nur Unternehmer im Sinne des § 14 BGB verpflichtet sind, für Verbraucher im Sinne des § 13 BGB dagegen eine Bereichsausnahme vom Diskriminierungsverbot besteht.¹¹⁴ Dieses

¹¹² Vgl. dazu unten C.V.4.

¹¹³ Vgl. den Wortlaut des § 319d Abs. 1 BGB n.F. (Entwurf) in Fn. 99. Warum nicht auch ein behinderter Unternehmer Diskriminierungsopfer sein kann, wurde im ZADG-E 2004 nicht begründet. Ist der benachteiligte Unternehmer jedoch eine natürliche Person, spricht aufgrund der vergleichbaren Interessenlage nichts gegen seine Einbeziehung. Auch Menschen, die „in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit“ am Rechtsverkehr teilnehmen, verdienen Schutz vor sozialer Ausgrenzung. Dafür spricht neben dem allgemeinen menschenrechtlichen Grundsatz der Gleichheit auch die Vertragsfreiheit des Diskriminierungsopfers, vgl. *Schöbener/Stork*, (Fn. 9), S. 61 f. m.w.N.

¹¹⁴ Diese Ansicht wird auch von Belgien, Frankreich und der Kommission favorisiert, vgl. Ratsdokument 12841/04 v. 30.9.2004, S. 16; vgl. zur Interpretation dieser Formulierung schon oben C.I.3.a).

Ergebnis wird durch Art. 3 Abs. 2 sowie die Erwägungsgründe 13 und 14 der Richtlinie 2004/113/EG noch einmal bestätigt: An allen drei Stellen betont der Rat die Bedeutung der freien Wahl des Vertragspartners sowie des Rechts auf Privatleben.

Allerdings könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass das Vorliegen eines Massengeschäfts schon die Unternehmereigenschaft auf der Anbieterseite voraussetzt. Die Einfügung des Begriffs „Unternehmer“ in den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E wäre dann überflüssig. Insbesondere bei den sogenannten „Beinahe-Massengeschäften“, bei denen das Ansehen der Person eine immerhin noch nachrangige Bedeutung hat, besteht jedoch die Gefahr, dass der Gesetzeswortlaut auch Verbraucher erfasst, z.B. wenn ein Vermieter über ein Mietshaus mit fünf Wohnungen verfügt und damit schon als „großer Wohnungsanbieter“ gelten würde. Selbst wenn er die Vermietung nur als Nebentätigkeit zu seinem eigentlichen Beruf betreiben würde, müsste er dann jede Ablehnung gerichtssicher dokumentieren und stets nach sachlichen Gründen entscheiden. Gerade das darf jedoch nur von Unternehmern verlangt werden, die in gewerblicher Absicht am Rechtsverkehr teilnehmen.

Zudem muss die typisierende Sichtweise den Begriff der „Massengeschäfte“ ohnehin schon mit Blick auf die Person des Anbieters von Gütern und Dienstleistungen auslegen.¹¹⁵ Um die Rechtsprechung hier zu einer entsprechenden Auslegung anzuhalten, macht es Sinn, den Begriff des „Unternehmers“ in § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E aufzunehmen. Nur so wird einem abstrakten Begriffsverständnis oder einer aus Nachfragersicht bestimmten Interpretation des „Massengeschäfts“ vorgebeugt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Verkauf eines Autos oder der Nachhilfeunterricht durch einen Verbraucher im Sinne des § 13 BGB abstrakt oder aus Nachfragersicht für ein Massengeschäft gehalten wird, so dass dieser das Benachteiligungsverbot beachten muss, obwohl er bei Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit handelt.

Die Unternehmereigenschaft des Anspruchsgegners sollte daher als weitere Tatbestandsvoraussetzung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E aufgenommen werden. Andernfalls würde der deutsche Gesetzgeber im Einzelfall (Ein Verbraucher führt ein Massengeschäft durch) über die Anforderungen der Richtlinie 2004/113/EG hinausgehen. Eine daraus folgende Beschränkung der Vertragsfreiheit wäre insoweit am Maßstab des Grundgesetzes zu messen.

cc) Ausklammerung von Dauerschuldverhältnissen

Sofern der Gesetzgeber das Konzept der Massengeschäfte weiter verfolgen möchte, wäre es seiner Definition nach jedenfalls nahe liegend, ganz allgemein Dauer-

¹¹⁵ Vgl. oben C.I.4.a)cc).

schuldverhältnisse vom Anwendungsbereich auszunehmen. Ein Dauerschuldverhältnis zeichnet sich dadurch aus, dass es nicht durch eine einmalige Handlung erfüllt wird, sondern der Schuldner zu wiederkehrenden Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen verpflichtet ist. Gesetzlich geregelte Dauerschuldverhältnisse sind Miete, Pacht, Darlehen, Dienstvertrag, Verwahrungsvertrag und die Gesellschaft. Derartige Rechtsbeziehungen beruhen in der Regel auf der individuellen Auswahl des Vertragspartners und werden daher nur in den seltensten Fällen ohne Ansehen der Person abgeschlossen. Sie können allenfalls „Beinahe-Massengeschäfte“ im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. ADG-E sein, soweit das „Ansehen der Person“ des Vertragspartners ausnahmsweise „nachrangige Bedeutung“ hat. Eine solche Konzeption entspricht der Begründung¹¹⁶ des ADG-E, in der Miete und Kreditgeschäfte vom Anwendungsbereich der Massengeschäfte grundsätzlich ausgeklammert werden. Sie hat den Vorteil, eine bisher fallweise begründete Ausnahme (Miete, Kreditgeschäfte) zu abstrahieren und damit dogmatisch nachvollziehbarer zu machen.

dd) Sonderproblem Wohnraumvermietung

Noch nicht hinreichend geklärt ist die Frage, inwieweit Wohnraumvermietungen vom Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E erfasst werden. Zutreffend hält die Regierungskoalition die Vermietung von Wohnraum zunächst nicht für ein Massengeschäft, weil die Mieterauswahl nach individuellen Kriterien erfolgt.¹¹⁷ Sie will „große Wohnungsanbieter“ jedoch über den Tatbestand der „Beinahe-Massengeschäfte“ nach § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. ADG-E in die Pflicht nehmen. Dort spiele das Ansehen der Person des Mieters zwar eine Rolle, habe jedoch nur „nachrangige Bedeutung“.¹¹⁸ Zurecht kritisieren Vermieter- und Immobilienverbände die damit verbundene unsichere Rechtslage. Wer ist „großer Wohnungsanbieter“ und hält dementsprechend eine „Vielzahl von Wohnungen“ bereit? Handelt es sich um einen Anbieter mit 5, 50, 100 oder gar 1000 Wohnungen? Hier muss der Gesetzgeber Klarheit schaffen, indem er die in der Begründung verwendeten Begriffe präzisiert. Er ist dabei nicht an europarechtliche Vorgaben gebunden, ist das geschlechtsspezifische Diskriminierungsverbot, das über § 20 Abs. 1 ADG-E für das Zivilrecht umgesetzt wird, doch auf solche Dienstleistungen beschränkt, „die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur

¹¹⁶ BT-Drucks. 15/4538, S. 39.

¹¹⁷ BT-Drucks. 15/4538, S. 39, vgl. zu den dort erwähnten Ausnahmen bereits Fn. 106.

¹¹⁸ BT-Drucks. 15/4538, S. 39. Auch diese Einstufung könnte man bereits in Frage stellen. Weil es sich bei der Miete um ein Dauerschuldverhältnis handelt, kommt es jedem Vermieter aufgrund der langfristigen Bindung auf den individuellen Vertragspartner an. Auch bei „großen Wohnungsanbietern“ kommt es i.d.R. zu einer persönlichen Zusammenkunft und der gemeinsamen Wohnungsbesichtigung. Zudem müssen Mietinteressenten ein umfassendes Antragsformular ausfüllen, bevor ein Mietvertrag geschlossen wird.

Verfügung stehen“. Damit entfaltet es für den Bereich des Mietrechts grundsätzlich keine Wirkung, obwohl der Begriff „Dienstleistung“ an sich auch die Zurverfügungstellung von Wohnraum umfasst.¹¹⁹ Vorerst gilt: Je größer der Wohnungsbestand, desto größer ist in der Regel auch die Anonymität bei der Mieterbetrachtung, desto eher kommt also dem Ansehen der Person „nachrangige Bedeutung“ zu.

5. Benachteiligungsverbot bei Abschluss einer privatrechtlichen Versicherung

§ 20 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E lautet:

„Eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die ... 2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, ist unzulässig.“

Die Norm bezieht als Spezialvorschrift zu § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E ausdrücklich alle privatrechtlichen Versicherungsverhältnisse ein, denn Nr. 1 erfasst nur Versicherungen, die in der Regel auf die Ermittlung von einschlägigen Risikoindikatoren verzichten (und bei denen es sich daher um Massengeschäfte handelt). Sie ebnet den Weg zur Rechtskontrolle von Versicherungsverträgen im Hinblick auf die Zulässigkeit von Unisex- und Uniage-Tarifen. § 20 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E ist nur im Hinblick auf die Diskriminierung wegen des Geschlechts europarechtlich geboten. Die Regierungskoalition hält eine umfassende Regelung dennoch für angebracht. Denn im Bereich der Privatversicherung bestünde auch bei individueller Risikoprüfung ein Bedürfnis, sozial nicht zu rechtfertigende Unterscheidungen zu unterbinden: Versicherungen deckten häufig elementare Lebensrisiken ab; deshalb könne der verweigerte Vertragsschluss für den Benachteiligten schwerwiegende Auswirkungen haben.¹²⁰

Unbenommen bleiben den Versicherungen sachlich begründete Differenzierungen, z.B. bei der Prämienhöhe oder im Zusammenhang mit Risikoausschlüssen, insbesondere auf der Grundlage statistisch erfassbarer und belegbarer Daten im Sinne von § 21 Satz 2 Nr. 5 ADG-E.¹²¹ Weil Bereichsausnahmen auf dem Gebiet der privaten Versicherungsverträge nicht in Betracht kommen, bleiben neben § 21 ADG-E nur die Rechtfertigungsgründe der §§ 5 und § 3 Abs. 2 ADG-E.¹²²

¹¹⁹ Vgl. oben B.

¹²⁰ BT-Drucks. 15/4538, S. 39.

¹²¹ Vgl. zu dem Rechtfertigungsgrund des § 21 Satz 2 Nr. 5 ADG-E noch C.IV.3.b).

¹²² Vgl. dazu C.IV.

6. Benachteiligungsverbot im Vereinsleben und bei privatrechtlichen Berufsvereinigungen

Im Gegensatz zu der ursprünglich beabsichtigten Regelung des § 319c Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. des ZADG-E 2004 übererfüllt die jetzige Regelung des § 19 ADG-EG die europarechtlichen Vorgaben. Sie erweitert den in § 2 Abs. 1 Nr. 4 ADG-E genannten Anwendungsbereich auf privatrechtliche Organisationen mit überragender Machtstellung. Die zugrunde liegenden Richtlinien sehen dagegen ebenso wie § 2 Abs. 1 Nr. 4 ADG-E nur ein Benachteiligungsverbot beim Zugang zu und der Mitwirkung in Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen sowie privatrechtlichen Berufsvereinigungen vor.¹²³ Außerhalb des Arbeitsrechts handelt es sich dabei z.B. um Zusammenschlüsse von Angehörigen der freien Berufe (z.B. Ärzte, Apotheker, Rechtsanwälte, Architekten, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer), die für ihre Mitglieder etwa Fortbildungsseminare anbieten.

§ 19 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E verpflichtet eine Vereinigung jedoch auch dann zur Aufnahme von Personen, wenn sie „eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich [innehat]¹²⁴, wenn ein grundlegendes Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft besteht.“ Entsprechende Sachverhalte waren bereits in der Vergangenheit Gegenstand von (z.T. höchstrichterlichen) Entscheidungen.¹²⁵ Die Aufnahme einer entsprechenden Norm in den ADG-E ist daher zwar nicht europarechtlich geboten, jedoch handelt es sich um eine begrüßenswerte Kodifizierung von Richterrecht. Karnevals-, Schützen- und Sportvereine können eine solche überragende Machtstellung im Einzelfall innehaben. Derartige Fälle spielen sich in der Praxis durchaus ab, so dass die Regelung ihre Berechtigung hat.¹²⁶

¹²³ Art. 3 Abs. 1 lit. d der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG sowie der konsolidierten Fassung der Richtlinie 76/207/EWG. Danach ist nicht nur eine Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft verboten. Ein Diskriminierungsverbot besteht auch in Bezug auf Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung und Geschlecht. Dies ist der einzige Fall, in dem die Richtlinien 2000/78/EG und 76/207/EWG Diskriminierungsverbote für das Privatrecht formulieren. Der ZADG-E (§ 319 Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F.) hatte dies noch verkannt und blieb damit hinter den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen zurück.

¹²⁴ § 19 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E verwendet hier das Wort „innehaben“. Offenbar soll sich der Nebensatz jedoch auf die jeweilige Vereinigung beziehen, nicht aber darauf, ob die Mitglieder eine „überragende Machtstellung“ haben.

¹²⁵ BGH NJW 1999, S. 1326: Aufnahmewang für Verbände mit überragender Machtstellung; KG NJW-RR 1993, S. 183: Aufnahme eines Vereins homosexueller Sportler in den Sportdachverband; LG Karlsruhe NJW-RR 2002, S. 111: Aufnahme von Chören mit homosexuellen Sängern in den Sängerbund.

¹²⁶ Vgl. die Gerichtsurteile in der vorherigen Fußnote sowie z.B. *Süddeutsche Zeitung Magazin*, Nr. 4 v. 28.1.2005, S. 38: Ein Transsexueller (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) wurde aus der Mombacher Prinzengarde ausgeschlossen, weil er sich weigerte, weiterhin als Frau aufzutreten; siehe auch *Kölnische Rundschau v. 22.1.2005*, S. 3. Abrufbar unter: <http://www.anti-diskriminierung.info>

Bei den Organisationen mit überragender Machtstellung forderte die Begründung ursprünglich zusätzlich zum „grundlegenden“ auch ein „überwiegendes“ Interesse der Beitrittswilligen am Erwerb der Mitgliedschaft, um den Schutz, den die Organisationen nach Art. 9 Abs. 1 GG genießen, zu wahren. In der amtlichen Begründung¹²⁷ findet sich dieser Passus nicht mehr. Es ist daher davon auszugehen, dass ein „grundlegendes“ Interesse auf Seiten des Betroffenen ausreicht. Sofern die gesetzlichen und satzungsmäßigen Voraussetzungen für eine Aufnahme in die Vereinigung vorliegen, besteht ein Anspruch auf Mitgliedschaft oder Mitwirkung.¹²⁸

Wegen des Verweises in § 19 Abs. 1 ADG-E auf die „Vorschriften dieses [zweiten] Abschnitts“ können Ungleichbehandlungen nur gemäß den §§ 3 Abs. 2, 5 und 8 bis 10 ADG-E gerechtfertigt werden.

7. Entsprechungsklausel für Beschäftigungsverhältnisse

Da die Interessenlage häufig arbeitsrechtlichen Konstellationen entspricht, ordnet § 20 Abs. 3 ADG-E bei Benachteiligungen Beschäftigter (eine Legaldefinition findet sich in § 6 ADG-E) die entsprechende Anwendung der Vorschriften des Abschnitts 2 (Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung) an. Für andere zivilrechtliche Sachverhalte im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ADG-E, wie z.B. Dienst- und Werkverträge, die keine Arbeitsverhältnisse sind, gelten die Bestimmungen des Abschnitts 2 entsprechend. Ungleichbehandlungen können damit nur gemäß den §§ 3 Abs. 2, 5 und 8 bis 10 ADG-E gerechtfertigt werden.

II. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

1. Das besondere Nähe- oder Vertrauensverhältnis

Gemäß § 20 Abs. 5 ADG-E finden die zivilrechtlichen Benachteiligungsverbote

„keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen.“

Ein besonderes Vertrauens- oder Näheverhältnis im Sinne des § 20 Abs. 5 ADG-E soll eine Beziehung erfordern, die über das hinausgeht, was ohnehin jedem Schuldverhältnis an persönlichem Kontakt zugrunde liegt. Dies kann z.B. darauf beruhen, dass es sich um ein für den Anspruchsgegner besonders bedeutendes Ge-

¹²⁷ BT-Drucks. 15/4538, S. 37.

¹²⁸ Vgl. dazu auch C.V.

schäft handelt oder dass der Vertrag einen besonders engen oder lang andauernden Kontakt der Vertragspartner mit sich bringen würde,¹²⁹ wie es der ADG-E für Mietverhältnisse annimmt, bei denen die Parteien Räume auf demselben Grundstück nutzen.

Der Begriff des „Angehörigen“ erfasst ausweislich der Begründung¹³⁰ Mitglieder des engeren Familienkreises, nämlich Eltern, Kinder, Ehe- und Lebenspartner und Geschwister. Er sei damit im Wesentlichen mit dem Begriff der engen Familienangehörigen im Sinne des § 573 Abs. 1 Nr. 2 BGB kongruent.¹³¹

Aufgrund der Bereichsausnahme sind vertragliche und deliktische Ansprüche auf Ersatz von Schäden wegen einer Vertragsverweigerung ausgeschlossen.¹³² Unberührt bleiben vertragliche und gesetzliche Rechte, soweit entsprechende Mietverhältnisse wirksam geschlossen wurden. Das Vertragsrecht, die Bestimmungen des Mieterschutzes und auch das Strafrecht bieten in diesem Fall eine ausreichende Handhabe, um diskriminierende Vertragsverweigerungen abzuwehren.

§ 20 Abs. 5 ADG-E wäre entbehrlich, wenn man das Verbot der ethnischen Diskriminierung von vornherein auf Unternehmer im Sinne des § 14 BGB beschränken würde. Im ADG-E ist die Norm jedoch erforderlich (auch in seiner Ausdehnung auf Angehörige), um den Maßgaben der Erwägungsgründe 4 und 13 der Richtlinien 2000/43/EG bzw. 2004/113/EG Rechnung zu tragen, wonach der Bereich des Privat- und Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte zu schützen ist.

2. Verbraucher im Sinne des § 13 BGB

Auch für Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sollte eine Bereichsausnahme greifen.¹³³ Eine „natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“, wäre damit nie an das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 20 Abs. 1 und 2 ADG-E gebunden, auch nicht im Falle eines öffentlichen Angebots oder wenn ausnahmsweise ein Massengeschäft vorliegen sollte.

Dies folgt aus dem hier vertretenen Verständnis der Formulierung des § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E (Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen), wonach nur Unternehmer im Sinne des § 14 BGB Anspruchsgegner sein

¹²⁹ BT-Drucks. 15/4538, S. 40.

¹³⁰ BT-Drucks. 15/4538, S. 40.

¹³¹ Vgl. dazu *Weidenkaff*, in: Palandt u.a. (Hrsg.), BGB, 64. Aufl. 2005, § 573, Rdnr. 27.

¹³² BT-Drucks. 15/4538, S. 40.

¹³³ Vgl. auch *Stork*, (Fn. 8).

können und aus der vorgeschlagenen Ergänzung des Tatbestands von § 20 Abs. 1 ADG-E um den Unternehmerbegriff. Auch wenn eine solche Ergänzung nicht vorgenommen werden sollte, werden doch in aller Regel nur Unternehmer Massengeschäfte anbieten, was ebenfalls zu einer faktischen Bereichsausnahme für Verbraucher führt.

Zudem ist ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis im Sinne des § 20 Abs. 5 ADG-E in der Regel ausgeschlossen, wenn der Anspruchsgegner Unternehmer ist.¹³⁴

3. Familien- und Erbrecht

Nach § 20 Abs. 4 ADG-E sind neben den Beschäftigungsverhältnissen¹³⁵ die im Familien- und Erbrecht geregelten Schuldverhältnisse ausgeschlossen, weil sich die beiden letzteren grundlegend von den Verträgen des sonstigen Privatrechts unterscheiden. Wegen des inneren Zusammenhangs zum Erbrecht sind Vereinbarungen, die eine Erbfolge vorwegnehmen, ebenfalls von dem Ausschluss erfasst.¹³⁶

III. Begriff der Benachteiligung

Statt „Diskriminierung“ verwendet der ADG-E durchgehend den Begriff „Benachteiligung“. Dies hat den Vorteil, dass dadurch bereits sprachlich die für eine rechts-erhebliche Ungleichbehandlung erforderliche Nachteilszufügung deutlich gemacht wird. Die Begriffsbestimmungen finden sich in § 3 ADG-E.

1. Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung

Die Definitionen der unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligung in § 3 ADG-E sind fast wortgleich mit Art. 2 der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG. Sie wurden für die Aufnahme in den ADG-E im Gegensatz zur Vorgängerregelung des § 319b Abs. 1 BGB n.F. des ZADG-E 2004 leider nicht sprachlich gestrafft.

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 ADG-E vor,

„wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“

¹³⁴ Vgl. schon *Stork*, (Fn. 8).

¹³⁵ Der Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung wird über den Abschnitt 2 des ADG-E sichergestellt.

¹³⁶ BT-Drucks. 15/4538, S. 40.

Die Benachteiligung kann auch in einem Unterlassen liegen. Von der Regelung sind sogar Fälle einer lediglich in der Zukunft potentiell erfolgenden Diskriminierung erfasst.¹³⁷ Hat sie noch nicht stattgefunden, darf es sich nicht nur um eine abstrakte Gefahr handeln. Vielmehr muss eine Wiederholungsgefahr oder ernsthaftige Erstbegehungsgefahr bestehen.¹³⁸ Die Zurücksetzung muss „auf Grund“ eines der in § 1 ADG-E erwähnten Merkmale erfolgt sein, d.h. die benachteiligende Maßnahme ist durch eines (oder mehrere) dieser Merkmale motiviert bzw. der Anspruchsgegner knüpft bei seiner Handlung hieran an.¹³⁹ Das Merkmal braucht in der Person des Anspruchstellers nicht unbedingt vorzuliegen.¹⁴⁰ Gemäß den europarechtlichen Vorgaben handelt es sich um ein weit gefasstes, formal verstandenes Gleichbehandlungsgebot: Ausschlaggebend für eine unmittelbare Diskriminierung ist allein die weniger günstige Behandlung in einer vergleichbaren Situation.¹⁴¹ Auf eine absichtliche Benachteiligung kommt es nicht an.¹⁴² Dies ist relevant, wenn der Diskriminierende die Benachteiligung eigentlich nicht vertreten müsste, z.B. weil er den Rat eines sachkundigen Dritten eingeholt hat. Damit ist jede benachteiligende Unterscheidung, die an ein verbotenes Merkmal anknüpft, rechtlich gesehen eine Diskriminierung.

Zu einer mittelbaren Benachteiligung kommt es gemäß § 3 Abs. 2 ADG-E,

„wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“

Eine mittelbare Diskriminierung liegt danach schon tatbestandsmäßig nicht vor, wenn ein entsprechender Rechtfertigungsgrund besteht.¹⁴³ Wie bei der unmittelbaren Benachteiligung genügt eine abstrakte Gefährdungslage nicht: Der Benachteiligte muss von der mittelbaren Benachteiligung konkret betroffen sein bzw. es

¹³⁷ Kritisch dazu Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005), S. 8 f. und Stellungnahme des DAV (Ausschuss Arbeitsrecht) v. Januar 2005 (10/2005), S. 6.

¹³⁸ BT-Drucks. 15/4538, S. 30.

¹³⁹ BT-Drucks. 15/4538, S. 29 f.

¹⁴⁰ Vgl. oben C.I.2.

¹⁴¹ Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/43/EG; Art. 2 lit. a der Richtlinie 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 1. Spiegelstrich der Änderungsrichtlinie 2002/73/EG; die Richtlinie 76/207/EWG enthält dagegen noch keine Definition der unmittelbaren Diskriminierung, sondern nur deren Verbot in Art. 2 Abs. 1.

¹⁴² EuGH, Rs. 180/95, Slg. 1997, I-2195, Rdnr. 19 (*Draempael*); EuGH, Rs. 177/88, Slg. 1990, I-3941, Rdnr. 22, 26 (*Dekker*), beide in Bezug auf das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts gemäß Art. 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG.

¹⁴³ Vgl. dazu noch unten C.IV.2.

muss eine hinreichend konkrete Gefahr bestehen, dass ihm im Vergleich zu Angehörigen anderer Personengruppen ein besonderer Nachteil droht.¹⁴⁴

2. Anweisung zur Diskriminierung und (sexuelle) Belästigung

Das BMJ hielt im Rahmen des ZADG-E 2004 eine besondere Regelung der (sexuellen) Belästigung sowie der Anweisung zur Diskriminierung im Gegensatz zu früheren Entwürfen nicht für erforderlich. Dies war nicht in jedem Fall zutreffend. Nunmehr setzt der ADG-E jedoch fast wortgleich die zugrunde liegenden Richtlinienbestimmungen um. § 3 Abs. 3 bis 5 ADG-E enthalten ein Verbot von Belästigung, sexueller Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung.

a) Anweisung zur Diskriminierung

§ 3 Abs. 5 Satz 1 ADG-E bestimmt: „Die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 genannten Grund gilt als Benachteiligung.“ Das BMJ¹⁴⁵ sowie die Regierungskoalition¹⁴⁶ sind der Ansicht, dass derartige Handlungen im Rahmen von Schuldverhältnissen bereits über die einschlägigen zivilrechtlichen Bestimmungen (§§ 31, 278, 831 BGB) erfasst würden. Danach muss sich der Rechtsträger das Fehlverhalten seines Organs oder Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen bzw. haftet für die eigene fehlerhafte Auswahl eines Verrichtungsgehilfen.

Diese Auffassung ist zunächst mit Blick auf § 831 BGB problematisch, denn die Vorschrift setzt ein (vermutetes) Verschulden des Geschäftsherrn voraus. Auf ein Verschulden kommt es aber im Rahmen der europäischen Diskriminierungsverbote und somit auch im Rahmen der Anweisung nicht an.¹⁴⁷ Man könnte in einem solchen Fall im Wege der richtlinienkonformen Auslegung aber eine unwiderlegbare Verschuldensvermutung annehmen. Im Übrigen erscheint es fern liegend, dass der Anweisende bei Erteilung einer diskriminierenden Weisung nicht zumindest die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.¹⁴⁸

Zudem setzt ein Vertretenmüssen des Anweisenden im Rahmen der §§ 31, 278, 831 BGB grundsätzlich ein Fehlverhalten der Hilfsperson voraus. Wenn die Autoren des ADG-E also glauben, die in § 3 Abs. 5 Satz 1 ADG-E geregelten Sachverhalte seien regelmäßig schon über die zivilrechtlichen Zurechnungsnormen zu erfassen, gehen sie implizit vom weisungsgemäßen Handeln des Vorder-

¹⁴⁴ BT-Drucks. 15/4538, S. 30.

¹⁴⁵ Begründung zum ZADG-E 2004, S. 77.

¹⁴⁶ BT-Drucks. 15/4538, S. 31.

¹⁴⁷ EuGH, Rs. 180/95, Slg. 1997, I-2195, Rdnr. 19 (*Draempael*); EuGH, Rs. 177/88, Slg. 1990, I-3941, Rdnr. 22, 26 (*Dekker*); so auch BT-Drucks. 15/4538, S. 31.

¹⁴⁸ Vgl. zu diesem Gedanken auch sogleich C.III.2.b).

manns aus. Wie ist es aber rechtlich zu beurteilen, wenn der Vordermann die benachteiligende Weisung nicht ausführt, sondern es vorzieht, sich neutral zu verhalten?¹⁴⁹ Dann wäre es nur zu einem erfolglosen „Versuch der Diskriminierung“ durch den Hintermann gekommen. Entscheidend ist, ob in diesem Fall ein eigenständiges Verbot der benachteiligenden Anweisung nötig ist. Dies wird man im Deliktsrecht verneinen können.¹⁵⁰ Auch im Vertragsrecht hat die Person, die eigentlich diskriminiert werden sollte, mangels Ausführung der Anweisung keinen Nachteil erlitten: Entweder ist der Vertrag zwischen ihr und dem vertretenen Hintermann wirksam oder sie hat gemäß § 179 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht. Für die erste Lösung würde das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot des § 20 ADG-E sprechen. Ein Kompensationsanspruch gegen den Hintermann scheidet dann aber mangels Schaden aus. Der Anweisende haftet mithin in keinem Fall für die Weisung. Anders verhält es sich mit dem Weisungsempfänger: Er müsste dem Hintermann im Innenverhältnis wegen der Überschreitung seines „rechtlichen Dürfens“ Ersatz leisten. Um den Vordermann von einer Haftung freizustellen, muss § 3 ADG-E zur europarechtskonformen Umsetzung daher das Verbot benachteiligender Anweisungen enthalten. § 3 Abs. 5 Satz 1 ADG-E ist folglich keine nur deklaratorische Norm.

b) (Sexuelle) Belästigung

Nach Auffassung des BMJ¹⁵¹ und der Regierungskoalition¹⁵² ist an sich auch eine gesonderte Regelung der Belästigung nicht erforderlich. Trotzdem wurde sie nun in § 3 Abs. 3 ADG-E geregelt. Danach handelt es sich um eine Benachteiligung, wenn

„unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betref-

¹⁴⁹ Eine solche Konstellation lag dem Urteil des ArbG Wuppertal (3 Ca 4927/03) v. 10.12.2003 zugrunde. Es stellte fest: „Die Anweisung, bei genügend Bewerbern keine Türken einzustellen, verstößt nicht gegen Gesetze und ist auch nicht sittenwidrig. Bei der Nichtbefolgung ist eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt.“ Siehe dazu *Hoppe/Wege*, LAG-E 151, § 626, Rdnr. 2a. Auch im Zivilrecht ist es ohne weiteres vorstellbar, dass sich eine Person, ohne Arbeitnehmer zu sein, einer benachteiligenden Anweisung widersetzt. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn der mit dem Verkauf Beauftragte die Anweisung ignoriert, einen Vertrag nur mit Personen der eigenen Ethnie abzuschließen oder wenn sich ein Vermieter mit entsprechenden Wünschen an einen Makler wendet, der sich über die Anweisung hinwegsetzt.

¹⁵⁰ Die eigentlich aufgrund der Weisung zu benachteiligende Person hat mangels Verletzungshandlung des Angewiesenen keinen Nachteil erlitten. Die Zulässigkeit eventueller Maßregelungen im Verhältnis zwischen Geschäftsherr und Verrichtungsgehilfe beurteilt sich i.d.R. nach den arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsvorschriften.

¹⁵¹ Begründung zum ZADG-E 2004, S. 78.

¹⁵² BT-Drucks. 15/4538, S. 30.

fenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“

§ 3 Abs. 4 ADG-E definiert die sexuelle Belästigung. Die Definition müsste sich für das Zivilrecht nunmehr stärker an Art. 2 lit. d der Richtlinie 2004/113/EG ausrichten und nicht am Beschäftigtenschutzgesetz oder der Richtlinie 76/207/EWG, wie es in der Begründung¹⁵³ heißt. Nach der Richtlinie 2004/113/EG ist eine sexuelle Belästigung

„jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in verbaler, nichtverbaler oder physischer Form äußert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“

Im Falle der „einfachen“ Belästigung sieht die Regierungskoalition den Anspruchsteller als bereits nach geltendem Recht geschützt an: Wer im Rahmen eines Schuldverhältnisses einen anderen wegen eines in § 1 ADG-E bezeichneten Merkmals belästige, lasse die nach § 241 Abs. 2 BGB gebotene Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen Partei vermissen und verletze insoweit seine vertraglichen Pflichten. Weiteren Schutz vor Belästigungen böten das Deliktsrecht (§§ 823 ff., 253 Abs. 2 BGB) und die einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen, z.B. § 185 des Strafgesetzbuchs (StGB).¹⁵⁴

Diese Überlegungen sind zutreffend. Zweifel könnten allenfalls daran bestehen, ob das Deliktsrecht tatsächlich eine wirksame Sanktion bereithält, wenn zwischen den Parteien kein Vertrag besteht. Denn die §§ 823 ff. BGB verlangen ein Verschulden des Anspruchsgegners. Grundsätzlich setzt die Belästigung aber auch ein Verschulden voraus: Entweder wird eine Würdeverletzung bezweckt und damit vorsätzlich herbeigeführt. Wer das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen dagegen unabsichtlich verletzt und damit eine Würdeverletzung bewirkt, lässt in der Regel die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht und handelt gemäß § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig. Dass jemand nach bestem Wissen und Gewissen die Würde einer Person verletzt und damit gleichzeitig ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld schafft, ist kaum vorstellbar. Sollten derartige Fälle doch vorkommen, könnte man am Verschuldenserfordernis über die Öffnungsklausel in Art. 2 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2000/43/EG dennoch festhalten:¹⁵⁵ Danach „können die Mitglied-

¹⁵³ BT-Drucks. 15/4538, S. 30.

¹⁵⁴ BT-Drucks. 15/4538, S. 30.

¹⁵⁵ *Neuner*, (Fn. 53), S. 66. Das gilt jedoch nicht für Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts: Die Richtlinie 2004/113/EG enthält in ihrem Art. 2 lit. c keine entsprechende Öffnungsklausel.

staaten den Begriff ‚Belästigung‘ im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten definieren.“ Das Verschuldenserfordernis des Deliktsrechts steht also zumindest einer richtlinienkonformen Umsetzung der Belästigung gemäß Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2000/43/EG nicht im Wege. Bedenkt man noch den zusätzlichen strafrechtlichen Schutz des Diskriminierungsopfers, ist der Einschätzung des BMJ beizupflichten, dass eine gesonderte Umsetzung nicht erforderlich wäre.¹⁵⁶ Zu beachten ist auch bei Belästigungen im Zivilrecht die von der normalen Beweisführung abweichende Vorschrift des Art. 8 der Richtlinie 2000/43/EG bzw. Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG, die durch § 23 ADG-E umgesetzt werden, und die Beweiserleichterungen zu Gunsten des Belästigungsopfers vorschreiben.

IV. Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlungen

Neben den vorgestellten Bereichsausnahmen¹⁵⁷ soll das ADG-E auch verschiedene Rechtfertigungsgründe enthalten, die eine unterschiedliche Behandlung für zulässig erklären. Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 ADG-E genannten Gründe (Mehrfachdiskriminierung), so kann sie gemäß § 4 ADG-E über die §§ 8 bis 10 und 21 ADG-E nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle Gründe erstreckt, deretwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt.

Die Kommission¹⁵⁸ ist der Ansicht, dass Rechtfertigungsmöglichkeiten grundsätzlich eng zu verstehen seien. Dabei kann sie sich auf die Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁹ stützen.¹⁶⁰ Dieser hat z.B. in Bezug auf Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 76/207/EWG entschieden, „dass diese Bestimmung als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen ist.“ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist jedoch seinerseits eine Ausnahme von den im Zivilrecht geltenden Grundsätzen der Privatautonomie und des Rechts auf Privatleben.¹⁶¹ Es ist daher nicht auszuschließen, sondern wäre vielmehr wünschenswert, dass sowohl deutsche Gerichte als auch der EuGH die Rechtfertigungsmöglichkeiten und Bereichsausnahmen zumindest dort weit auslegen, wo Vertragsfreiheit und Privatleben in ihrem Kern betroffen sind.

¹⁵⁶ Ebenso *Neuner*, (Fn. 53), S. 66; a.A. *Annuß*, BB 2004, Heft 34 v. 23.8.2004 „Die erste Seite“, ohne nähere Begründung.

¹⁵⁷ Vgl. oben C.II.

¹⁵⁸ KOM(1999) 566, S. 9; KOM(2000) 334, S. 9 in Bezug auf die Richtlinien 2000/43/EG und 2002/73/EG.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. 222/84, Slg. 1986, I-1651, Rdnr. 36 (*Johnston*).

¹⁶⁰ Vgl. *Schöbener/Stork*, (Fn. 9), S. 78 f. m.w.N.

¹⁶¹ Vgl. zum Regel-Ausnahme-Verhältnis oben C.I.3.a) sowie *Schöbener/Stork*, (Fn. 9), S. 78 f.

1. Positive Maßnahmen

Mit § 5 ADG-E macht die Regierungskoalition zunächst von der Ermächtigung zu positiven Fördermaßnahmen¹⁶² nach Art. 5 bzw. 6 der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG Gebrauch. Danach können Privatpersonen, die einem Diskriminierungsverbot unterliegen (in der Regel Unternehmer im Sinne des § 14 BGB) entsprechend ihrer persönlichen Anschauung Maßnahmen zur Förderung von Personen mit einem in § 1 ADG-E genannten Merkmal vornehmen. Auch Menschen einer anderen Rasse oder ethnischen Herkunft könnten von anderen Privaten beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen bevorzugt behandelt werden. Unklar bleibt der Bezugspunkt der Fördermaßnahmen: Sollen sie Benachteiligungen ausgleichen, die durch die allgemeine Situation im Lande bzw. die Verhältnisse in einer Region oder in einer bestimmten Branche entstanden sind?¹⁶³

Bei positiven Fördermaßnahmen handelt sich um Maßnahmen zum Ausgleich oder zur Verhinderung von spezifischen Benachteiligungen, die Personen aufgrund eines in § 1 ADG-E genannten Merkmals erlitten haben oder erleiden. Durch gezielte, zeitlich begrenzte Vorzugsbehandlung soll der Angehörige der benachteiligten Gruppe auf das Niveau der begünstigten Mehrheit gebracht werden.¹⁶⁴ Dahinter steht der Gedanke der Herstellung einer nicht bloß formalen, sondern materiellen Gleichheit. Zutreffend koppelt der ADG-E die Zulässigkeit der Förderung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.¹⁶⁵ Dies stellt sicher, dass der Eingriff auf ein Mindestmaß beschränkt bleibt.¹⁶⁶ Die grundsätzliche Zulässigkeit positiver Förderungsmaßnahmen ist heute anerkannt, sofern diese nicht einer Gruppe einen absoluten Vorrang einräumen.¹⁶⁷ Sie entspricht dem Ziel des Art. 13 EGV, Diskriminierungen aufgrund der genannten Merkmale umfassend zu bekämpfen. Schließlich erfordert auch die Natur mancher Diskriminierungsmerkmale positive Maßnahmen. Insbesondere einem behinderten Menschen nutzt die formale Gleichheit mit anderen Menschen wenig. Er ist vielmehr auf die Herstellung materieller Gleichheit angewiesen.

¹⁶² Maßnahmen, die eine bestimmte Gruppe von Personen bevorzugen, benachteiligen gleichzeitig die übrigen und sind daher mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz an sich nicht vereinbar. Für sie haben sich die Begriffe „positive Diskriminierung“ oder „positive Maßnahmen“ eingebürgert.

¹⁶³ Zutreffend die Stellungnahme des DAV (Ausschuss Arbeitsrecht) v. Januar 2005 (10/2005), S. 7.

¹⁶⁴ *Stalder*, Antidiskriminierungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 13 EG-Vertrag, 2001, S. 77 f.; zu prüfen wäre, ob derartige positive Maßnahmen aufgrund dieser Zielsetzung und mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht auf den Ausgleich von Nachteilen wegen des Geschlechts und wegen einer Behinderung begrenzt werden sollten.

¹⁶⁵ Auch nach dem Vorschlag für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657), S. 17 ist „zu belegen, dass derartige Maßnahmen erforderlich sind, dass sie auf den Ausgleich eines spezifischen Nachteils abstellen und dass sie zeitlich befristet und nur so lange in Kraft bleiben, wie dies erforderlich ist, um das betreffende Problem in den Griff zu bekommen.“ Dies entspricht EuGH, Rs. 476/99, Slg. 2002, I-2891, Rdnr. 39 (*Lommers*); siehe dazu auch die Anmerkung von *Leder*, EzA 357 (2002), S. 11 (16).

¹⁶⁶ *Riesenhuber/Franck*, (Fn. 5), S. 535.

¹⁶⁷ EuGH, Rs. 450/93, Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 22 ff. (*Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*).

2. „Rechtmäßiges Ziel“ bei mittelbarer Diskriminierung

Die mittelbare Diskriminierung setzt schon tatsbestandsmäßig die Abwesenheit eines sachlichen Grundes voraus. Der Rechtfertigungsgrund hat daher den Charakter eines negativen Tatbestandsmerkmals: Soweit die Benachteiligung durch ein „rechtmäßiges Ziel“ sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Anliegens erforderlich und angemessen sind, liegt bereits keine mittelbare Diskriminierung vor. Es handelt sich dann um eine zulässige Ungleichbehandlung, für die der Anspruchsgegner nach allgemeinen Regeln darlegungs- und beweispflichtig ist. Bei mittelbaren Diskriminierungen gemäß § 3 Abs. 2 ADG-E ist die Frage der zulässigen Ungleichbehandlung also schon auf Tatbestandsebene zu entscheiden. Viele der in § 21 ADG-E geregelten Fragen werden bereits an dieser Stelle (und nicht erst auf der Ebene der Rechtfertigung) zu prüfen sein. Über § 3 Abs. 2 ADG-E ist auch die Rechtfertigung von rassistischen bzw. ethnischen Benachteiligungen möglich.

Bei der Beurteilung, ob es sich um eine mittelbare Diskriminierung handelt oder ob eine unterschiedliche Behandlung als objektiv gerechtfertigt anzusehen ist, sind zwei Aspekte von entscheidender Bedeutung: Zum einen muss das Ziel der betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die zu einer Ungleichbehandlung führen, schützenswert sowie wichtig genug sein, um Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu haben; zum zweiten müssen die zur Erreichung des Ziels angewandten Mittel geeignet und erforderlich sein.¹⁶⁸

3. Zulässige unterschiedliche Behandlung bei „sachlichem Grund“

§ 21 Satz 1 ADG-E rechtfertigt nur Benachteiligungen wegen einer Behinderung, der Religion oder Weltanschauung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts, soweit diese in den Anwendungsbereich des § 20 Abs. 1 ADG-E fallen und auf einem „sachlichen Grund“ beruhen. Satz 2 führt entsprechende Regelbeispiele an, die jedoch nicht als abschließend zu verstehen sind, wie die Verwendung des Wortes „insbesondere“ zeigt. Sie konkretisieren gleichwohl den Begriff des „sachlichen Grundes“, indem sie die wichtigsten Fallgruppen umreißen und Hinweise für die Auslegung des Grundtatbestandes geben.¹⁶⁹ Die Rechtfertigungsgründe des § 21 ADG-E beruhen auf der Überlegung, dass Differenzierungen im allgemeinen Zivilrecht akzeptiert oder sogar sozial erwünscht sind. Der Anbieter, d.h. der Anspruchsgegner, muss nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen die Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung darlegen und beweisen.

Eine Rechtfertigung von rassistischen oder ethnischen Diskriminierungen anhand von § 21 ADG-E ist nicht möglich, weil die entsprechende Richtlinie 2000/43/EG

¹⁶⁸ KOM(1999) 565, S. 9.

¹⁶⁹ BT-Drucks. 15/4538, S. 41.

keinen Rechtfertigungsgrund vorsieht. Hier bleibt nur der Weg über eine Beschränkung des Anwendungsbereichs, wie ihn z.B. § 20 Abs. 4 und 5 ADG-E gehen, sowie die in den §§ 5 und 3 Abs. 2 ADG-E genannten Rechtfertigungsgründe.

Dagegen bestimmt Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie 2004/113/EG, dass eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt werden kann, wenn die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Art. 5 Abs. 2 hält darüber hinaus einen Rechtfertigungsgrund für geschlechtsspezifische Versicherungstarife bereit. Diese Rechtfertigungsmöglichkeiten werden durch die Regelbeispiele in § 21 Satz 2 Nr. 2 und 5 aufgegriffen. Geschlechtsspezifische Diskriminierungen lassen sich jedoch auch über die Nummern 1 und 3 rechtfertigen. Weitere Rechtfertigungsmöglichkeiten sind denkbar, soweit sie auf einem „sachlichen Grund“ beruhen und verhältnismäßig sind.¹⁷⁰

Dieses Beispiel verdeutlicht den grundsätzlichen Ansatz von § 21 ADG-E: Hier lässt sich praktisch „alles mit allem“ rechtfertigen. Lediglich die Nr. 4 (Religion oder Weltanschauung) und 5 (privatrechtliche Versicherungsverträge) sind an bestimmte Situationen gebunden.

a) Sachlicher Grund

Die Feststellung eines sachlichen Grundes bedarf einer wertenden Feststellung im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben. Die sachlichen Gründe können sich zunächst aus dem Charakter des Schuldverhältnisses ergeben. Es können Umstände sein, die aus der Sphäre desjenigen stammen, der die Unterscheidung trifft, oder aber aus der Sphäre desjenigen, der von der Unterscheidung betroffen ist.¹⁷¹

Es ist nicht nachvollziehbar, dass sich weder im ADG-E selbst noch in der Begründung eine Bindung des sachlichen Grundes an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet. Dieser ist daher als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung in § 21 Abs. 1 Satz 1 ADG-E hineinzulesen.¹⁷² Dies ergibt sich schon aus einer richtlinienkonformen Auslegung mit Blick auf Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie 2004/113/EG, der angemessene und erforderliche Mittel zur Erreichung des legitimen Ziels voraussetzt.

¹⁷⁰ Der Erwägungsgrund 12 des Vorschlags für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657) nennt z.B. Frauenhäuser (Schutz vor sexueller Gewalt), geschlechtsspezifische Untermietverträge (Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens), private Interessenvertretung durch Verbände (Förderung der Geschlechtergleichbehandlung), Männer- oder Frauenclubs (Schutz der Vereinigungsfreiheit) und geschlechtsspezifische Sportveranstaltungen.

¹⁷¹ BT-Drucks. 15/4538, S. 41.

¹⁷² Geradezu entgegengesetzt müsste man den ADG-E verstehen, wenn dieser sich zu der Frage erst ausschweigt, um sodann im Rahmen des § 21 Satz 2 Nr. 1 ausdrücklich festzustellen: „Willkürliche Anforderungen sind ... von Nummer 1 nicht gedeckt“, vgl. BT-Drucks. 15/4538, S. 41.

b) Regelbeispiele

§ 21 Satz 2 Nr. 1 ADG-E erklärt eine unterschiedliche Behandlung für zulässig, „wenn sie der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden, oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient.“¹⁷³ Die beiden genannten Fälle sind nicht abschließend zu verstehen, wie die Verwendung der Formulierung „oder anderen Zwecken vergleichbarer Art“ deutlich macht. § 21 Satz 2 Nr. 1 ADG-E dient insbesondere der Beachtung von Verkehrssicherungspflichten bei Massengeschäften.¹⁷⁴ Der Schadensverhütung kann es z.B. dienen, wenn ein Transportunternehmen bei der Beförderung behinderter Menschen auf eine Begleitperson besteht oder wenn der Zugang zu riskanten Leistungen an ein bestimmtes Alter geknüpft wird.¹⁷⁵

Soweit die unterschiedliche Behandlung „dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt“, ist sie gemäß § 21 Satz 2 Nr. 2 zulässig. In der Regel wird dieser Rechtfertigungsgrund nur die Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts betreffen. Die Vorschrift rechtfertigt Unterscheidungen nur, wenn sie aus nachvollziehbaren Gründen erfolgen. Nicht jedes subjektive Sicherheitsbedürfnis reicht insoweit aus,¹⁷⁶ so dass Maßstab das Empfinden eines objektiven Dritten in der Rolle des Betroffenen sein dürfte. Der Rechtfertigungsgrund braucht nicht in der Person des Diskriminierenden vorzuliegen. Vielmehr soll es nach der Begründung¹⁷⁷ ausreichen, wenn damit Dritte, z.B. Besucherinnen eines Schwimmbads, geschützt werden.

Nach § 21 Satz 2 Nr. 3 ADG-E ist eine benachteiligende Maßnahme gerechtfertigt, soweit sie „besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt“. Strukturell ähnelt der Rechtfertigungsgrund einer positiven Maßnahme¹⁷⁸, ohne jedoch zu verlangen, dass durch die Vorzugsbehandlung (die zugleich alle anderen Personen ohne dieses Merkmal diskriminiert) be-

¹⁷³ Im Vergleich zur Vorgängerregelung des § 319d Abs. 2 BGB n.F. des ZADG-E 2004, die sich nur auf die unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung bezog, wurde statt „Berücksichtigung eines Risikos“ nunmehr die Formulierung „der Vermeidung von Gefahren“ aufgenommen. Der Rest der Vorschrift bleibt unverändert. Die Norm rechtfertigt nun jedoch nicht mehr nur Benachteiligungen wegen einer Behinderung, sondern alle Benachteiligungen. Dies führte offenbar zu einer Änderung des Wortlauts, vgl. dazu BT-Drucks. 15/4538, S. 41. Zugleich wurde mit § 21 Satz 2 Nr. 5 ein eigener Rechtfertigungsgrund für privatrechtliche Versicherungsverträge geschaffen, so dass die „Berücksichtigung eines Risikos“ nunmehr ausschließlich dort zu verorten ist. Ein Änderungsvorschlag der Organisation Netzwerk Artikel 3 lautet: „Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung notwendig ist, um eine erhebliche Gefährdung der Gesundheit oder des Lebens der Person oder Dritter zu vermeiden, gesetzliche Unfallverhütungsvorschriften es erfordern oder nur so voraussichtliche Schäden vermieden werden können.“

¹⁷⁴ BT-Drucks. 15/4538, S. 41.

¹⁷⁵ BT-Drucks. 15/4538, S. 41 nennt insoweit die Ausübung gefährlicher Sportarten auf einer privaten Anlage.

¹⁷⁶ BT-Drucks. 15/4538, S. 41.

¹⁷⁷ BT-Drucks. 15/4538, S. 41.

¹⁷⁸ Vgl. dazu oben C.IV.1.

stehende Nachteile ausgeglichen werden. Typische Anwendungsfälle werden voraussichtlich die Rabattgewährung an weniger leistungsfähige Gruppen (Studenten, Senioren, usw.) sowie allgemeine Verkaufsfördermaßnahmen (z.B. niedrigerer Eintrittspreis für Frauen¹⁷⁹) umfassen.

§ 21 Satz 2 Nr. 4 ADG-E betrifft eine Handlung, die „an die Religion oder Weltanschauung eines Menschen anknüpft.“ Soweit der Anspruchsgegner (nach hier vertretener Ansicht) Unternehmer oder eine Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaft ist und in einer Weise am privaten Rechtsverkehr teilnimmt, die Ausdruck der eigenen religiösen oder weltanschaulichen Grundhaltung ist, darf er andere Menschen wegen deren Überzeugungen benachteiligen.¹⁸⁰

Nach § 21 Satz 2 Nr. 5 ADG-E ist eine Ungleichbehandlung bei privatrechtlichen Versicherungsverträgen gerechtfertigt, wenn das Merkmal „ein bestimmender Faktor bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ist.“ Insgesamt trifft die Versicherungen damit eine gesteigerte Darlegungs- und Beweislast.¹⁸¹ Wann Statistiken damit eine tragfähige Grundlage einer Unterscheidung sein können, bleibt jedoch unklar.¹⁸² Ob gleiche Tarife für alle damit zukünftig unausweichlich sind, werden die Gerichte klären müssen.

V. Ansprüche

Weil die Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG keine schuldhaft Diskriminierung voraussetzt,¹⁸³ muss der nationale Gesetzgeber schon bei objektiven Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot gemäß Art. 15 bzw. Art. 14 „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionen vorsehen.¹⁸⁴ Mit der

¹⁷⁹ Vgl. auch die Werbeaktion des Elektronikgroßhändlers Saturn v. Dezember 2004: Jede Woche wurden besonders preisgünstige Güter nur an Angehörige einer bestimmten Gruppe abgegeben (z.B. Wasserkocher für Frauen; Staubsauger für Rentner; usw.). Derartige Maßnahmen fallen unter § 20 Abs. 1 ADG-E, könnten aber nach Inkrafttreten eines ADG gegebenenfalls über § 21 Satz 2 Nr. 3 ADG-E gerechtfertigt werden.

¹⁸⁰ Soweit eine natürliche Person (im Anwendungsbereich des ADG-E gleichbedeutend mit Unternehmer) sich auf § 21 Satz 2 Nr. 4 ADG-E beruft, genügt nicht der bloße Verweis auf behauptete Glaubensinhalte oder -gebote. Vielmehr muss ein Gewissenskonflikt als Konsequenz aus dem Zwang, der eigenen Glaubensüberzeugung zuwider zu handeln, konkret, substantiiert und objektiv nachvollziehbar dargelegt werden, vgl. BT-Drucks. 15/4538, S. 42 unter Berufung auf BVerwGE 94, 82 ff.

¹⁸¹ *Thüsing*, FAZ v. 19.1.2005, S. 25; kritisch dazu Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005), S. 10 f.

¹⁸² *Thüsing*, FAZ v. 19.1.2005, S. 25.

¹⁸³ EuGH, Rs. 180/95, Slg. 1997, I-2195, Rdnr. 19 (*Draempael*); EuGH, Rs. 177/88, Slg. 1990, I-3941, Rdnr. 22, 26 (*Dekker*).

¹⁸⁴ Diese Anforderungen beruhen auf der Rechtsprechung des EuGH, wonach eine Entschädigung in angemessenem Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen und über einen symbolischen Schadenersatz hinausgehen muss, vgl. EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891, Rdnr. 23 f. (*von Colson u. Kamann*).

Forderung nach einer „abschreckenden“ Sanktion ist nicht die Einführung eines Strafschadensersatzes verbunden.¹⁸⁵ Diese Aufgabe soll § 22 ADG-E erfüllen, der die bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gegebenen besonderen Ansprüche regelt bzw. die Rechtsfolgen konkretisiert.¹⁸⁶ Eine vergleichbare Regelung für Beschäftigungsverhältnisse findet sich in § 15 ADG-E. Ein Anspruch auf Mitgliedschaft oder Mitwirkung in privatrechtlichen Berufsvereinigungen und Vereinen bzw. Verbänden mit „überragende[r] Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich“ ergibt sich abweichend von § 22 ADG-E aus § 19 Abs. 2 ADG-E.

1. Beseitigung und Unterlassung

§ 22 Abs. 1 Satz 1 ADG-E sieht einen Beseitigungsanspruch vor. Der Diskriminierende kann bei Wiederholungsgefahr nach Satz 2 auch auf künftige Unterlassung in Anspruch genommen werden. Dies kann tatsächliches Handeln betreffen und z.B. darauf gerichtet sein, künftig die Verweigerung des Zugangs zu einer Einkaufspassage zu unterlassen.¹⁸⁷ Unter den Voraussetzungen des Abs. 2 soll § 22 ADG-E auch einen Anspruch auf den Abschluss eines Vertrags enthalten, also ebenfalls auf ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Handeln.¹⁸⁸

2. Schadensersatz für materielle Schäden

§ 22 Abs. 3 Satz 1 und 2 ADG-E regeln die Verpflichtung des Anspruchsgegners, bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot den daraus entstehenden Vermögensschaden zu ersetzen. Er ist gemäß Satz 2 nicht dazu verpflichtet, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Dies entspricht der Regelungs-

¹⁸⁵ Vgl. vorherige Fußnote sowie *Steinbrück*, Geldentschädigung bei ethnischen Diskriminierungen - Punitive Damages als zivilrechtliche Sanktion, Jura 2004, S. 439.

¹⁸⁶ Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut: „(1) Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

(2) Im Fall einer Vertragsverweigerung kann der Benachteiligte den Abschluss eines Vertrages nur verlangen, wenn dieser ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre. Die Leistung muss hinreichend bestimmt sein; die Gegenleistung ist im Zweifel nach § 315 Abs. 3 und § 316 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu ermitteln.

(3) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbotes ist der Benachteiligte verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Benachteiligte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

(4) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.

(5) Auf eine Vereinbarung, die von dem Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der Benachteiligte nicht berufen.“

¹⁸⁷ BT-Drucks. 15/4538, S. 43.

¹⁸⁸ BT-Drucks. 15/4538, S. 43 f.; vgl. dazu unten C.V.4.

technik des § 280 Abs. 1 BGB. Weigert sich etwa ein Taxiunternehmer, einen Fahrgast wegen seiner ethnischen Herkunft zu befördern und entgeht dem Diskriminierungsoffer durch die Verspätung ein Geschäft, so wäre dieser Vermögensschaden nach § 22 Abs. 3 Satz 1 ADG-E zu ersetzen, soweit sich der Benachteiligte nach Satz 2 nicht entlasten kann. Zusätzlich kommen die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung (§§ 280 ff., 823 Abs. 2 BGB).¹⁸⁹

Fraglich ist, ob diese Regelung europarechtskonform ist, weil sie den Anspruch auf Schadensersatz wegen Diskriminierung an die Voraussetzung des Verschuldens knüpft.¹⁹⁰ Dies hat der EuGH¹⁹¹ in einem vergleichbaren Fall zur Richtlinie 76/207/EWG in Zweifel gezogen. Während im Fall *Draempaehl* nur ein immaterieller Schaden wegen einer erfolgten Diskriminierung geltend gemacht wurde, ging es im Fall *Dekker* um die Zahlung von Schadensersatz wegen Verdienstausfall. Die Klägerin war wegen ihrer Schwangerschaft nicht eingestellt worden und machte deswegen einen Vermögensschaden geltend. Auch hier stellte das Gericht fest: „[K]eineswegs ... [ist] die Haftung des Urhebers einer Diskriminierung davon abhängig ..., dass ein Verschulden nachgewiesen wird.“¹⁹² Der Gesetzgeber kann sich auch nicht darauf berufen, dass „[d]ieser Entlastungsbeweis bei der unmittelbaren Benachteiligung kaum praktisch werden [würde]“.¹⁹³ Vielmehr hat der EuGH¹⁹⁴ bereits festgestellt, dass das Verschuldenserfordernis nicht dadurch gerechtfertigt werden könne, „dass der Nachweis für ein solches Verschulden leicht zu erbringen sei.“ Eine vergleichbare Regelung für Beschäftigungsverhältnisse findet sich in § 15 Abs. 4 ADG-E. Sie dürfte ebenfalls hinter den sekundärrechtlichen Vorgaben zurückbleiben.

3. Schadensersatz für immaterielle Schäden

Bei einem immateriellen Schaden erhält der Geschädigte gemäß § 253 Abs. 1 BGB grundsätzlich keinen Ausgleich in Geld, es sei denn, das Gesetz sieht ausdrücklich etwas anderes vor. Vor diesem Hintergrund soll § 22 Abs. 3 ADG-E nunmehr auch für den Nichtvermögensschaden aufgrund einer erlittenen Diskriminierung einen Anspruch auf angemessene Entschädigung ermöglichen.¹⁹⁵ Zu einer vergleichbaren Regelung sah sich der Gesetzgeber in Umsetzung europarechtlicher Vor-

¹⁸⁹ BT-Drucks. 15/4538, S. 44.

¹⁹⁰ Zweifelnd schon *Stork*, (Fn. 8).

¹⁹¹ EuGH, Rs. 180/95, Slg. 1997, I-2195, Rdnr. 19 (*Draempaehl*); EuGH, Rs. 177/88, Slg. 1990, I-3941, Rdnr. 22, 26 (*Dekker*).

¹⁹² EuGH, Rs. 177/88, Slg. 1990, I-3941, Rdnr. 22 (*Dekker*).

¹⁹³ So aber BT-Drucks. 15/4538, S. 44.

¹⁹⁴ EuGH, Rs. 180/95, Slg. 1997, I-2195, Rdnr. 20 (*Draempaehl*).

¹⁹⁵ Vgl. dazu *Steinbrück*, (Fn. 185), S. 439 ff.

gaben bereits im Rahmen des § 611a BGB und des § 81 Abs. 2 SGB IX veranlasst. Für Beschäftigungsverhältnisse findet sich die Regelung nunmehr in § 15 Abs. 1 ADG-E.

Von der Bestimmung einer Mindest- oder Höchstgrenze sieht der ADG-E ab. Offenbar trägt die Regierungskoalition damit der Erwägung Rechnung, dass § 22 ADG-E für eine Vielzahl unterschiedlichster Schuldverhältnisse gilt und daher Flexibilität erfordert. Von dem Erfordernis einer „erheblichen Beeinträchtigung“ wurde im Gegensatz zur Vorgängervorschrift des § 319f Abs. 3 BGB n.F. (Entwurf) abgesehen. Auch die DiskE 2001/2002 kannten keine solche „Bagatellschwelle“. Ob sie erforderlich ist, ist eine rechtspolitische Frage, jedoch kann die Rechtsprechung auch ohne sie zu angemessenen Ergebnissen gelangen.

4. Benachteiligende Vereinbarungen

§ 22 Abs. 5 ADG-E stellt im Hinblick auf einzelne diskriminierende Vertragsabreden klar, dass sich der Anspruchsgegner auf eine Vereinbarung nicht berufen kann, die vom Benachteiligungsverbot abweicht. Bestimmungen über das Benachteiligungsverbot und die daraus folgenden Ansprüche sind also unabdingbar. Dies entspricht der neuen gesetzlichen Regelungstechnik nach der Schuldrechtsmodernisierung 2002 (vgl. § 475 Abs. 1 BGB): § 139 BGB wird insoweit ausgeschlossen, während das Schuldverhältnis im Übrigen Bestand hat. Denn dem Benachteiligten wäre mit einer Rückabwicklung des Vertrags oftmals nicht geholfen.¹⁹⁶

Ansonsten verbleibt es dabei, dass insbesondere benachteiligende einseitige Rechtsgeschäfte nach § 134 BGB grundsätzlich nichtig sind. Die gilt z.B. für Kündigungen, die ausgesprochen werden, um den Anspruchsteller aus einem in § 1 ADG-E genannten Grund zu diskriminieren.¹⁹⁷

5. Kontrahierungszwang als Unterfall des Beseitigungsanspruchs

Die Pflicht zum Abschluss von Verträgen kann in Ausnahmesituationen ein notwendiges soziales Korrektiv einer marktwirtschaftlichen Ordnung sein.¹⁹⁸ In einigen Fällen ist sie unmittelbar gesetzlich festgelegt.¹⁹⁹ Umstritten ist, inwieweit auch

¹⁹⁶ BT-Drucks. 15/4538, S. 45.

¹⁹⁷ BT-Drucks. 15/4538, S. 45.

¹⁹⁸ Dazu näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 238.

¹⁹⁹ Es handelt sich insbesondere um den Bereich öffentlicher Daseinsvorsorge. Danach haben öffentliche Versorgungsträger, die die allgemeine Versorgung der Bevölkerung mit (i.w.S. verstanden) lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen mittels privatrechtlicher Vertragsschlüsse erfüllen müssen, eine Abschlusspflicht; vgl. dazu *Kramer*, in: MünchKomm BGB, 4. Aufl. 2001, § 145, Rdnr. 10.

ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift aus allgemeinen Rechtsprinzipien ein Kontrahierungszwang hergeleitet werden kann. Bislang bejahte die überwiegende Ansicht einen „allgemeinen Kontrahierungszwang“ nur in Monopolsituationen bei öffentlich zugänglichen und existenziell notwendigen Leistungen. Dem Nachfrager musste insoweit ein zumutbares Ausweichen auf andere Anbieter verschlossen sein.²⁰⁰ In neuerer Zeit zeigt sich jedoch allgemein eine die Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs auflockernde Tendenz.²⁰¹ So nimmt die Lehre teilweise²⁰² auch bei Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft eine Pflicht zum Vertragsschluss an. *Neuner*²⁰³ befürwortet den Kontrahierungszwang auch, wenn ein Privater wegen seiner Behinderung von „einem Reiseveranstalter oder einem Gastwirt“ abgewiesen wurde.

a) Allgemeines Konzept des ADG-E

Der Entwurf der Regierungskoalition sieht in Fortführung dieser Überlegungen in § 22 Abs. 1 Satz 1 ADG-E nunmehr einen gesetzlichen Anspruch auf Vertragsschluss im Falle einer Vertragsverweigerung vor, die auf einem rechtswidrigen Verstoß gegen das in § 20 ADG-E geregelte Benachteiligungsverbot beruht.²⁰⁴ § 22 Abs. 2 ADG-E konkretisiert die Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs: Es handelt sich einerseits um Klarstellungen, die sich schon aus allgemeinen Prinzipien des Zivilrechts ergeben, wie etwa das in Satz 1 formulierte Kausalitätserfordernis: Der Diskriminierte kann „den Abschluss eines Vertrages nur verlangen, wenn dieser ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre“. Auch die in Satz 2 geregelte Anforderung, wonach Leistung und Gegenleistung hinreichend bestimmt sein müssen, entspricht allgemeinen Grundsätzen. Nach dem

²⁰⁰ *Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwange, AcP 180 (1980), S. 1 (41); *Kramer*, in: MünchKomm BGB, 4. Aufl. 2001, § 145, Rdnr. 13; *Heinrich*, in: Palandt u.a. (Hrsg.), BGB, 64. Aufl. 2005, Einf § 145, Rdnr. 10; *Medicus*, SchuldR I, 15. Aufl. 2004, Rdnr. 84.

²⁰¹ BGH NJW 1990, S. 761 (762 f.) erwägt, auf das Erfordernis einer Monopolstellung des Anbieters zu verzichten und eine erhebliche wirtschaftliche und soziale Machtstellung genügen zu lassen. Das Gericht lässt darüber hinaus offen, ob ein Abschlusszwang nur bei lebensnotwendigen Leistungen oder auch schon bei lebenswichtigen Leistungen oder gar allen Leistungen des Normalbedarfs in Betracht kommt, vgl. dazu *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 395 f.; *Kramer*, in: MünchKomm BGB, 4. Aufl. 2001, § 145, Rdnr. 14.

²⁰² Vgl. *Bezenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), S. 395 (427 ff.); *Neuner*, (Fn. 53), S. 64; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, S. 165 f.; *Bork*, in: Staudinger, 2003, Vorbem zu §§ 145-156, Rdnr. 24 (alle ohne Bezug zur Richtlinie 2000/43/EG); *Heinrich*, in: Palandt u.a. (Hrsg.), BGB, 63. Aufl. 2004, Einf § 145, Rdnr. 10 sowie Anh nach § 319, Rdnr. 20 leitet diese Rechtsfolge aus den Wertungen der Richtlinie 2000/43/EG her.

²⁰³ *Neuner*, (Fn. 53), S. 1829.

²⁰⁴ BT-Drucks. 15/4538, S. 43 sieht die Grundlage des Kontrahierungszwangs im Schadensersatzrecht (Vertragsschluss als Naturalrestitution) bzw. im quasi-negatorischen Folgenbeseitigungsanspruch (Vertragsschluss als Beseitigung der Beeinträchtigung).

Leistungsstörungsrecht kommt ein Anspruch auf Vertragsschluss im Übrigen nicht mehr in Frage, wenn der Diskriminierende inzwischen über die Sache oder das Recht verfügt hat (§ 275 Abs. 1 BGB) oder die Leistung objektiv unmöglich ist.²⁰⁵

b) Kontrahierungszwang bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 20 Abs. 1 ADG-E

Die Kausalitätsprüfung wird bei der Benachteiligung wegen einer Behinderung aufgrund des Erfordernisses eines sogenannten „Massengeschäfts“ unproblematisch sein. Ein Kontrahierungszwang ist wohl auch angemessen, denn bei sogenannten „Massengeschäften“ im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit kommt es dem Diskriminierenden in der Regel ohne Ansehen der Person nur auf den Absatz von Gütern und Dienstleistungen an: Ein schützenswertes Interesse an der Auswahl des Vertragspartners, das Rechtspositionen des Diskriminierungsopfers überwiegen würde, besteht nicht.²⁰⁶

c) Kontrahierungszwang bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus § 20 Abs. 2 ADG-E

Anders stellt sich die Lage bei rassischen bzw. ethnischen Diskriminierungen im Güter- und Dienstleistungsbereich dar. Nach dem ADG-E könnte hier bereits jeder Private, der ein „öffentliches Angebot“ macht, zu diskriminierungsfreier Behandlung verpflichtet sein.²⁰⁷ Danach müsste aufgrund von § 22 ADG-E jedes erdenkliche Rechtsgeschäft mit einer Person abgeschlossen werden, die man unter normalen Umständen meiden würde. Die Problematik potenziert sich bei Dauerschuldverhältnissen. Hier erscheint ein Kontrahierungszwang auf den ersten Blick unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.²⁰⁸

Diese Gefahr sieht auch der ADG-E, hält sie jedoch aufgrund des Kausalitätserfordernisses für gebannt. Mit Blick auf die Vertragsfreiheit komme ein Anspruch

²⁰⁵ BT-Drucks. 15/4538, S. 43. Im Zivilrechtsverkehr wird eine solche Konstellation wegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E („Massengeschäft“) und aufgrund des oben dargelegten Verständnisses von Gütern und Dienstleistungen, „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ (Anspruchsgegner sind nur Unternehmer) praktisch nicht eintreten. Etwas anderes würde gelten, wenn man es für § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E ausreichen lassen würde, dass die Güter und Dienstleistungen „öffentlich angeboten“ werden. Vgl. zu den sich dann ergebenden schwierigen Folgeproblemen: Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005), S. 12.

²⁰⁶ Ebenso BT-Drucks. 15/4538, S. 44.

²⁰⁷ Vgl. oben C.I.2.a)aa).

²⁰⁸ Art. 15 der Richtlinie 2000/43/EG erfordert als „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktion keinen Kontrahierungszwang, vgl. auch *Thüsing*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, S. 3441 (3444). Die gesetzliche Pflicht zum Vertragsschluss muss sich daher als „überschießende Richtlinienumsetzung“ am nationalen Verfassungsrecht messen lassen, vgl. schon Fn. 11.

dann nicht in Betracht, wenn mehrere weitgehend gleichwertige Angebote vorlägen bzw. Interessenten bereit stünden, denn der Anspruchsgegner müsse sich auch bei diskriminierungsfreiem Verhalten dann nicht zwangsläufig für den Diskriminierten als Vertragspartner entscheiden. Vielmehr könne er einen Mitbewerber (berechtigterweise) bevorzugen oder auf einen Vertragsschluss ganz verzichten.²⁰⁹ Insoweit liegt jedoch die Darlegungs- und Beweislast wegen § 23 ADG-G beim Diskriminierenden: Er muss nachweisen, dass er den Anspruchsteller nicht nur wegen seiner Rasse oder ethnischen Herkunft benachteiligt hat, wenn entsprechende Tatsachen darauf hinreichend wahrscheinlich hindeuten.²¹⁰ Zumindest die Beweisverteilung benachteiligt den Anspruchsgegner in solchen Fällen unangemessen. Gerade einem Privaten werden entsprechende Nachweise oft nur schwer gelingen.

Daher sollte auch bei rassistisch bzw. ethnisch motivierten Benachteiligungen ein Kontrahierungszwang nur für Unternehmer im Rahmen von Massengeschäften bestehen. Dazu müsste einerseits der Anwendungsbereich des ethnischen Diskriminierungsverbots auf Unternehmer beschränkt werden.²¹¹ § 22 Abs. 2 ADG-E wäre andererseits um das Erfordernis eines sogenannten „Massengeschäfts“ zu ergänzen. Die unterschiedlichen Voraussetzungen in Bezug auf den allgemeinen Anwendungsbereich (Bereichsausnahme für Verbraucher im Sinne des § 13 BGB) und die spezifische Rechtsfolge (Kontrahierungszwang nur bei Massengeschäften) würden eine differenzierte und sachgerechte Lösung ermöglichen.

6. Befristung

Zutreffend verlangt der DAV²¹² die Einführung einer kurzen Verjährungs- oder Ausschlussfrist, binnen welcher die Ansprüche (schriftlich) geltend zu machen sind. Eine entsprechende Vorschrift existiert bereits in § 15 Abs. 3 ADG-E. Ohne eine solche Befristung wären Unternehmen nicht nur gehalten, Aufzeichnungen über Geschäftsvorfälle entsprechend den handels- und steuerrechtlichen Vorschriften aufzubewahren, sondern auch die Dokumentation über alle nicht abgeschlossenen Geschäfte für 10 Jahre (bis zum Ablauf der absoluten Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 3 BGB) zu archivieren. Dies erscheine unzumutbar. Außerdem erledige sich der Schutzzweck des Gesetzes, wenn das potentielle Diskriminierungsopfer an seiner (möglichen) Benachteiligung keinen Anstoß nehme. Fühle es sich dagegen diskriminiert, so sei es ihm zuzumuten, seine Rechte alsbald geltend zu machen.

²⁰⁹ BT-Drucks. 15/4538, S. 44.

²¹⁰ Vgl. zur Beweislastverteilung noch C.VI.; a.A. BT-Drucks. 15/4538, S. 44: Die Begründung hält den Benachteiligten für darlegungs- und beweispflichtig.

²¹¹ Vgl. dazu schon oben C.I.3.a).

²¹² Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005), S. 11.

7. Konkurrenzen

Der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot schließt weitere Ansprüche aus allgemeinen Bestimmungen, z.B. gemäß §§ 280 ff., 323 ff. sowie 823 Abs. 2 BGB, nicht aus. § 22 Abs. 1 ADG-E lässt sie „unbeschadet“, so dass sie neben dessen spezifischen Sanktionen zur Anwendung kommen können. Darüber hinaus stellt § 22 Abs. 4 klar: „Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.“ Ob dieser Absatz erforderlich ist, erscheint fraglich. In Anbetracht des Wortlauts des § 22 Abs. 1 ADG-E hat er eher deklaratorische Funktion. Die Vorgängervorschrift des § 319f BGB n.F. (Entwurf) enthielt keine entsprechende Klarstellung.

Fraglich ist das Verhältnis von Kontrahierungszwang und immateriellem Schadensersatz. Sie müssen sich nicht notwendig ausschließen, z.B. wenn mit einer Vertragsverweigerung selbständige Ehrverletzungen einhergehen. Ein schadensersatzrechtlicher Anspruch ist jedoch nach zutreffender Ansicht²¹³ nur dann kumulativ zuzubilligen, wenn die Verletzungshandlung über eine bloße Vertragsverweigerung substantiell hinausgeht. Ist dies der Fall, bestehen beide Ansprüche nebeneinander. Auch im Verhältnis von materiellem zu immateriellem Schadensersatz ist eine mögliche Anspruchskonkurrenz unter diesen Voraussetzungen denkbar. Dagegen schließen sich ein Beseitigungsanspruch, der auf Vertragsschluss gerichtet ist, und ein Anspruch auf Vermögensschaden gegenseitig aus.

VI. Beweismaß und Beweislastverteilung

Den Regeln über die Beweisführung kommt in Diskriminierungsfällen einige Bedeutung zu, weil das Diskriminierungsopfer in der Regel keine Möglichkeit hat, in der Sphäre des Diskriminierenden liegende Vorgänge, insbesondere innere Einstellungen, angemessen nachzuweisen.²¹⁴ Art. 8 bzw. Art. 9 der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG enthalten daher eine Regelung zur Beweisführung im Zivilprozess.²¹⁵ Danach muss das Diskriminierungsopfer nur Tatsachen glaub-

²¹³ *Neuner*, (Fn. 53), S. 65. In den DiskE 2001/2002 war vorgesehen, dass immaterieller Schadensersatz nur für die Fälle verlangt werden kann, in denen sich die Benachteiligung nicht durch Anspruch auf einen Vertragsabschluß oder in anderer Weise ausgleichen lässt. Der Entschädigungsanspruch war also ein Surrogat für einen Beseitigungsanspruch. Im ADG-E soll dagegen das Nebeneinander von Ansprüchen auf immateriellen Schadensersatz und Ansprüchen auf Beseitigung bzw. materiellen Schadensersatz (als Naturalrestitution oder in Geld) nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden. Dagegen Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005), S. 13.

²¹⁴ Ebenso *Bezenberger*, (Fn. 202), S. 431; *Pusch*, FAZ v. 15.1.2005, S. 51; a.A. *Preis/Rolf*, Das Verbot der Ausländerdiskriminierung im Wirtschaftsverkehr, Rechtsgutachten (nicht veröffentlicht), 1999, S. 57.

²¹⁵ Dies ist eine gemeinsame Regelung aller Anti-Diskriminierungsrichtlinien, vgl. Art. 4 der Richtlinie 97/80/EG, die gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a. u.a. auch für die Richtlinie 76/207/EWG gilt und Art. 10 der Richtlinie 2000/78/EG. Speziell zur Richtlinie 97/80/EG *Schlachter*, Richtlinie über die Beweislast bei Diskriminierung, RdA 1998, S. 321 ff. Allgemein zu Beweismaß und Beweislast im europäischen Recht *Bilow*, Beweislast und Beweismaß im Recht der Europäischen Gemeinschaften, EWS 1997, S. 155 ff. sowie zum Einfluss des europäischen Rechts auf das nationale Zivilprozessrecht *Rörig*,

haft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen. Gelingt dies, obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.

§ 23 ADG-E lautet dementsprechend in Anlehnung an den bisherigen arbeitsrechtlichen § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB:

„Wenn im Streitfall die eine Partei Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass andere als in § 1 genannte, sachliche Gründe die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder die unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes nach Maßgabe dieses Gesetzes zulässig ist.“

§ 23 ADG-E ist somit als zweistufige Regelung ausgestaltet, die zwischen Absenkung des Beweismaßes und Beweislastverteilung unterscheidet. In einem ersten Schritt verlangt sie lediglich die Darlegung von Tatsachen, die eine Benachteiligung als wahrscheinlich erscheinen lassen. Dies lässt die Beweislastverteilung unberührt, nur das Beweismaß wird gesenkt. Die schlichte Behauptung einer Diskriminierung reicht also nicht aus, auch wenn dies gelegentlich in der Öffentlichkeit so dargestellt wird.²¹⁶ Die Beweiserleichterung bezieht sich nur auf den Benachteiligungsgrund, nicht auf die benachteiligende Maßnahme.²¹⁷ Letztere hat der Anspruchsteller unabhängig von § 23 ADG-E zur vollen Überzeugung des Gerichts nachzuweisen. Hält das Gericht eine Benachteiligung aufgrund eines in § 1 ADG-E genannten Merkmals nach diesen Grundsätzen für überwiegend wahrscheinlich, muss nunmehr der Anspruchsgegner in einem zweiten Schritt den vollen Beweis dafür führen, dass keine Benachteiligung vorlag bzw. diese aus rechtlich zulässigen Gründen erfolgte. Es kommt zu einer Beweislastumkehr.²¹⁸

Dass sich die Regierungskoalition für das Zivilrecht an der Vorschrift des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB orientiert, überrascht zunächst nicht. Diese beruht ebenfalls auf

Einfluss des Rechts der Europäischen Gemeinschaft auf das nationale Zivilprozessrecht, EuZW 2004, S. 18 ff. Zur Beweislastumkehr aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht *Reinhardt*, Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1994, S. 93 ff.

²¹⁶ Vgl. *Wagner*, FAZ v. 22.12.2004, S. 14; *Kusch*, Welt am Sonntag v. 16.1.2005, S. 3; im Übrigen hat die praktische Handhabung von verfahrensrechtlichen Vorschriften in Diskriminierungsfällen Grundrechtsrelevanz, vgl. BVerfGE 89, 276 (289 ff.): Aus verfassungsrechtlicher Sicht kann schon nach geltendem Recht eine Absenkung des Beweismaßes geboten sein, evtl. auch verbunden mit einer Beweislastumkehr, vgl. *Preis/Rolfs*, (Fn. 214), S. 58 f.; ähnlich *Reinhardt*, (Fn. 215), S. 99, der eine Beweislastumkehr für verhältnismäßig hält, wenn die Anwendung der beweisrechtlichen Grundregel zu schwerwiegenden und sozial unerträglichen Ergebnissen führe würde. Zur Brauchbarkeit des Anscheinsbeweises bei Diskriminierungen vgl. *Bezenberger*, (Fn. 202), S. 431 ff. sowie *Preis/Rolfs*, (Fn. 214), S. 57 f.

²¹⁷ *Prütting*, Die Beweislast im Arbeitsrecht, RdA 1999, S. 107 (111).

²¹⁸ Vgl. zur entsprechenden Regelung des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 97/80/EG *Schlachter*, (Fn. 215), S. 324 ff.

europäischen Vorgaben und entspricht dem Wortlaut der Anti-Diskriminierungsrichtlinien. Sie ist jedoch sprachlich verunglückt, weil sie mit den Begriffen „Glaubhaftmachung“ und „Vermutung“ an spezifische Begriffe der deutschen Rechtsprache anknüpft, die eigentlich nicht gemeint sind.²¹⁹ So ist anerkannt, dass die Glaubhaftmachung von Tatsachen nicht im Sinne des § 294 ZPO zu verstehen ist. Verlangt wird lediglich eine Darlegung, die eine Benachteiligung als wahrscheinlich erscheinen lässt.²²⁰ Auch handelt es sich nicht um eine Vermutungsregelung im Sinne des § 292 ZPO. Vielmehr ist das Wort „vermuten“ im Sinne von „annehmen“ oder „für wahrscheinlich halten“ zu verstehen.²²¹

Abzuraten ist daher von einer Umsetzung in Anlehnung an § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB. Mit Blick auf den Vorschlag von *Prütting*²²² für eine Neufassung des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB ist für § 23 ADG-E vielmehr folgender Wortlaut vorzuziehen:

„Wenn im Streitfall der Anspruchsteller Tatsachen darlegt, die eine Benachteiligung als wahrscheinlich erscheinen lassen, dann trägt der Anspruchsgegner die Beweislast dafür, dass eine Benachteiligung nicht vorliegt oder die unterschiedliche Behandlung zulässig ist. Der Anspruchsteller trägt die Beweislast für das Vorliegen einer benachteiligenden Maßnahme.“

VII. Unterstützung durch Anti-Diskriminierungsverbände

§ 24 Abs. 1 ADG-E enthält zunächst eine Legaldefinition der Anti-Diskriminierungsverbände (ADV).²²³ § 24 ADG-E ermächtigt die ADV sodann, in Gerichtsverfahren ohne Anwaltszwang als Bevollmächtigte und Beistände von Benachteiligten aufzutreten. Auch die Besorgung von Rechtsangelegenheiten Benachteiligter wird ihnen gestattet. Zudem kann an einen ADV eine Forderung, die aus einem Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot entsteht, abgetreten werden. Die ADV

²¹⁹ Vgl. auch Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005), S. 13 f.; Stellungnahme des DAV (Ausschuss Arbeitsrecht) v. Januar 2005 (10/2005), S. 14.

²²⁰ BAG, DB 2004, S. 1944 m.w.N.; *Prütting*, (Fn. 217), S. 111. Missverständlich daher der Hinweis in der Begründung zum ZADG-E 2004, S. 82: „Wie durch die ... Richtlinie 2000/43/EG vorgegeben, bedarf es hinsichtlich der anspruchsbegründenden Tatsachen keines Vollbeweises. Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Gläubiger kann sich als Beweismittel also auch der eidesstattlichen Versicherung bedienen (§ 294 Abs. 1 ZPO).“

²²¹ *Prütting*, (Fn. 217), S. 111.

²²² *Prütting*, (Fn. 217), S. 112; vgl. bereits *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 339.

²²³ Möglicherweise ist es wenig praktikabel, die Zulassung von ADV nur von den in § 24 Abs. 1 ADG-E genannten Voraussetzungen abhängig zu machen. Ohne ein formalisiertes Anerkennungsverfahren, etwa entsprechend § 4 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) oder einem Anerkennungsverfahren nach § 13 Abs. 3 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen (BehGleichstG) könnten Prozesse unnötig mit dem Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 ADG-E belastet werden, vgl. Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005), S. 15 sowie Stellungnahme des DAV (Ausschuss Arbeitsrecht) v. Januar 2005 (10/2005), S. 14.

sind dann zur außergerichtlichen und gerichtlichen Einziehung derartiger Forderungen befugt.²²⁴ Ein Verbandsklagerecht besteht jedoch nicht.²²⁵

Damit stellt der ADG-E ein weiteres Instrument zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Verfügung, das die individualrechtlichen Ansprüche aus den §§ 22 Abs. 1 bis 3 und 19 Abs. 2 ADG-E sowie die Tätigkeit der Antidiskriminierungsstelle (Abschnitt 6, §§ 26 bis 31 ADG-E) ergänzt. Die Vorschrift basiert auf den Art. 7 Abs. 2 bzw. Art. 8 Abs. 3 der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG.²²⁶ Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass einschlägige Verbände sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung am gerichtlichen Verfahren beteiligen können.

D. Grundsätzliche Erforderlichkeit von Diskriminierungsverboten im Zivilrecht (Schutzbedürfnis)

Gegen die Erforderlichkeit von zivilrechtlichen Benachteiligungsverboten, die über die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft hinaus gehen, bestehen grundsätzliche Bedenken. Das gilt auch für geschlechtsspezifische Diskriminierungsverbote im Zivilrecht, auch wenn diese nunmehr durch die Richtlinie 2004/113/EG zur Pflicht gemacht werden. Nach hier vertretener Ansicht ist ein derart allgemeiner Schutz vor Geschlechterdiskriminierung durch Private mangels eines tatsächlichen Schutzbedürfnisses nicht erforderlich.²²⁷ Das gilt *mutatis mutandis* auch für andere Diskriminierungsmerkmale wie Behinderung, Religion oder Weltanschauung, Alter und sexuelle Identität. Hier dürfen allenfalls bereichsspezifische Regelungen erfolgen, deren Erforderlichkeit durch die Erhebung statistischer Daten festzustellen ist.

²²⁴ Äußerst kritisch zu dieser Vorschrift Stellungnahme des DAV (Ausschuss Zivilrecht) v. Februar 2005 (12/2005), S. 15 ff.

²²⁵ Verbandsklagerecht bedeutet, dass der klagende Verband nicht in einem eigenen, subjektiven Recht verletzt sein muss, vielmehr hat er unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, gerichtlich die Anwendung von Vorschriften durchzusetzen. Auf eine Individualrechtsverletzung kommt es nicht an. Ein Gutachten zum Verbandsklagerecht von *Micklitz/Stadler*, das den Vorschlag für ein „Gesetz zur Regelung von Verbands-, Muster- und Gruppenklagen“ (GVMuG) enthält, erscheint demnächst in der Schriftenreihe des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft (BMVEL), vgl. <http://www.verbraucherministerium.de> (25.2.2005), Pressemitteilung v. 17.1.2005.

²²⁶ Vergleichbare Vorschriften finden sich in Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 2002/73/EG sowie in Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG.

²²⁷ Ebenso *Riesenhuber/Franck*, (Fn. 5), S. 538.

Während im Zusammenhang mit den Merkmalen „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ kaum ein Fall denkbar erscheint, in dem man eine Ungleichbehandlung befürworten könnte,²²⁸ sieht es bei einer Differenzierung nach sonstigen Merkmalen ganz anders aus. Viele geschlechtsspezifische Ungleichbehandlungen sind sozial wünschenswert, obwohl sie unmittelbar an dieses Merkmal anknüpfen (z.B. Verkaufsfördermaßnahmen von Diskotheken und Bars, die Frauen ermäßigte Getränkepreise und freien Eintritt gewähren, um ein ausgeglichenes Geschlechterverhältnis sicherzustellen; Frauenparkplätze; frauenspezifische Kurse in Fitnessstudios und Vereinen; geschlechtsspezifische Finanzberatungen; Frauenhotels; Frauenhäuser). Derartige Angebote unterscheiden zwar nach dem Geschlecht und schließen damit einen Teil der potenziellen Kunden aus. Es handelt sich aber um gesellschaftlich gewollte und akzeptierte Differenzierungen.²²⁹ Sie müssen daher von vornherein zulässig bleiben. Gleiches gilt für Differenzierungen, die an andere in § 1 ADG-E genannte Merkmale anknüpfen und denen ebenfalls keine verwerfliche Grundhaltung inne wohnt: Erfordernis einer Betreuungsperson für Behinderte und andere Maßnahmen zur Einhaltung von Verkehrssicherungspflichten; Seniorenteller; Studentenrabatte; Altersgrenzen für risikobehaftete Leistungen; religiöse Kindergärten und sonstige Fälle, in denen Religionsgemeinschaften von ihrem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch machen; allgemeine Verkaufsfördermaßnahmen, um nur einige sozial wünschenswerte Ungleichbehandlungen aufzuzählen.

Nach der Konzeption der Kommission (in Bezug auf das Geschlecht) und der Regierungskoalition (in Bezug auf alle Merkmale) verletzen derartige Ungleichbehandlungen jedoch den Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn bei der europäischen Definition der Diskriminierung, die über § 3 Abs. 1 ADG-E ins deutsche Recht übernommen wird, handelt es sich um ein weit gefasstes, formal verstandenes Gleichbehandlungsgebot: Zu einer unmittelbaren Diskriminierung kommt es danach, wenn eine Person in einer vergleichbaren Situation im Hinblick auf das jeweils geächtete Differenzierungsmerkmal eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.²³⁰ Auf eine absichtliche Benachteiligung kommt es nicht an.²³¹ Insoweit ist jede irgendwie benach-

²²⁸ Deshalb besteht hier auch grundsätzlich kein Anlass, die Handlungsfreiheit des Privaten mehr zu schützen, als den von einer Diskriminierung Betroffenen. Eine Ausnahme gilt nur im Fall eines besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnisses bzw. nach hier vertretener Ansicht dann, wenn der Diskriminierende Verbraucher ist.

²²⁹ Vgl. Zypries, (Fn. 100), S. 2.

²³⁰ Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/43/EG; Art. 2 lit. a der Richtlinie 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 1. Spiegelstrich der Änderungsrichtlinie 2002/73/EG; die Richtlinie 76/207/EWG enthält dagegen noch keine Definition der unmittelbaren Diskriminierung, sondern nur deren Verbot in Art. 2 Abs. 1.

²³¹ EuGH, Rs. 180/95, Slg. 1997, I-2195, Rdnr. 19 (*Draempachl*); EuGH, Rs. 177/88, Slg. 1990, I-3941, Rdnr. 22, 26 (*Dekker*).

teiligende Unterscheidung, die an das Geschlecht anknüpft, rechtlich gesehen eine Diskriminierung.

Aus einem derart engen Korsett gibt es nur zwei Auswege, um gesellschaftlich gewollte Differenzierungen zu ermöglichen: Entweder kann der „Diskriminierende“ nachweisen, dass sich die unterschiedlich behandelten Männer und Frauen nicht in einer vergleichbaren Situation befinden²³² oder der Gesetzgeber schafft Bereichsausnahmen²³³ bzw. Rechtfertigungsgründe²³⁴, um die Geltung des Gleichbehandlungsgebots abzuschwächen. Diese Wege beschreiten die Richtlinie 2004/113/EG und der deutsche ADG-E: Neben den dargestellten Bereichsausnahmen können pauschal all jene Ungleichbehandlungen gerechtfertigt werden, denen ein sachlicher Grund bzw. (bei der mittelbaren Diskriminierung) ein rechtmäßiges Ziel zugrunde liegt.

Ein derart schwer zu konkretisierendes Verbot, das auf weitgehende Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe zurückgreifen muss, stellt jedoch seine eigene Existenzberechtigung in Frage. Dies belegt die amtliche Begründung zum ZADG-E 2004, die noch in eine gänzlich andere Richtung weist.²³⁵

„Intensiv diskutiert wurde in den letzten Jahren ..., ob und inwieweit es weiterer Diskriminierungsverbote im Privatrecht auch wegen der Religion oder der Weltanschauung, des Alters, des Geschlechtes oder der sexuellen Orientierung bedarf. Die Analyse des bekannten Fallmaterials hat zwar gezeigt, dass es in einzelnen Situationen auch insoweit zu ungerechtfertigten Benachteiligungen kommen kann. Viele als „Diskriminierungen“ vorgebrachte Fälle entziehen sich aber schon deshalb einem gesetzlichen Verbot, weil sie sachlich zu rechtfertigen sind: [So] ... kann sich etwa derjenige, der seine Vertragspartner nach deren Religion auswählt, in vielen Fällen selbst auf den verfassungs-

²³² Unterschiedliche Sachverhalte dürfen nicht gleich behandelt werden, vgl. EuGH, verb. Rs. 117/76 und 16/77, Slg. 1977, I-1753, Rdnr. 7 (*Ruckdeschel u.a./Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*); EuGH, Rs. 283/83, Slg. 1984, I-3791, Rdnr. 7 (*Racké/Hauptzollamt Mainz*); EuGH, Rs. 217/91, Slg. 1993, I-3923, Rdnr. 37 (*Spanien/Kommission*); EuGH, Rs. 306/93, Slg. 1994, I-5555, Rdnr. 30 (*SMW Winzersekt/Land Rheinland-Pfalz*); EuGH, verb. Rs. 17/61 und 20/61, Slg. 1962, I-655 ff. (*Klökner u.a.*).

²³³ Bereichsausnahmen führen dazu, dass ein Diskriminierungsverbot bereits keine Anwendung auf einen bestimmten Sachverhalt findet bzw. begrifflich schon gar keine Diskriminierung vorliegt.

²³⁴ Rechtfertigungsgründe rechtfertigen eine eigentlich tatbestandsmäßige Diskriminierung.

²³⁵ Begründung zum ZADG-E 2004, S. 77; kritisch auch *Zypries*, (Fn. 100), S. 3. Die Regierungskoalition folgert ein Bedürfnis für ein umfassendes zivilrechtliches Diskriminierungsverbot nunmehr aus der Tatsache, dass wenig einschlägige Rechtsstreitigkeiten bekannt seien. Ohne zur Alltagsdiskriminierung statistische Daten vorzutragen, möchte sie in alle Bereichen des alltäglichen Rechtslebens regelnd eingreifen. Eine Beschränkung auf das Notwendige erscheint der Regierungskoalition problematisch, weil die behaupteten Benachteiligungen dann „ungeregelt blieben“. Entsprechend bleibt die Begründung des ADG-E den Beleg dafür schuldig, dass im Bereich des allgemeinen Zivilrechts ein Bedürfnis für ein weitreichendes Diskriminierungsverbot bestehe (BT-Drucks. 15/4538, S. 23). Die in der politischen Diskussion vorherrschende moralische Begründung des erweiterten Diskriminierungsverbots vermag die rechtliche Legitimation aber nicht zu ersetzen.

rechtlichen Schutz der Religion berufen. Häufig gibt es auch andere, unmittelbar einleuchtende sachliche Gründe, etwa nach dem Alter oder nach dem Geschlecht zu differenzieren. Eine gesetzliche Regelung der wenigen verbleibenden Sachverhalte ist [daher] schon deshalb nicht angezeigt, weil hier pauschale Verbote mit ebenso pauschalen Rechtfertigungsmöglichkeiten verbunden werden müssten. Damit wäre aber letztlich die Beantwortung der Frage, was verboten sein soll und was nicht, den Gerichten überlassen, ohne dass das Gesetz den Richterinnen und Richtern einen brauchbaren Maßstab an die Hand gäbe. Die Rechtssicherheit würde erheblichen Schaden erleiden.“

Verstärkt werden die Zweifel an der Erforderlichkeit einer pauschalen Regelung für den Güter- und Dienstleistungsbereich durch die Ausführungen der Kommission. Schon in ihrer Begründung zum Vorschlag für die Richtlinie 2004/113/EG kann die Kommission für diesen Sektor kein spezifisches Schutzbedürfnis von Frauen oder Männern darlegen.²³⁶ Vielmehr räumt sie ein, dass in diesem Bereich kaum Anhaltspunkte für systematisch diskriminierende Praktiken vorliegen.²³⁷ Bezeichnend ist auch der Hinweis auf eine „allgemeine Feststellung, dass [vom Versicherungsbereich abgesehen] in der Regel keine nach Geschlecht differenzierenden Vorschriften existieren“.²³⁸ Die Kommission stützt sich vielmehr auf unspezifische Umfrageergebnisse („Waren Sie schon einmal Opfer einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung?“) und leitet daraus einen Rechtssetzungsbedarf ab. Konkret benennt die Kommission nur die folgenden Vorkommnisse²³⁹: Die Weigerung, Schwangeren einen Hypothekenkredit zu gewähren; die Weigerung, bei gemeinsamen Konten den Namen der Frau als ersten aufzuführen; die Weigerung, Teilzeitbeschäftigten ein Darlehen zu gewähren (was nach der Rechtsprechung des EuGH auf eine mittelbare Diskriminierung hinaus laufe, da Teilzeitbeschäftigte in der Mehrzahl Frauen seien); die Anforderung, dass Frauen bei Gewährung eines Darlehens einen Bürgen stellen müssten, während dies von einem Mann bei gleicher Kreditwürdigkeit nicht verlangt würde; die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen in Versicherungssystemen; die sexuelle Belästigung durch Vermieter.

Diese Aufzählung rechtfertigt augenscheinlich kein allgemeines Diskriminierungsverbot beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, sondern allenfalls ein bereichsspezifisches Benachteiligungsverbot im Banken- und Versicherungsbereich. Das korrespondiert mit der Erkenntnis, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts insbesondere dann ein Hindernis für die soziale und wirtschaftliche Integration der Betroffenen darstellen, wenn es um den Zugang zu Finanz-

²³⁶ Ebenso *Riesenhuber/Franck*, (Fn. 5), S. 538.

²³⁷ Vorschlag für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657), S. 6.

²³⁸ Vorschlag für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657), S. 7.

²³⁹ Vorschlag für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657), S. 12.

mitteln geht.²⁴⁰ Darüber hinaus gehende geschlechtsspezifische Verbote sind mangels Schutzbedürfnis aber offensichtlich nicht erforderlich. Darzulegen, in welchen Bereichen ein Erfordernis für Benachteiligungsverbote aufgrund sonstiger in § 1 ADG-E enthaltener Merkmale besteht, ist Aufgabe des deutschen Gesetzgebers.

Dieser sollte sich nach *Montesquieu* richten: „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, ist es notwendig, kein Gesetz zu machen“. Das gilt insbesondere für das Privatrecht, in dem sich die bürgerliche Freiheit unmittelbar entfaltet.²⁴¹ Weder ein geschlechtsspezifisches noch sonstige Diskriminierungsverbote für Private (außer in Bezug auf Rasse und ethnische Herkunft) sind in dieser allgemeinen Form erforderlich.

Die hier vertretene Auffassung hat im Übrigen nicht zur Folge, dass diskriminierendes Handeln immer zulässig wäre, soweit kein ausdrückliches Benachteiligungsverbot besteht. Zum Beispiel existieren in Bezug auf Diskriminierungen im Mietverhältnis zum einen die Schranken des geltenden Rechts, etwa die in §§ 138, 242, 280, 823, 826 BGB enthaltenen vertraglichen und deliktischen Prinzipien und Ansprüche.²⁴² Sie werden ergänzt durch strafrechtliche Sanktionen. Zum anderen bleiben abseits rechtlicher Sanktionen vielerlei staatliche und nichtstaatliche Handlungsoptionen, um auf eine tolerante Gesellschaft hinzuwirken.

E. Fazit

Der ADG-E versucht, die gegensätzlichen Rechtspositionen der Beteiligten unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben in Ausgleich zu bringen. Noch vorhandene Defizite können im Gesetzgebungsverfahren beseitigt werden. Insbesondere der Anwendungsbereich des geplanten ADG sollte generell auf Unternehmer im Sinne des § 14 BGB beschränkt bleiben. Die damit verbundene allgemeine Bereichsausnahme für Verbraucher im Sinne des § 13 BGB lässt sich auch in Fällen rassischer, ethnischer und geschlechtsspezifischer Diskriminierung mit europäischem Recht vereinbaren. Soweit man bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot an einer Pflicht zum Vertragsschluss festhalten möchte, muss der Tatbestand des § 22 Abs. 2 ADG-E auf sogenannte „Massengeschäfte“ beschränkt werden.

Äußerste Zurückhaltung ist bei der Aufnahme weiterer Diskriminierungsmerkmale in das deutsche Anti-Diskriminierungsrecht geboten. Eine öffentliche poli-

²⁴⁰ Vorschlag für die Richtlinie 2004/113/EG (KOM(2003) 657), S. 6.

²⁴¹ *Zypris*, (Fn. 100), S. 3.

²⁴² Die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche muss dabei nicht an Beweisfragen scheitern, vgl. schon Fn. 213.

tische Diskussion ist überfällig, will man nicht weiter nur auf europäisches Recht reagieren, statt es mitzugestalten. So sind in Brüssel in den letzten Jahren bereits wichtige Vorentscheidungen darüber gefallen, wie die individuellen Handlungsfreiräume innerhalb der Rechtsgemeinschaft gegeneinander abgegrenzt werden sollen. Während man den Schutz vor rassistischer und ethnischer Diskriminierung auch im Privatrecht kaum ernsthaft in Frage stellen kann, ist ein tatsächliches Schutzbedürfnis bei anderen Merkmalen dagegen zweifelhaft. Dies gilt auch und gerade für zivilrechtliche Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts, obwohl hierfür nun auch eine europarechtliche Umsetzungsverpflichtung besteht. Vieles regelt bereits der Markt mit seiner nivellierenden und rationalisierenden Funktion. Zudem kann nicht jedes unerwünschte Tun gesetzlich sanktioniert werden: Zu einer freiheitlichen Gesellschaft gehört es auch, gewisse Verhaltensweisen hinzunehmen, die ein vernünftiger Mensch für irrational oder borniert halten würde.²⁴³

²⁴³ Zyprios, (Fn. 100), S. 4.