Vierter Beratungsgegenstand:

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie

1. Bericht von Prof. Dr. Matthias Jestaedt, Erlangen

Inhalt

	:	Seite
[.	Diskriminierungsschutz im Privatrecht - ein Thema im	
		300
II.	Antidiskriminierungsrecht auf gemeinschaftsrechtlicher	
		305
	1. Entwicklung und Grundlagen des Europäischen	
	8	305
	2. Der Bauplan des Europäischen	
	Antidiskriminierungsrechts	311
	a) Ein neuer Typus von	
	Antidiskriminierungsrichtlinien	311
	b) "Starkes" Antidiskriminierungskonzept	314
	c) Positivrechtliche Relativierungen des "starken"	
	Konzepts: Anwendungsbereiche und	
	Ausnahmetatbestände	317
	3. Die Primärrechtskonformität des Europäischen	
		321
		322
	b) Europäisches Antidiskriminierungsrecht und	
		324
III.		327
IV.	Diskriminierungsschutz und Privatautonomie im	
	Rahmen des Grundgesetzes	330
	1. Verfassungsrechtlicher und einfachrechtlicher	
	8	330
	a) Staatsrichtung und Privatrechtsgeltung der	
		330
	, 51	334
		336
	2. Grundrechtsobligatorischer Diskriminierungsschutz	339

	Diskriminierungsschutz und Privatautonomie	299
	a) Ein Anwendungsfall des grundrechtsinduzierten	
	Schutzes vor gestörter Vertragsparität?	339
	b) Das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 2 GG	
	als grundrechtliche Schutzpflicht?	343
	3. Grundrechtsfakultativer Diskriminierungsschutz	346
V.	Die Grenzen des Rechts	350

I. Diskriminierungsschutz im Privatrecht - ein Thema im Wandel

Die Frage des Schutzes vor Diskriminierung im Rechtsverkehr unter Privaten ist so neu nicht,¹ und doch stellt sie sich heute mit besonderer Aktualität und Eindringlichkeit. Wiewohl gerade Zivilrechtspraxis und Zivilrechtslehre in der verstrichenen Dekade ihre besondere Aufmerksamkeit Fragen von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, von Privatautonomie und Kontrahierungszwang, von formaler und materialer Vertragsfreiheit geschenkt haben² und damit jenen Akzentverschiebungen im Privatrecht, die *Claus-Wilhelm Canaris* in der Wendung von der "Materialisierung' der Vertragsfreiheit" begrifflich zu fassen sucht,³ spielte die Frage des Schutzes vor Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Rasse oder anderen Gründen im Privatrecht – außerhalb des Arbeitsrechts, dem insoweit seit jeher eine Sonderrolle zukommt⁴ – für Systemüberlegungen bis vor kurzem nur eine randständige Rolle.⁵ Zu verstärkter Aufmerksamkeit, ja zu ungewöhnlich heftigen Reaktionen

¹ Hier sei nur auf die Diskussion um ein zivilrechtliches Antidiskriminierungsgesetz bereits zu Beginn der Achtziger Jahre verwiesen: *D. Coester-Waltjen* ZRP 1982, 217 ff.; *W. Gitter* NJW 1982, 1567 ff., je mwN; s.a. *A. Breuer* Antidiskriminierungsgesetzgebung – Chance oder Irrweg?, 1991 (freilich nur im Blick auf die Geschlechterdiskriminierung).

² Aus der monographischen Literatur W. Enderlein Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996; S. Lorenz Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997; J. Oechsler Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997; J. Neuner Privatrecht und Sozialstaat, 1999; J. Busche Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999; U. Knobel Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, 2000; D. Schiek Differenzierte Gerechtigkeit, 2000; J. Naumann Sittenverstoß und Privatautonomie, 2003; H. Hanau Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004. Aus Sicht des Gesellschaftsrechts: C. Weber Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht, 2000. Aus verfassungsrechtlicher Sicht: M. Bäuerle Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001. – Dass die Diskussion um die Grenzen der Privatautonomie bereits zur Zeit der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches einsetzte, betont mit Recht R. Poscher Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 358 mwN.

³ C.-W. Canaris AcP 200 (2000), 273 (277 und passim).

⁴ Zum Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, der freilich nach wie vor im Schwerpunkt ein Schutz vor Geschlechterdiskriminierung (vgl. §§ 611a, 611b, 612 Abs. 3 BGB) ist, vgl. aus der weitläufigen Literatur und Judikatur stellvertretend: *M. Fuchs/F. Marhold* Europäisches Arbeitsrecht, 2001, 83 ff.; *H. Wiedemann* Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001; *J. Mohr* Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2004, je mwN.

⁵ Eine Ausnahme im Kreis der oben (Fn. 2) genannten Habilitationsschriften bildet die Schrift von *D. Schiek* (Fn. 2), die sich in zentraler Weise der Thematik von "Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht" (so der Untertitel) widmet. Vgl. des Weiteren die Studie zu "Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht" von *T. Bezzenberger* AcP 196 (1996), 395 ff.

kommt es erst, als Ende 2001 ein vom Bundesministerium der Justiz gefertigter "Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht" das Licht der Öffentlichkeit erblickt, dem es unter anderem darum zu tun ist, Diskriminierungsschutz im Privatrecht auffällig und damit merklich zu platzieren: "Zum einen soll das Diskriminierungsverbot den Bürgern untereinander zur eindeutigen Pflicht gemacht werden. Zum anderen soll der Betroffene Verletzungen des Diskriminierungsverbots effizienter als bisher durchsetzen können." Von zivilrechtswissenschaftlicher Seite¹0 wird in der Etablierung einer "interventionistischen Sozialmoral im Zivilrecht" der "Anfang vom Ende der Privatautonomie" ausgemacht und der "Beginn eines neuen puritanischen Tugendregimes" befürchtet, "Überwachungs- und Inquisitionskomitees von wahrhaft Robespierre'schem Charakter" erwartet

⁶ Stand: 10. Dezember 2001 (abrufbar unter: http://www.nrwgegendiskriminierung.de/de/docs/pdf/ADG-Entwurf-BMJ.pdf [Stand: 22. September 2004]).

⁷ Vorgestellt von der Bundesministerin der Justiz H. Däubler-Gmelin am 29. November 2001, vgl. Pressemitteilung des BMJ Nr. 82/01 vom 3. Dezember 2001.

⁸ So bezeichnet der Diskussionsentwurf (Fn. 6) es als "Nachteil" der bestehenden nationalen Rechtslage, nach der der grundgesetzliche Gleichbehandlungsgrundsatz und die übrigen Teile der Wertordnung des Grundgesetzes namentlich über die Generalklauseln gemäß §§ 138, 226, 242, 826 BGB in das Bürgerliche Recht einwirken, dass die Grundrechte und namentlich der Gleichbehandlungsgrundsatz, wiewohl effizient, so doch "unauffällig, ja geradezu unbemerkt in das Zivilrecht" hineinwirkten.

⁹ So die Umschreibung des doppelten Kernanliegens sowohl des Entwurfs eines Antidiskriminierungsgesetzes seitens der SPD-Fraktion (BT-Drucks. 13/9706) als auch des Entwurfs eines Gleichstellungsgesetzes seitens der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 13/10081) durch die Begründung des Diskussionsentwurfs eines Zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes (Fn. 6), 18; beide Kernanliegen macht sich der Entwurf ausdrücklich zu Eigen.

¹⁰ Aus dem zivilrechtswissenschaftlichen Schrifttum vgl. L. Fastrich RdA 2000, 65 ff.; F. Urlesberger ZAS 2001, 72 ff.; K. Adomeit NJW 2002, 1622 f.; dens. NJW 2003, 1162; J. Braun JuS 2002, 424 f.; S. Braun AnwBl 2002, 569 ff.; T. Fahr JuS 2002, 727; K. Globig ZRP 2002, 529 f.; M. Klepper OWG 92 (2002), 11 ff.; E. Kocher RdA 2002, 167 ff.; T. Pfeiffer ZGS 2002, 165; E. Picker JZ 2002, 880 ff.; dens. JZ 2003, 540 ff.; dens. AnwBl 2003, 198 ff.; F.-J. Säcker ZRP 2002, 286 ff.; H. Wiedemann/G. Thüsing DB 2002, 463 ff.; J. Montag ZRP 2003, 18 ff.; J. Neuner JZ 2003, 57 ff.; H. Reichold ZfA 2003, 493 ff.; dens. JZ 2004, 384 ff.; C. Schmelz ZRP 2003, 67; T. Wölfl ZRP 2003, 297.

¹¹ T. Pfeiffer (Fn. 10).

¹² E. Picker JZ 2002, 880ff.; ders. AnwBl 2003, 198ff. So auch die Befürchtung des 53. Deutschen Anwaltstages, zitiert nach S. Baer ZRP 2002, 290 (291 Fn. 5). Die Frage nach dem "Ende der Vertragsfreiheit" wirft auch K. von Koppenfels in ihren Überlegungen zu dem hier in Rede stehenden Diskussionsentwurf eines Zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes auf (WM 2002, 1489 ff.).

¹³ F.-J. Säcker (Fn. 10), 287.

¹⁴ E. Picker JZ 2003, 540 (542).

und eine "totalitäre"¹⁵ Grundhaltung der Privatrechtsreformer apostrophiert.¹⁶ Auf den Punkt gebracht: "Ein Privatrecht, das den Teilnehmern am Rechtsverkehr nicht mehr die freie Entscheidung belässt, wen man sich als Vertragspartner wünscht und wen nicht, ist eigentlich kein Privatrecht mehr."¹⁷ Von öffentlichrechtlicher Seite wird assistiert und der Entwurf des Zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes als "an act of legal vandalism"¹⁸ gebrandmarkt. Das – in Gestalt des Diskussionsentwurfes von 2001 zunächst zurückgezogene, aber damit keineswegs erledigte – Vorhaben, den Diskriminierungsschutz – über das Merkmal des Geschlechts und über den Bereich des Arbeitsrechts hinaus – allgemein im Privatrecht deutlich zu akzentuieren und damit der Diskriminierungsschutz-"Abstinenz des deutschen Vertragsrechts"¹⁹ entgegenzutreten, rührt offenbar an das Grundverständnis des Bürgerlichen Rechts und damit an ein zentrales Stück deutscher Rechtskultur, ja, an die rechte Balance von Freiheit und Gleichheit.

Der Disput wird selbstredend auch – und nicht zuletzt – mit verfassungsrechtlichen Argumenten ausgetragen: Während die Protagonisten eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsrechts in dem Entwurf lediglich das Schließen einer – verfassungsrechtlich schmerzhaften – "Lücke"20 sehen und folgerichtig von grundrechtlich fundierten oder sogar grundrechtlich geforderten Korrekturen am herkömmlichen, formalen und daher nicht (hinreichend) diskriminierungswehrenden Vertragsverständnis sprechen, erblicken dessen Antagonisten darin einen schwerwiegenden, an den Wesensgehalt rührenden Eingriff in die grundrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit.²¹ Hier spätestens kommt die Staatsrechtslehre ins Spiel, wenngleich sie bislang noch wenig Enthusiasmus zeigt, sich der Thematik in ihrer Breite und Tiefe anzunehmen.²²

¹⁵ So von J. Braun (Fn. 10), 424.

¹⁶ Weitere polemisch-kritische Wendungen zusammengetragen bei *B. Schöbener/ F. Stork* ZEuS 7 (2004), 43 (46f. Fn. 12).

¹⁷ So K. Adomeit NJW 2002, 1622 (1623).

¹⁸ K.-H. Ladeur German Law Journal 3 (2002), Nr. 5 (abrufbar unter www.germanlaw-journal.com/article.php?id=152 [Stand: 22. September 2004]).

¹⁹ Die Wendung von der "Diskriminierungsabstinenz des deutschen Vertragsrechts" bei *D. Schiek* (Fn. 2), 334 Fn. 263.

²⁰ So namentlich *S. Baer* (Fn. 12), 294.

²¹ Vgl. die Nachweise oben Fn. 10.

²² Ausnahmen bilden insofern: I. von Münch NJW 1999, 260ff.; S. Baer ZRP 2001, 500ff.; dies. (Fn.12), 290ff.; K.-H. Ladeur (Fn. 18); E. Eichenhofer DVBI 2004, 1078ff.; M. Wrase/S. Baer NJW 2004, 1623 ff. Ohne nähere Auseinandersetzung betrachtet H. Dreier (in: ders. [Hrsg.] GG I, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 100; ders. ebenda, Art. 2 I Rn. 63) den im Jahre 2001 vorgelegten Entwurf eines zivilrechtlichen Antidiskriminie-

Die aufkommende Debatte um Grund und Grenzen eines privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes aus Sicht des Grundgesetzes speist sich namentlich aus der Kombination von dogmatischen Figuren und Argumenten, die dem Arsenal zweier ebenso weitreichender wie unabgeschlossener Grundsatzdiskurse entstammen: einerseits dem Dauerbrenner "Grundrechtswirkung im Privatrecht"²³ mit den Leittopoi "mittelbare Drittwirkung", "Ausstrahlungswirkung" und "grundrechtliche Schutzpflichten" sowie andererseits der weitaus jüngeren, namentlich von der Geschlechtergleichbehandlung geprägten²⁴ Debatte um Aussage und Verhältnis der besonderen Gleichheitssätze gemäß Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.^{25, 26}

Doch die Auseinandersetzung darum, was das Grundgesetz an Diskriminierungsschutz im Privatrecht gebietet, verbietet respektive erlaubt, er-

rungsgesetzes im Hinblick auf die grundrechtlich geschützten Positionen der Privaten "als durchaus prekär", als "überspannt" und als "von seiner ganzen Motivation her mit der Freiheitsvermutung des Grundgesetzes nur schwer" vereinbar; als einen "in seiner Weite problematischen Entwurf" kennzeichnet – ohne nähere Ausführungen – auch W. Heun den nämlichen Entwurf (in: Dreier [Hrsg.] GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 98, s.a. Rn. 71).

²³ Aus der jüngsten monographischen Literatur vgl. stellvertretend *C.-W. Canaris* Grundrechte und Privatrecht, 1999; *M. Ruffert* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, passim; *W. Cremer* Freiheitsgrundrechte, 2003, besonders 413 ff.; *R. Poscher* (Fn. 2), besonders 227 ff. und 344 ff. – Dazu näher unten IV. 2. a).

²⁴ Vgl. stellvertretend *U. Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1991 (2. Aufl. 1996); *S. Baer* Würde oder Gleichheit, 1995; *K.-J. Bieback* Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 1997; *D. Schiek* (Fn. 2); *dies.* in: dies./Dieball/Horstkötter/Seidel/Vieten/Wandel, Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, 2. Aufl. 2002, Systematische Darstellung, Rn. 1ff., besonders 9 ff., 16 ff.

²⁵ Näher nachfolgend IV. 2. a) und b).

²⁶ Übersetzt in die Judikatur des BVerfG, geht es auf der einen Seite um den Streit über die grundrechtsinduzierte Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, die sich mit den Entscheidungen des Ersten Senats in Sachen "Handelsvertreter" (BVerfGE 81, 242; dazu G. Hermes NJW 1990, 1764ff.; J. Schwabe DVBI 1990, 477ff.; H. Wiedemann JZ 1990, 695ff.; C. Hillgruber AcP 191 [1991], 69 ff. – In diesen Kontext gehören im weiteren Sinne auch BVerfGE 86, 126 [dazu C. Hillgruber ZRP 1995, 6ff.] sowie BVerfGE 90, 27 [dazu B. Kempen DZWir 1994, 499 ff.]. Zu diesen und den im Folgenden aufgezählten Judikaten: J. Isensee FS Großfeld, 1999, 485 ff. mwN), "Bürgschaft" (BVerfGE 89, 214; dazu G. Spieß DVBI 1994, 1222 ff.; O. Depenheuer ThürVBI 1996, 270 ff.; W. Zöllner AcP 196 [1996], 1ff.; P. J. Tettinger DVBI 1999, 679 ff.) oder auch "Ehevertrag" (BVerfGE 103, 89; dazu A. Röthel NJW 2001, 1334f.) verbindet, und auf der anderen Seite um die Auseinandersetzung über das Verbot auch bloß mittelbarer Diskriminierungen sowie die Erlaubnis sogenannter "positiver Diskriminierung", für die die Entscheidungskürzel "Nachtbackverbot" (BVerfGE 85, 191), "Feuerwehrabgabe" (BVerfGE 92, 91) und "Doppelnamen" (BVerfGE 104, 373) stehen.

fasst die Staatsrechtslehre reichlich spät – nämlich erst zu einem Zeitpunkt, in dem die Frage sich aufdrängt, ob der grundrechtsdogmatische Streit aufgrund des – infolge der Veränderungen auf europäischer Ebene – sich dramatisch verändernden Diskursrahmens nicht fortschreitend zu einem bloßen, mitgliedstaatlich-introvertierten Nachhutgefecht herabsinkt. Denn in dem Maße, in dem die Europäische Gemeinschaft sich des Antidiskriminierungsrechts annimmt, kann das mitgliedstaatliche Recht in seiner Antwort auf den Diskriminierungsschutz im und durch Privatrecht nicht mehr an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vorbeigehen.^{27, 28}

Für die weiteren Überlegungen folgt daraus, dass, bevor sub specie des Grundgesetzes nach Grund und Grenzen des Diskriminierungsschutzes im Privatrecht gefragt werden kann,²⁹ die gemeinschaftsrechtlichen Vor-

²⁷ Vgl. zunächst nur M. Mahlmann ZEuS 5 (2002), 407 (417 ff., 424 f.); D. Kehlen Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht, 2003, 229ff., besonders 243-248 (zusammenfassend 248: "Eine Prüfung und Verwerfung von Antidiskriminierungsmaßnahmen gemäß Art. 13 EG am Maßstab des Grundgesetzes scheidet abseits des eingeräumten Umsetzungsspielraums bei Transformationsgesetzen von Richtlinien - nach der nunmehr durch das Bananenmarkturteil konkretisierten Solange II-Formel des BVerfG in jedem Falle aus."); B. Schöbener/F. Stork (Fn. 16), 47 ff. - Teilen sowohl der Zivil- als auch der Verfassungsrechtswissenschaft scheint der Umstand des weitgehenden Maßstabswechsels - vom nationalen Verfassungsrecht hin zum Gemeinschafts(primär)recht - noch nicht recht bewusst geworden zu sein; dies mag auch damit zusammenhängen, dass die Bundesrepublik bislang in gemeinschaftsrechtswidriger Weise die Umsetzung der bereits geltenden Art. 13 EG-Richtlinien (dazu nachfolgend II. 1.) unterlassen hat. Die Zivilrechtswissenschaft mag im Blick auf die Relativierung ihres Gegenstandes unter bewältigungspsychologischen Auspizien möglicherweise im Vorteil des déjà vu-Erlebnisses sein: Während sie nämlich bereits die Rangabstufung des (viel älteren) Privatrechts durch das (viel jüngere) Verfassungsrecht hat verarbeiten müssen, markiert die gemeinschaftsrechtsinduzierte Herabstufung oder doch Nichtanwendung des Grundgesetzes eine neue und noch recht ungewohnte Herausforderung für die Verfassungsrechtswissenschaft.

²⁸ Und das gilt gleichermaßen hinsichtlich des Gegenstandes wie hinsichtlich des Maßstabes: Soweit das Antidiskriminierungsrecht auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage ruht, verliert das nationale Antidiskriminierungsrecht seinen Selbstand und seine Disponibilität; in demselben Umfange entzieht sich – letztlich wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor mitgliedstaatlichem Recht grundsätzlich sämtlicher Ebenen – das Antidiskriminierungsrecht einer Kontrolle am Maßstab nationalen Verfassungsrechts, in concreto: am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes (näher unten III.). Damit werden die grundrechtsdogmatischen Bemühungen zwar selbstredend nicht überflüssig, aber doch relativiert und unter Vorbehalt gesetzt; sie gelten grundsätzlich nur mehr den nicht von der Determinationskraft des primären wie sekundären Gemeinschaftsrechts erfassten nationalen Regelungen.

²⁹ Dazu nachfolgend III. und besonders IV.

gaben zu erheben, zu vermessen und auf ihre Reichweite hin zu bestimmen sind.³⁰

II. Antidiskriminierungsrecht auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage

 Entwicklung und Grundlagen des Europäischen Antidiskriminierungsrechts

In seiner Ursprungsfassung enthielt das Gemeinschaftsprimärrecht in Art. 119 EWGV nur recht bescheidene Ansätze eines spezifischen Diskriminierungsschutzes: Der Grundsatz der Gleichbehandlung bezog sich (1) nur auf das Merkmal des Geschlechts, galt (2) nur im Recht der Arbeitsbedingungen und erfasste dort (3) nur die Entgeltgleichheit.³¹ Durch ein Dutzend gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien wurde nach und nach jedoch ein umfassender Schutz vor geschlechtsbedingten Diskriminierungen im Beschäftigungsbereich – die Arbeits- und Ausbildungsbedingungen gleichermaßen erfassend wie die sozialen Sicherungssysteme – statuiert.³² Dies geschah vielfach in – affirmativ-kodifikatorischer – Re-

³⁰ Wie hier der Sache nach auch M. Mahlmann (Fn. 27), 418f.

³¹ Dazu, dass primäres movens für die Aufnahme dieses – begrenzten – Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht die sozialpolitische Zielsetzung, "sondern vielmehr die Befürchtung insbesondere Frankreichs [war], die Partner in der Gemeinschaft könnten ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile erlangen, wenn die – damals in Frankreich bereits eingeführte – Regel des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitskräfte bei gleicher Arbeit nicht in allen Mitgliedstaaten angewandt würde", stellvertretend *A. Somek* Rationalität und Diskriminierung, 2001, 538 f. mwN; *C. Langenfeld* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 141 EGV Rn. 7 (Stand: Februar 2002).

³² Im Einzelnen handelt es sich um folgende Richtlinien: Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABI. EG 1975 Nr. L 45/19; Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 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, ABI. EG 1976 Nr. L 39/40, geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABI. EG 2002 Nr. L 269/15; Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABI. EG 1979 Nr. L 6/24; Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, ABI. EG 1986 Nr. L 225/40, geändert durch die Richtlinie 96/97/EG des Rates vom 20. Dezember

aktion auf die ausgreifende und verästelte, insgesamt sehr gleichbehandlungsfreundliche Judikatur des EuGH.^{33, 34}

1996, ABI. EG 1996 Nr. L 46/20; Richtlinie 86/613/EWG des Rates vom 11. Dezember 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit - auch in der Landwirtschaft - ausüben, sowie über den Mutterschutz, ABI. EG 1986 Nr. L 359/56; Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABI. EG 1992 Nr. L 348/1; Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABI. EG 1996 Nr. L 145/4; Richtlinie 97/75/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zur Änderung und Ausdehnung der Richtlinie 96/34/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub auf das Vereinigte Königreich, ABI. EG 1998 Nr. L 10/24; Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABI. EG 1998 Nr. L 14/6; Richtlinie 98/52/EG des Rates vom 13. Juli 1998 zur Ausdehnung der Richtlinie 97/80/EG zur Beweislast in Fällen geschlechtsbedingter Diskriminierung auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland, ABI. EG 1998 Nr. L 205/66. - Ein kurzer Abriss über die Maßnahmen der EG in Sachen Geschlechtergleichbehandlung findet sich etwa in der Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Arbeitsund Beschäftigungsfragen, KOM(2004) 279 endgültig (im Folgenden: Gleichbehandlungs-RL-Vorschlag), 2ff., besonders 3f., sowie bei C. Langenfeld in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 141 EGV Rn. 9-18 (Stand: Februar 2002), zu einzelnen Richtlinien namentlich in ihrer Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH: Rn. 82-137 mit zahlreichen Nachweisen. - Unter dem Aspekt des vertragsrechtsbezogenen Diskriminierungsschutzes im Gemeinschaftsrecht: D. Schiek (Fn. 2), 330ff., besonders 334-336 mwN.

³³ Die insoweit einschlägige Rechtsprechung des EuGH bis Anfang 1997 ist im Wesentlichen nachgewiesen bei *U. Di Fabio* AöR 122 (1997), 404 (431 f. Fn. 114).

³⁴ Erst der Vertrag von Amsterdam (ABI. EG 1997 Nr. C 340/1) erweiterte die nun als Art. 141 EG firmierende Bestimmung zu einer primärrechtlichen Grundlage für einen allgemein im Arbeitsrecht geltenden Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter, flankiert von Art. 2 EG, welcher "die Gleichstellung von Männern und Frauen" ausdrücklich unter den Aufgaben der Gemeinschaft anführt, sowie der Querschnittsklausel gemäß Art. 3 Abs. 2 EG, wonach die Gemeinschaft im Rahmen sämtlicher Tätigkeiten darauf hinwirkt, "Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern"; zu letzterer vgl. stellvertretend *A. von Bogdandy* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 EGV Rn. 19–21 (Stand: Januar 2000). – Neben Art. 2 sowie Art. 3 Abs. 2 EG ist der Vollständigkeit halber noch Art. 137 Abs. 1 lit. i EG mit weitreichenden Richtlinienermächtigungen zu nennen, wonach die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich der "Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und [der] Gleichbehandlung am Arbeitsplatz" unterstützt und ergänzt.

Den eigentlichen Quantensprung³⁵ in der Herausbildung des Europäischen Antidiskriminierungsrechts markiert indes der - durch den Amsterdamer Vertrag neu eingeführte - Art. 13 EG.36 Denn mit dieser Bestimmung, die Manfred Zuleeg noch vor ihrem In-Kraft-Treten im Jahre 1999 als "schlafenden Riesen"37 charakterisiert, wird der Gemeinschaft die Befugnis verliehen, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten "geeignete Vorkehrungen zu 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".38 Der Diskriminierungsschutz bezieht sich zum einen – nicht mehr nur auf das Merkmal des Geschlechtes, sondern wird um weitere sieben Diskriminierungsmerkmale erweitert,³⁹ zum anderen erstreckt sich die Befugnis zum Erlass von Antidiskriminierungsbestimmungen – über den von Art. 141 EG spezialgesetzlich erfassten Bereich der Beschäftigung hinausgehend⁴⁰ – auf sämtliche Zuständigkeitsfelder der Gemeinschaft.41

Der Schlaf des Riesen sollte indes nicht lange währen. Unter Bezug auf Art. 13 EG entfaltet die Kommission ihre – von Rat und Parlament

³⁵ Sprachlich leicht verunglückt spricht die Kommission in ihrem am 28. Mai 2004 vorgelegten Grünbuch zu "Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Union", KOM(2004) 379 endgültig, 6, von einem "Quantensprung nach vorn bei der Bekämpfung von Diskriminierungen auf EU-Ebene". Vgl. auch *M. Bell* Anti-Discrimination Law and the European Union, 2002 (Nachdruck 2004), 143: "Article 13 clearly marks a turning point in EU anti-discrimination law."

³⁶ Zur Vorgeschichte, namentlich zu den Aktivitäten des Europäischen Parlaments bereits seit Beginn der Achtziger Jahre zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, vgl. die gedrängte Darstellung bei *D. Kehlen* (Fn. 27), 5–8 mit zahlreichen Nachweisen; s. a. *M. Bell* MJ 6 (1999), 5 (6ff.). Ergänzend *L. Flynn* CMLRev. 36 (1999), 1127 ff.; *D. Rodenberg* RTDE 35 (1999), 201 ff.

³⁷ M. Zuleeg in: Europaforum Wien (Hrsg.) Bekämpfung der Diskriminierungen: Orientierungen für die Zukunft, 1999, 104 (108, 109).

³⁸ Der Vertrag von Nizza vom 26. Februar 2001 (ABI. EG 2001 Nr. C 80/1) hat Art. 13 um einen zweiten Absatz ergänzt, der der Gemeinschaft – unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung – den Erlass von Fördermaßnahmen (im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EG) gestattet.

³⁹ Zu einem Versuch der Typologisierung der Diskriminierungsmerkmale in verhaltensbezogene sowie personenbezogene (genauer: "askriptive" und sonstige statusbezogene Personenmerkmale): *D. Schiek* (Fn. 2), 26 ff.

⁴⁰ Zur Spezialität von Art. 141 EG im Verhältnis zu Art. 13 EG vgl. stellvertretend *R. Streinz* in: ders. (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 13 EGV Rn. 7 mwN.

⁴¹ Eingehend zum Konzept von Art. 13: M. Bell (Fn. 35), 121 ff., 191 ff., besonders 205 ff. und 210 ff. mwN; ergänzend L. Waddington Industrial Law Journal 28 (1999), 133 ff. – Näher unten II. 2. b) unter dem Stichwort des "starken" Antidiskriminierungskonzepts.

grundsätzlich mitgetragene – neue Strategie einer koordinierten und kohärenten Antidiskriminierungspolitik.⁴² Im Jahre 2000⁴³ ergehen zwei Richtlinien auf der Grundlage von Art. 13 Abs. 1 EG44: Dabei handelt es sich zum einen um die sogenannte Anti-Rassismusrichtlinie vom 29. Juni 2000⁴⁵ sowie zum anderen um die sogenannte Rahmenrichtlinie vom 27. November 2000.46 Während es der Rahmenrichtlinie darum zu tun ist, einen "allgemeinen [gemeinschaftsrechtlichen] Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf" zu schaffen (Art. 1 RL 2000/78/EG), betrifft die Anti-Rassismusrichtlinie zwar nur die beiden Merkmale "Rasse"47 und "ethnische Herkunft", beschränkt sich aber in ihrem sachlich-gegenständlichen Anwendungsbereich nicht auf die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Erwerbstätigkeit. Vielmehr erstreckt sie die Maßnahmen zur Bekämpfung der Rassendiskriminierung, um "die Entwicklung demokratischer und toleranter Gesellschaften zu gewährleisten"48, auch auf den Bildungsbereich und den Sozialschutz sowie - und

⁴² Vgl. nur Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch (Fn. 35), 2f., 5ff., besonders 6–11 sowie 15–24 (7: "kohärente und integrierte Vorgehensweise" [ohne die Hervorhebung im Original]; 23: "umfassendere Strategie der Europäischen Union zu Förderung der Integration und Beteiligung benachteiligter Gruppen"; 24: "Entwicklung eines integrierten Ansatzes", "Stärkung einer integrierten Vorgehensweise im Bereich der Antidiskriminierung", ähnlich 19); des weiteren Erwägungsgrund 5 des Beschlusses des Rates vom 27. November 2000 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (2001–2006), ABI. EG 2000 Nr. L 303/23: "Für die verschiedenen Formen der Diskriminierung lässt sich keine Rangordnung nach ihrer Bedeutung aufstellen, sie sind alle gleichermaßen inakzeptabel. [...] Dieser Beschluss kann dazu beitragen, eine globale Strategie zur Bekämpfung jeglicher auf verschiedenen Gründen beruhender Diskriminierung festzulegen. Diese Strategie wäre von nun an parallel zu entwickeln."

⁴³ Vgl. im Übrigen das vom Rat beschlossene Aktionsprogramm 2001–2006 (Fn. 42).

⁴⁴ Rat der Europäischen Union, Aktionsprogramm 2001–2006 (Fn. 42), 23. Vgl. aus dem Kreis der flankierenden Maßnahmen namentlich das von der Kommission herausgegebene Kompendium "Vorbereitende Maßnahmen zur Bekämpfung und Vermeidung von Diskriminierungen gemäß Art. 13 des Vertrags", Januar 2000.

⁴⁵ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABI. EG 2000 Nr. L 180/22.

⁴⁶ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI. EG 2000 Nr. L 303/16.

 $^{^{47}}$ Zum Tatbestandsmerkmal "Rasse" vgl. die Erläuterungen im Erwägungsgrund 6 RL 2000/78/EG.

⁴⁸ So Erwägungsgrund 12 RL 2000/43/EG.

darin liegt die eigentliche Pointe dieser Richtlinie – auf "den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum".⁴⁹

Mag der privatrechtsbezogene Regelungsausgriff der Anti-Rassismusrichtlinie auch zurückhaltend-tastend anmuten, so zeugt er doch von strategischem Kalkül. Am Beispiel der, was ihre Negativkonnotation angeht, unproblematischsten Diskriminierungsmerkmale, Rasse und ethnische Herkunft, wird sozusagen ein Testlauf veranstaltet, der - im Falle seines Erfolgs⁵⁰ – die Grundlage für ein positives Urteil über die "Serienreife" von privatrechtsinvasiven Antidiskriminierungsrichtlinien abgeben wird. So einigt sich der Rat der Arbeits- und Sozialminister – bei Enthaltung Deutschlands – am 4. Oktober 2004 auf den Text einer Richtlinie, die den Schutz vor Diskriminierung "beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen" auf das Merkmal des Geschlechts ausdehnt.⁵¹ Da der Vorschlag darüber hinaus das – nach kontroversen Debatten gelockerte – Verbot enthält, das Geschlecht als versicherungsmathematischen Faktor bei der Berechnung von Versicherungsprämien und -leistungen zu verwenden,52 kursiert das Vorhaben unter dem – zwar plakativen, der Sache nach aber nur partiell treffenden – Namen "Unisex-Tarif-Richtlinie".53

⁴⁹ Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2000/43/EG. Dazu näher unten 2. c).

⁵⁰ Sprich: im Falle seiner Akzeptanz und Effektivität.

⁵¹ Dazu: Council of the European Union, 2606th Council Meeting, Press Release 12400/04 (Presse 264) vom 4. Oktober 2004, 7f.; dem liegt zugrunde der (Kommissions-)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 endgültig (im Folgenden: Unisex-Tarif-RL-Vorschlag). – Vgl. auch: "Die Kommission hat beschlossen, der Aufforderung des Europäischen Rates (Nizza), soweit sie andere Bereiche als den der Beschäftigung betrifft, mit einem *Stufenplan* nachzukommen, in dem der Richtlinienvorschlag, der dem Rat nun vorliegt [sc. KOM(2003) 657 endgültig], *den ersten Schritt* darstellt" (so der Vermerk des Vorsitzes des Rates [EPSCO] vom 24. Mai 2004, 9426/1/04/ REV 1, 2 – Hervorhebungen nicht im Original).

⁵² Vgl. Erwägungsgründe 5, 6 sowie 8-10 und Art. 4 des Unisex-Tarif-RL-Vorschlags (Fn. 51).

⁵³ Es ist just die Bestimmung zu den Unisex-Tarifen – nicht hingegen die grundsätzliche Geltungserstreckung der Geschlechtergleichbehandlung auf die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Güter und Dienstleistungen –, die dazu führt, dass der Rat den nach heftigen parlamentarischen Kontroversen zum Beschluss unterbreiteten Richtlinienvorschlag nicht, wie erwartet, bereits auf seiner Tagung Anfang Juni dieses Jahres annimmt, sondern weitere Aufklärung für nötig erachtet (vgl. die Presseerklärung des Rates zur 2586. Tagung des Rates "Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz" vom 1./2. Juni 2004, C/04/163, 7; zu den Lockerungen des Verbotes: Council of the European Union, 2606th Council Meeting, Press Release 12400/04 (Presse 264) vom

Den vorläufigen Schlusspunkt der Entwicklung markiert die Ankündigung⁵⁴ der Kommission vom 19. Juli 2004, Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EG vor dem EuGH gegen diejenigen Mitgliedstaaten einzuleiten, die im Blick auf die Anti-Rassismusrichtlinie und/oder die Rahmenrichtlinie umsetzungssäumig sind.⁵⁵ Zu den fünf säumigen Kandidaten⁵⁶ in puncto Umsetzung der Anti-Rassismusrichtlinie zählt auch

^{4.} Oktober 2004, 7f.); zu den Kontroversen eingehend der vom (federführenden) EP-Ausschuss für die Rechte der Frau und Chancengleichheit am 16. März 2004 dem Parlament unterbreitete Bericht über den 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 -C5-0654/2003 - 2003/0265(CNS)), A5-0155/2004, mit den kontroversen Stellungnahmen (1) des Ausschusses für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten, 30ff., (2) des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt, 38ff., (3) des Ausschusses für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie, 53 ff., sowie (4) des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, 60ff.; s.a. die Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 30. März 2004 zu 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 - C5-0654/2003-2003/0265(CNS)), P5_TA-Prov(2004)0221. -Das in Art. 4 Abs. 1 verfügte Verbot, den Faktor "Geschlecht" bei der Berechnung von Versicherungsprämien und -leistungen zu berücksichtigen, ist in mehrerlei Hinsichten eine - im Folgenden außer Betracht bleibende - Sonderbestimmung. So nennt die Kommission die aus ihrer Sicht zu verbietende Praxis "eine Ausnahme von der allgemeinen Feststellung, dass in der Regel keine nach Geschlecht differenzierenden Vorschriften existieren" (sondern Diskriminierungen häufiger "im Zusammenhang mit einem spontanen Verhalten von Einzelpersonen" vorkämen [Zitate: Unisex-Tarif-RL-Vorschlag (Fn. 51), 6 und 7 - Hervorhebung im Original]). Sowohl gemeinschaftsrechtlich als auch verfassungsrechtlich kommt es darauf an, ob das Geschlecht im Rahmen einer typisierenden Betrachtungsweise lediglich eine leicht zu handhabende Abbreviatur für ein statistisch nachweisbares Risikobündel darstellt oder zusätzliche Wertungen transportiert (anders wohl M. Wrase/S. Baer [Fn. 22]); wenn und sobald verlässlichere, nicht auf das Geschlecht als Faktor abstellende Berechnungsmethoden zur Verfügung stehen, ist das Gebot von Unisex-Tarifen weitestgehend unbedenklich.

⁵⁴ Nach Mitteilung der Europäischen Kommission vom 27. September 2004 an den Verfasser hat sie in Bezug auf die RL 2000/43/EG bereits Klage beim EuGH eingereicht. Im Blick auf die RL 2000/78/EG ist die Äußerungsfrist der Bundesrepublik abgelaufen; wahrscheinlich wird die Kommission noch vor Weihnachten 2004 eine Entscheidung über das weitere Procedere gegen Deutschland treffen.

⁵⁵ Pressemitteilung der Kommission, IP/04/947 vom 19. Juli 2004.

⁵⁶ Neben Deutschland handelt es sich um Finnland, Griechenland, Luxemburg und Österreich. Gegen die vorgenannten fünf Mitgliedstaaten sowie zusätzlich gegen Belgien werden Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, weil sie die Rahmenrichtlinie RL 2000/78/EG nicht vollständig umgesetzt haben. Die Bundesregierung hat unter dem 27. November 2003 der Kommission unter Bezugnahme auf Art. 18 Abs. 2 S. 2 RL 2000/78/EG mitgeteilt, dass die Bundesrepublik Deutschland (nur) hinsichtlich der Be-

Deutschland, das sich dadurch aus dem Sechser-Kreis negativ heraushebt, dass es der einzige Mitgliedstaat ist, in welchem dem Parlament noch nicht einmal ein Gesetzentwurf vorliegt.⁵⁷ Erst Mitte September 2004 wird ein Referentenentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes publik, der sich, anders als sein vielgescholtener Vorgänger, eng an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hält.⁵⁸

2. Der Bauplan des Europäischen Antidiskriminierungsrechts

a) Ein neuer Typus von Antidiskriminierungsrichtlinien

Im Wesentlichen durch die Neuerungen im Amsterdamer Vertrag initiiert, etabliert – vielleicht besser: konsolidiert – sich nach und nach das Europäische Antidiskriminierungsrecht als neue, eigenständige Querschnittsmaterie.⁵⁹ Doch die beiden Richtlinien wirken nicht dadurch (re-

stimmungen der Richtlinie über die Diskriminierung wegen des *Alters* die Zusatzfrist nach Art. 18 Abs. 2 S. 1 RL 2000/78/EG in Anspruch nehme.

⁵⁷ Dazu n\u00e4her die Hintergrundinformation zur Pressemitteilung der Kommission, IP/04/947 vom 19. Juli 2004.

⁵⁸ Projektgruppe EuRi des BMFSFJ, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsgesetz – ADG) vom 6. Mai 2004 (im Folgenden: ADG-E), bestehend aus (1) dem Gesetz über die Stelle des Bundes zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsschutzgesetz – ADSG), (2) dem Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf (Arbeitsrechtliches Antidiskriminierungsgesetz – AADG) und (3) dem in das BGB durch Änderungsgesetz einzufügenden "Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht". Der jetzige Entwurf ist erarbeitet worden auf der Grundlage eines vom BMFSFJ gefertigten und vom 3. September 2003 datierenden "Eckpunktepapier[s] für ein Gesetz zur Verhinderung von Diskriminierungen im Arbeits- und Sozialrecht und zur Errichtung einer nationalen Stelle zur Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG".

⁵⁹ Die "integrierte Vorgehensweise im Bereich der Antidiskriminierung" (so die Kommission in dem am 28. Mai 2004 vorgelegten Grünbuch [Fn. 35], 24, s.a. 19) lässt sich auch und gerade an den Harmonisierungsbestrebungen in Bezug auf Regelungszugriff und Rechtsetzungstechnik im Antidiskriminierungsrecht aufzeigen. Die beiden bislang in Geltung stehenden Art. 13-Richtlinien, die Anti-Rassismusrichtlinie sowie die Rahmenrichtlinie, weisen einen weithin identischen Aufbau auf, sind ganz überwiegend aus denselben Regelungsbausteinen zusammengesetzt und operieren in allen wichtigen Aspekten mit gleichlautenden Definitionen. Sie unterscheiden sich in Bezug auf den Aufbau überhaupt nur in vier Bestimmungen: Während Art. 13 RL 2000/43/EG kein Pendant in der Rahmenrichtlinie findet, markieren Art. 5, 6 und 15 RL 2000/78/EG specifica derselben. Identische Bauelemente unter dem Aspekt des Diskriminierungsschutzes sind dagegen: die Zweckbestimmung (Art. 1 RL 2000/43/EG; Art. 1 RL 2000/78/EG), die unterschiedlichen Arten von Diskriminierung (Art. 2 RL 2000/43/EG; Art. 2 RL 2000/78/EG), Art und Weise der Bestimmung des Geltungsbereiches (Art. 3 RL

gelungs)stilprägend und "Bahn brechend",60 dass ihr Regelungskonzept in besonderem Maße innovativ, progressiv oder originell wäre. Ganz im Gegenteil: Der von ihnen geprägte neue Standard für Antidiskriminierungsrichtlinien ist im Wesentlichen eine ebenso gelungene wie gedrungene Montage aus bekannten Figuren und bewährten Instrumenten aus dem Dogmatikrepertoire der Geschlechtergleichstellung61 – sei es die Erweiterung der "unmittelbaren" Diskriminierung um die nur "mittelbare" oder die Zulässigkeit so genannter "positiver Diskriminierung" ("affirmative actions"), sei es die Umkehr der Beweislast zugunsten des präsumtiven Diskriminierungsopfers oder die Pflicht zur Statuierung einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktion. Indem sie den gültigen acquis communautaire in Sachen Antidiskriminierung formulieren,62 stehen sie Pate für die jüngste Generation von Antidiskriminierungsrichtlinien.63

2000/43/EG; Art. 3 RL 2000/78/EG), die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, "wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen" als nicht-diskriminierend zu werten (Art. 4 RL 2000/43/EG; Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG), die Bestimmung zur Zulässigkeit sogenannter positiver Diskriminierung (Art. 5 RL 2000/43/EG; Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG), der Regelung lediglich von Mindestanforderungen (Art. 6 RL 2000/43/EG; Art. 8 RL 2000/78/EG), das Erfordernis wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen (Art. 15 RL 2000/43/EG; Art. 17 RL 2000/78/EG), die Statuierung eines (unechten) Verbandsklagerechts zur Unterstützung der präsumtiven Diskriminierungsopfer (Art. 7 Abs. 2 RL 2000/43/EG; Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78/EG), die Umkehr der Beweislast zugunsten des präsumtiven Diskriminierungsopfers (Art. 8 RL 2000/43/EG; Art. 10 RL 2000/78/EG), der sogenannte Viktimisierungsschutz (Art. 9 RL 2000/43/EG; Art. 11 RL 2000/78/EG), die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Unterrichtung der Betroffenen über das Schutzregime (Art. 10 RL 2000/43/EG; Art. 12 RL 2000/78/EG), eine Bestimmung über die Förderung des sozialen Dialogs (Art. 11 RL 2000/43/EG; Art. 13 RL 2000/78/EG) und des Dialogs mit sogenannten Nichtregierungsorganisationen (Art. 12 RL 2000/43/EG; Art. 14 RL 2000/78/EG) sowie schließlich der im Fünf-Jahres-Turnus von der Kommission zu erstattende Bericht (Art. 17 RL 2000/43/EG; Art. 19 RL 2000/78/EG).

⁶⁰ So die Kennzeichnung durch die Kommission, in: Grünbuch (Fn. 35), 7.

⁶¹ Dezidiert wie hier Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch (Fn. 35), 8.

⁶² Den Bezug zum acquis stellt auch her: *M. Mahlmann* (Fn. 27), 410 unter den "Kernanliegen" der sog. Anti-Rassismusrichtlinie.

⁶³ Diese mögen sich auf Art. 13 EG stützen – wie der Kommissionsentwurf der sogenannten Unisex-Tarif-Richtlinie (Fn. 51) – oder aber auf andere Bestimmungen wie namentlich Art. 141 EG – wie die sogenannte Änderungsrichtlinie vom 23. September 2002, die die Gleichbehandlungsrichtlinie aus dem Jahre 1976 einem Regelungslifting unterzieht (Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich

Prägnantestes Kennzeichen dieses neuen Typs von Antidiskriminierungsrichtlinien dürfte wohl das Definitionsquartett der Diskriminierungen sein: Neben der unmittelbaren respektive direkten Diskriminierung ist auch die mittelbare respektive indirekte Diskriminierung untersagt, die vorliegt, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die Träger eines der genannten Merkmale sind, gegenüber anderen Personen "in besonderer Weise benachteiligen können" und sich nicht nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigen lassen. 64 Des Weiteren werden – an sich systemwidrig65 und daher rechtstechnisch im Wege einer Fiktion – auch sogenannte Belästigungen als Diskriminierungen behandelt. 66 Ebenso gilt schließlich die

des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABI. EG 2002 Nr. L 269/15). Den nächsten Schritt der Harmonisierung des Antidiskriminierungsrechts markiert der von der Kommission im April 2004 unterbreitete und an dem neuen Standard ausgerichtete Vorschlag, sämtliche Richtlinien zur Verwirklichung der Geschlechtergleichheit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen in einer einzigen Richtlinie zu verschmelzen, die unter anderem dem Gedanken der regelungstechnischen Kohärenz des - nicht mehr nur auf das Merkmal des Geschlechts fixierten - Antidiskriminierungsrechts verpflichtet ist. Näher dazu, dass mit der Änderungsrichtlinie dieser neue Standard rezipiert wird: Begründung des Gleichbehandlungs-RL-Vorschlags (Fn. 32), 6f.: Bezugspunkt der meisten Änderungen ist das Regelungsvorbild in RL 2002/73/EG; die Begründung, die die Kommission dafür abgibt: "Die Richtlinie 2002/73/EG berücksichtigt die neuen Entwicklungen im Vertrag [die rechtlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung der Gleichbehandlung und für weitere Bemühungen zur Gleichstellung von Männern und Frauen werden durch den Vertrag von Amsterdam erheblich ausgebaut], die Rechtsprechung des Gerichtshofs [die den Grundsatz der Gleichbehandlung erheblich weiter entwickelt hat] und die Verabschiedung ähnlicher Rechtsvorschriften (Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG auf der Grundlage von Art. 13 EG-Vertrag)" (ebenda, 4); vgl. dazu die Begründung des Gleichbehandlungs-RL-Vorschlags (Fn. 32), besonders 4f. sowie 6f.

⁶⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/78/EG; Art. 2 Abs. 2 tiret 2 RL 76/207/EWG in Gestalt der RL 2002/73/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. b des Unisex-Tarif-RL-Vorschlags (Fn. 51); Art. 2 Abs. 1 lit. b des Gleichbehandlungs-RL-Vorschlags (Fn. 32).

65 Eine "Belästigung" (wie auch eine "sexuelle Belästigung") im Sinne der Schaffung eines "hostile environment" folgt einem anderen, nicht auf die Ungleichbehandlung fixierten Konzept von Diskriminierung; als malum in se ist eine (sexuelle) Belästigung ohne weiteres, d.h. unbeschadet des Umstandes, ob andere in gleicher Weise belästigt werden oder nicht, inakzeptabel (anders freilich etwa Erwägungsgrund 8 S. 1 RL 2002/73/EG: "Die Belästigung einer Person aufgrund ihres Geschlechts und die sexuelle Belästigung stellen einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern dar [...]"). Wie hier namentlich H. Wiedemann/G. Thüsing (Fn. 10), 466f.; K. von Koppenfels (Fn. 12), 1494.

66 Darunter verstehen die Richtlinien "unerwünschte Verhaltensweisen, die [mit einem der Diskriminierungsmerkmale] in Zusammenhang stehen [...] und bezwecken oder bewir-

"Anweisung zur Diskriminierung einer Person"⁶⁷ selber als Diskriminierung.⁶⁸

b) "Starkes" Antidiskriminierungskonzept

Die "kohärente und integrierte Vorgehensweise"69 der Gemeinschaft im Blick auf die Bekämpfung von Diskriminierungen zielt darauf, das Europäische Antidiskriminierungsrecht als einheitliches Querschnittsgebiet zu etablieren,70 wie es bereits aus nationalen Rechtsordnungen

ken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt oder ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird" (vgl. Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 3 RL 2000/78/EG; Art. 2 Abs. 2 tiret 3 RL 76/207/EWG in Gestalt der RL 2002/73/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. c des Unisex-Tarif-RL-Vorschlags [Fn. 51]; Art. 2 Abs. 1 lit. c des Gleichbehandlungs-RL-Vorschlags [Fn. 32]. – Zur "sexuellen Belästigung" vgl. nur Art. 2 Abs. 2 tiret 4 RL 76/207/EWG in Gestalt der RL 2002/73/EG).

⁶⁷ Namentlich der französische Text dürfte hier deutlicher als etwa der deutsche und der englische Text, die von "Anweisung" respektive "instruction" sprechen, das Gemeinte zum Ausdruck bringen: "Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour des raisons de race ou d'origine ethnique est considéré comme une discrimination au sens du paragraphe 1" (Art. 2 para. 4 directive 2000/43/CE; Art. 2 para. 4 directive 2000/78/CE; Art. 2 para. 4 directive 2002/73/CE).

⁶⁸ So Art. 2 Abs. 4 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 4 RL 2000/78/EG; Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG in Gestalt der RL 2002/73/EG; Art. 2 Abs. 2 des Unisex-Tarif-RL-Vorschlags (Fn. 51); Art. 2 Abs. 2 lit. b des Gleichbehandlungs-RL-Vorschlags (Fn. 32).

⁶⁹ So die Kommission im Grünbuch (Fn. 35), 7.

⁷⁰ Grundlegend dazu M. Bell (Fn. 35), passim, besonders 191 ff., 196 ff., 205 ff., 210 ff. sowie 216ff. - Ungeachtet des sich erst in jüngster Zeit - und zwar rasant - entwickelnden Antidiskriminierungsrechts gehört das Arbeiten mit Diskriminierungsverboten von Anfang an zum Hauptgeschäft des Gemeinschaftsrechts: Neben dem allgemeinen, auf die Staatsangehörigkeit zielenden Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG (ursprünglich Art. 7 EWGV) sind auch die Grundfreiheiten (Art. 28, 29, 39, 43, 49 und 56 EG) in erster Linie als Diskriminierungsverbote ausgestaltet, wenngleich sich die extensivere Auslegung und Handhabung als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote nach und nach durchsetzt (vgl. stellvertretend R. Streinz Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 667, 669-681a, besonders 671-672a). Mit ebenso viel Vorsicht wie Vorbehalten ließe sich gewiss ein einheitliches gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungskonzept entwickeln (vgl. namentlich den Versuch bei S. Plötscher Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, besonders 37ff., 268-294. - So lassen sich gemeinsame Dogmatiken entwickeln für das Phänomen "mittelbarer" Diskriminierung oder aber auch für die Rechtfertigungsebene. Vgl. insoweit die einschlägige Judikatur des EuGH zu Art. 141 EG einerseits und zu Art. 12 EG sowie den Grundfreiheiten andererseits: (1) zu Art. 141 EG: EuGH, Slg. 1994, I-5727 - Helmig, Tz. 20ff.; EuGH, Slg. 1995, I-225 -Schumacker, Tz. 30, 39 ff.; EuGH, Slg. 1996, I-475 - Gillespie, Tz. 16 ff.; EuGH, Slg. 1999, I-623 - Seymour-Smith und Perez, Tz. 52ff., 58, 60; EuGH, Slg. 2001, I-4961 - Brunn-

namentlich des anglo-amerikanischen Rechtskreises⁷¹ bekannt ist.⁷² Dieses "starke"⁷³ Konzept von Antidiskriminierung ist durch viererlei gekennzeichnet: Erstens bezieht es sich auf eine Vielzahl von Diskriminierungsmerkmalen, nicht nur auf das Geschlecht; zweitens hat es nicht nur die Beziehungen zur Staatsgewalt sowie zum Arbeitgeber

hofer, Tz. 28; EuGH, Slg. 2003, I-9027 - Steinicke, Tz. 57; EuGH, Slg. 2003, I-12575 -Schönheit und Becker, Tz. 67 ff.; (2) zu Art. 12 EG: EuGH, Slg. 1980, 3427 - Gerstenmeier, Tz. 9; EuGH, Slg. 1988, 3877 - Stanton, Tz. 9; EuGH, Slg. 1994, I-467 - Mund & Fester, Tz. 16; EuGH, Slg. 1995, I-225 - Schumacker, Tz. 28 und 29; EuGH, Slg. 1997, I-285 - Pastoors und Trans-Cap, Tz. 16, 19; (3) zu den Grundfreiheiten: EuGH, Slg. 1974, 837 - Dassonville, Tz. 5, 7/9; EuGH, Slg. 1974, 1299 - Van Binsbergen, Tz. 24, 26f.; EuGH, Slg. 1979, 649 - Cassis, Tz. 8, 14f.; EuGH, Slg. 1995, I-4921 - Bosman, Tz. 96ff.; EuGH, Slg. 1997, I-3689 - Familiapress/Bauer Verlag, Tz. 7ff.; EuGH, Slg. 2003, I-8349 -Rinke, Tz. 33); dabei wäre aber - neben vielem anderen - zu berücksichtigen, dass, erstens, weder das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EG noch die aus den Grundfreiheiten folgenden Diskriminierungsverbote "Belästigungen" unter die verbotenen Diskriminierungen oder "positive Diskriminierungen" zulassen, dass, zweitens, namentlich die Grundfreiheiten ausschließlich auf die Herstellung und Gewährleistung des Binnenmarktes ausgerichtet sind (es ist daher kein Zufall, wenn selbst bei der - affirmativen - Entwicklung und Darstellung des "starken" Antidiskriminierungskonzepts nicht [oder doch nicht in ausschlaggebender Weise] auf die Diskriminierungsverbote der Art. 12, 28, 29, 39, 43, 49 und 56 EG Bezug genommen wird), und dass drittens dem binnenmarktbezogenen Diskriminierungsschutz ein Rechtsverfolgungskonzept, welches Beweislastumkehr, abschreckende Sanktionen und (unechte) Verbandsklagen vorsieht, gänzlich fremd ist.

⁷¹ Dazu s.a. unten VI.

⁷² M. Bell (Fn. 35), 145 ff., der eine Typologie des Antidiskriminierungsrechts in den Rechtsordnungen der – alten – EU-Mitgliedstaaten aufstellt, unterscheidet zwischen (1) "comprehensive equality regimes" (ebenda, 149 ff.), zu denen die Niederlande, Irland und Schweden zählen, (2) "mixed-level equality regimes" (ebenda, 158 ff.), zu denen er das Vereinigte Königreich, Belgien und Italien rechnet, (3) "comprehensive anti-discrimination law regimes" (ebenda, 168), zu denen Dänemark, Frankreich, Luxemburg, Finnland sowie Spanien zählen, (4) "mixed-level anti-discrimination law regimes" (ebenda, 175 ff.), zu denen neben Portugal auch Deutschland zählt, sowie schließlich (5) "states without any specific anti-discrimination legislation" (ebenda, 178 ff.), worunter Bell Österreich und Griechenland zählt.

⁷³ In analoger Weise spricht R. Gerlach DRdA 2004, 221 (223 f., Zitat: 223) vom "Konzept eines umfassenden Diskriminierungsschutzes"; vgl. auch D. Schiek (Fn. 2), 344 ff., die in teilweise ähnlichem Sinne zwischen "Diskriminierungsschutz im schwachen Sinne" und "Diskriminierungsschutz im starken Sinne" unterscheidet. – Die nachfolgende Gegenüberstellung von "starkem" und "schwachem" Konzept orientiert sich an idealtypischen Entgegensetzungen; keinesfalls soll damit die These verfochten werden, dass mit der lediglich dichotomen Unterscheidung die unterschiedlichen Diskriminierungsschutzregimes auch nur annähernd in ihren spezifischen Eigentümlichkeiten erfasst werden könnten. Zu einem differenzierenden Ansatz vgl. etwa vorstehend Fn. 72.

im Blick, sondern ist grundsätzlich umfassend angelegt, erfasst also dem Grundsatz nach auch die (übrigen) Beziehungen unter Privaten; drittens zielt es auf die Beseitigung bestehender "Gleichstellungshierarchien"⁷⁴ zugunsten eines kohärenten, für alle Diskriminierungsmerkmale einheitlichen Schutzstandards in Bezug auf die Anwendungsbereiche, die zugelassenen Ausnahmen und die erforderlichen Durchsetzungsmechanismen;⁷⁵ schließlich ist es, viertens, seiner immanenten Teleologie gemäß auf Optimierung, auf immer weitergehende Vervollkommnung des Diskriminierungsschutzes angelegt.⁷⁶

Das "starke" Antidiskriminierungskonzept bedient sich, bei idealtypischer Betrachtung, eines dreiteiligen Instrumentariums: Erstens eines festen Kanons zulässiger und unzulässiger Diskriminierungen – unzulässig sind die direkte wie die indirekte Diskriminierung unter Einschluss der (sexuellen) Belästigung, zulässig ist hingegen die sogenannte positive Diskriminierung –,⁷⁷ zweitens eines robusten Rechtsdurchsetzungsregimes, bestehend aus Beweislastumkehr,⁷⁸ (unechter) Verbandsklage und abschreckender Sanktion, sowie drittens der Absicherung des individualrechtlich angelegten Diskriminierungsschutzes durch flankierende, die insoweit gesellschaftlich relevanten Gruppierungen einbeziehende Beteiligungs- und Dialog-,⁷⁹ Unterrichtungs- und Berichtspflichten.

⁷⁴ Die Beseitigung der "Gleichstellungshierarchie" wird ausdrücklich gefordert etwa in der Stellungnahme des EP-Ausschusses für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten (Fn. 53), 31, unter Bezugnahme auf *M. Bell* (Fn. 35), 52f. und 211–213, sowie *L. Senden* Nemesis 19 (2003), 144–151. – *M. Bell* (Fn. 35), 52 Fn. 134, bezieht sich bei der Wendung von der "hierarchy of equality" (52 u.ö.; entsprechend: "equality hierarchy" [53 u.ö.]) auf *A. Hegarty/C. Keown* Equal Opportunities Intl 15 (1996), 1, die von "hierarchies of discrimination" sprechen.

⁷⁵ Dazu Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch (Fn. 35), 6ff.

⁷⁶ Insoweit freilich setzt Art. 13 EG Grenzen, indem die Gemeinschaft Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen nur innerhalb ihrer – anderweitig zugewiesenen – Zuständigkeiten ergreifen darf; zum insofern akzessorischen Charakter von Art. 13 EG: M. Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) EU-V/EG-V, 2000, Art. 13 EGV Rn. 5 und 6; A. Epiney in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 13 EGV Rn. 4; R. Streinz in: ders. (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 13 EGV Rn. 12 f.; eingehend D. Kehlen (Fn. 27), 36–53 mwN.

⁷⁷ Die vier Pfeiler des "Konzepts eines umfassenden Diskriminierungsschutzes" erblickt R. Gerlach (Fn. 73), 223 f. im Verbot der direkten Diskriminierung, im Verbot der indirekten Diskriminierung, der Zulassung "positiver" Diskriminierung sowie im Einbezug der Belästigung in den Kreis verbotener Diskriminierungen.

⁷⁸ Die Beweislastumkehr bezieht sich selbstredend nicht auf Strafverfahren (vgl. insoweit stellvertretend Art. 8 Abs. 3 RL 2000/43/EG).

⁷⁹ Eingehend und abgewogen zum verpflichtenden Dialog der Mitgliedstaaten mit den sog. Nichtregierungsorganisationen: *D. König* EuR 39 (2004), 132 ff.

Demgegenüber ist die deutsche Rechtsordnung gerade im Bereich des Privatrechts traditionell stärker dem Idealtypus des "schwachen" Antidiskriminierungskonzepts verpflichtet:80 Wiewohl auch hier vielfältige Diskriminierungsverbote bestehen, fügen sie sich doch nicht zu einem kohärenten Ganzen. Als nicht einheitlich verfassungsrechtlich fundierte. als mit unterschiedlichem Regelungsgehalt ausgestattete und als spezifisch ausgerichtete Gleichheitssätze führen sie im rechtspraktischen Effekt zu einer - vom "starken" Antidiskriminierungskonzept gerade bekämpften - "Gleichstellungshierarchie", an deren Spitze die Geschlechtergleichheit steht. Flächendeckende Geltung beanspruchen die Diskriminierungsverbote regelmäßig nur gegenüber der Staatsgewalt; im Privatrecht - mit Ausnahme des traditionell stark europarechtlich imprägnierten Arbeitsrechts⁸¹ – entfalten sie ihre Wirkung nur vereinzelt und in aller Regel nur über das Medium diskriminierungsunspezifischer Generalklauseln wie die "guten Sitten",82 die "Billigkeit"83 oder "Treu und Glauben"84.85

 Positivrechtliche Relativierungen des "starken" Konzepts: Anwendungsbereiche und Ausnahmetatbestände

Das geltende Europäische Diskriminierungsschutzrecht kann indes – was nicht selten gleichermaßen von Protagonisten wie Antagonisten eines "starken" Antidiskriminierungskonzepts geflissentlich außer Acht gelassen wird – weder zutreffend begriffen noch verzerrungsfrei bewertet wer-

⁸⁰ Zum Diskriminierungsschutz im geltenden deutschen Privatrecht vgl. eingehend D. Schiek (Fn. 2), 361 ff., 385 ff., 390 ff. mwN; ergänzend T. Bezzenberger (Fn. 5); R. Nickel Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, 1999, 93 ff, besonders 119 ff.; G. Thüsing ZfA 2001, 397 ff.; ders. RdA 2003, 257 ff.; ders. JZ 2004, 172 ff.; K. von Koppenfels (Fn. 12); H. Wiedemann/G. Thüsing (Fn. 10); E. Picker JZ 2003, 540 ff.; J. Neuner (Fn. 10); H. Reichold JZ 2004, 384 ff., je mwN. – Anders stellt sich die Lage im Öffentlichen Recht dar; vgl. insoweit nur das Kompendium zu den Gleichstellungsgesetzen des Bundes und der Länder: D. Schiek/H. Dieball/I. Horstkötter/L. Seidel/U. M. Vieten/S. Wankel Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, 2. Aufl. 2002.

⁸¹ In dem namentlich der Grundsatz der Geschlechtergleichheit weithin Horizontalwirkung freisetzt; dazu eingehend *H. Wiedemann* (Fn. 4), passim.

 $^{^{82}}$ Vgl. \S 138 Abs. 1, \S 826 BGB; \S 1 UWG. Auch das Schikaneverbot gemäß \S 226 BGB ist hier ergänzend zu nennen.

⁸³ Vgl. § 315 Abs. 3 BGB.

⁸⁴ Vgl. § 242, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. – Es ist denn auch weniger der Gesetzgeber als der Zivilrichter, der unter rechtspraktischen Auspizien Maß und Reichweite des Diskriminierungsschutzes im Privatrecht bestimmt.

⁸⁵ Zu ergänzen ist der strafrechtliche Diskriminierungsschutz, der namentlich über § 185 StGB prästiert wird und als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB in die Beziehungen zwischen Privaten hineinwirkt.

318 Matthias Jestaedt

den, wenn nicht die vielfältigen positivrechtlichen Relativierungen des "starken" Konzepts in die Betrachtung einbezogen werden. §6, 87

⁸⁶ Nebenbei: Dem Gros der hier kursierenden ideologischen Rhetorik wird der normative Bezugspunkt entzogen, wenn die positivrechtlich angeordneten oder zugelassenen Relativierungen und Kontextualisierungen des "starken" Konzepts in der ihnen gebührenden Weise Berücksichtigung finden.

⁸⁷ Die Antidiskriminierungsrichtlinien arbeiten insofern mit unterschiedlichen Relativierungstechniken. Neben den im Text genannten sind zu ergänzen: (1) Eine Relativierung liegt im Konzept mittelbarer Diskriminierung beschlossen: Während nämlich eine direkte Diskriminierung per se dem Benachteiligungsverbot unterfällt, liegt eine verbotene mittelbare Diskriminierung nur und erst dann vor, wenn die dem Anschein nach benachteiligende Behandlung, die sich in besonderer Weise zulasten von Personen auswirkt, die das verpönte Diskriminierungsmerkmal aufweisen, nicht den an einem rechtmäßigen Ziel orientierten Verhältnismäßigkeitstest besteht (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. b (i) RL 2000/78/EG; Art. 2 Abs. 2 tiret 2 RL 76/207/EWG idFd RL 2002/73/EG. Im Kontext von Art. 6 RL 2000/78/EG wird diese [dort freilich nicht auf die mittelbare Diskriminierung exklusiv bezogene] Unterscheidung besonders deutlich: "Es ist [...] unbedingt zu unterscheiden zwischen einer Ungleichbehandlung, die insbesondere durch rechtmäßige Ziele im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung gerechtfertigt ist, und einer Diskriminierung, die zu verbieten ist" [Erwägungsgrund 25 S. 3 RL 2000/78/EG]). - (2a) Zugunsten beruflicher Tätigkeit wird eine Ausnahme erlaubt (in Anlehnung an die dem US-amerikanischen Arbeitsrecht vertraute "essence of the business clause", vgl. Wilson v. Southwest Airlines, 517 F. Supp 292 [ND Texas 1981]; Diaz v. Pan American World Airways, 442 F.2d 385; dazu G. Thüsing RdA 2001, 319 [320ff., bes. 321]; zu der damit präzisierten "bona fide occupational qualification" [BFOO] des Civil Rights Act von 1964 speziell im Hinblick auf das Alter A. Fenske Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht, 1998, 144ff.): Das mitgliedstaatliche Recht darf nämlich vorsehen, dass der Tatbestand weder einer unmittelbaren noch einer mittelbaren Diskriminierung erfüllt ist, wenn, verkürzt formuliert, der Differenzierungsgrund "eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt" (vgl. Art. 4 RL 2000/43/EG; Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 2 Abs. 6 RL 76/207/EWG idFd RL 2002/73/EG). - (2b) Die sog. Rahmenrichtlinie ergänzt diese allgemein-arbeitsrechtliche Ausnahme in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG um eine Tendenzschutz-Klausel zugunsten der Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, "deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht". Zur Reichweite dieser Ausnahmeermächtigung an die Mitgliedstaaten aus Sicht der deutschen Rechtsordnung: P. Hanau/G. Thüsing Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht, 2001, 27ff.; H. Reichold NZA 2001, 407ff.; C. Grabenwarter in: ders. (Hrsg.) Standpunkte im Kirchen- und Staatskirchenrecht, 2002, 60 (73 ff.); D. Kehlen (Fn. 27), 168 ff.; C. Waldhoff JZ 2003, 978ff.; M. Germann/H. de Wall GS Blomeyer, 2004, 549 (556ff., 574ff.); C. Link GS Blomeyer, 2004, 675ff.; M. Rohe GS Blomeyer, 2004, 217 (231ff.); G. Thüsing JZ 2004, 172 ff. - (2c) Zu den aus der Eigenart des betreffenden Rechtsgeschäfts begründeten Ausnahmeklauseln zählt in gewissem Sinne auch Art. 1 Abs. 3 des Unisex-Tarif-RL-Vorschlags (Fn. 51), 26, wonach Unterschiede "im Zusammenhang mit Gütern und Dienstleistungen, bei denen Männer und Frauen sich nicht in einer vergleichbaren Situation befinden, weil die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder in erster Linie für die Angehörigen nur eines Geschlechts bestimmt sind, oder im Zusammenhang mit Leis-

So können die dem operativen Richtlinientext vorangestellten Erwägungsgründe eine Diskriminierungsschutz-relativierende, besser wohl: Diskriminierungsschutz-relationierende Lesart der Normen befördern;⁸⁸ Erwägungsgrund 4 der Anti-Rassismusrichtlinie bestimmt etwa, dass die Grundrechte und Grundfreiheiten, "einschließlich der Vereinigungsfreiheit",⁸⁹ geachtet werden und setzt hinzu: "Ferner ist es wichtig, dass im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt".⁹⁰

tungen, die je nach Geschlecht der Klienten auf unterschiedliche Weise erbracht werden", nicht der Richtlinie entgegenstehen. - (3) Darüber hinausgehende Einschränkungen können die Mitgliedstaaten vorsehen zugunsten einzelner, in ihrer Trennschärfe schwer fassbarer Diskriminierungsmerkmale; so weist Art. 6 der Rahmenrichtlinie (RL 2000/78/EG) den Mitgliedstaaten die Rechtsmacht zu, Ungleichbehandlungen wegen des Alters nicht als Diskriminierung zu bewerten, "sofern sie objektiv und angemessen sind" und durch ein legitimes Ziel "aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung" gerechtfertigt werden können. - Eine - nachhaltige - Relativierung der Diskriminierungsverbote markiert an sich die Zulässigkeit sog. "positiver Diskriminierung": Sie läuft dem Verbot direkter Diskriminierung an sich diametral zuwider (wie hier etwa E. Kocher [Fn. 10], 169). Da diese nicht nur erlaubte, sondern sogar gewünschte Diskriminierung jedoch - in einer complexio oppositorum mit den Diskriminierungsverboten - zu den essentialia eines "starken" Antidiskriminierungskonzepts zählt (vorstehend b)), ist sie nicht als Relativierung des Konzepts zu betrachten. - Insgesamt bliebt kritisch festzuhalten, dass, unbeschadet der Schwierigkeit, Diskriminierungsverbote und Diskriminierungserlaubnisse - also "negative" und "positive" Diskriminierung - in ein konsistentes Diskriminierungskonzept zu integrieren, Vielzahl und Heterogenität der Ausnahme- und Rechtfertigungstatbestände nicht gerade ein Zeichen hoher dogmatischer Präzision und Perfektion, Konsequenz und Konsistenz sind.

⁸⁸ Zur interpretatorischen Bedeutung der Erwägungsgründe von Richtlinien: F. Dumon in: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Hrsg.) Begegnung von Justiz und Hochschule am 27. und 28. September 1976, III/1 (IIII/95ff., besonders III/106ff.); R. Plender Yearbook of European Law 2 (1982), 57 (92ff., besonders 100f.); M. Lutter JZ 1992, 593 (600); C. Buck Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, 147ff.; F. Müller/R. Christensen Juristische Methodik, Bd. II, 2003, 65; M. Dederichs Die Methodik des EuGH, 2004, 30f. sowie insbesondere 115f. mwN; aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs: EuGH, Slg. 1969, 349 – Markus & Walsh/Hauptzollamt Hamburg, Tz. 8–11; EuGH, Slg. 1977, 5 – Bauhuis/Niederlande, Tz. 17f., 20; EuGH, Slg. 1977, 2059 – AIMA/Greco, Tz. 8f., 20; EuGH, Slg. 1980, 813 – van Walsum/Produktschap voor Vee en Vlees, Tz. 9; EuGH, Slg. 1992, I-1237 – Canon/Rat, Tz. 37, 50, 56; EuGH, Slg. 1999, I-2423 – Luksch, Tz. 3, 4, 15f.

⁸⁹ Vgl. auch Erwägungsgrund 5 RL 2000/78/EG; Erwägungsgrund 7 RL 2002/73/EG.

⁹⁰ Entsprechend Erwägungsgrund 11 des Unisex-Tarif-RL-Vorschlags (Fn. 51), 24, wonach überdies auf die "Medienfreiheit und den Medienpluralismus" Bezug genommen wird.

Darüber hinaus gelangt eine Relativierung des "starken" Konzepts auch in der Umschreibung des Anwendungsbereichs des konkreten Gleichbehandlungsgrundsatzes zum Ausdruck. 91 So ist für die Erstreckung des Diskriminierungsschutzes auf das Privatrecht (jenseits des Arbeitsrechts) mit besonderem Nachdruck darauf hinzuweisen, dass sowohl die geltende Anti-Rassismusrichtlinie als auch die geplante Unisex-Tarif-Richtlinie die Antidiskriminierungsstandards nur insoweit in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten verbindlich machen, als es sich um "den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen [handelt], die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum". 92

⁹¹ Sei es, dass eine Materie zur Gänze aus dem Anwendungsbereich herausgenommen wird, wie dies etwa die sog. Unisex-Tarif-Richtlinie für den Bereich der Bildung und der Medien einschließlich der Werbung vorsieht (vgl. Art. 1 Abs. 4 des Unisex-Tarif-RL-Vorschlags [Fn. 51], 26; dabei handelt es sich freilich, weil Art. 13 EG Antidiskriminierungsmaßnahmen nur innerhalb bestehender Gemeinschaftskompetenzen zulässt [oben Fn. 76], keineswegs um eine frei gewählte Regelungszurückhaltung), sei es, dass einzelne Materien nur unter besonderen Aspekten und Voraussetzungen vom Richtlinienregime erfasst werden.

⁹² Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2000/43/EG; Art. 1 Abs. 2 Unisex-Tarif-RL-Vorschlag (Fn. 51), 26 (unter Weglassung des Wortes "von" vor "Wohnraum"). - Dass die Wendung "der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen", namentlich in Deutschland Gegenstand eines heftigen Auslegungsstreits ist, sei hier mehr angedeutet denn ausgeführt (dazu und zum Folgenden vgl. die eingehenden, auch rechtsvergleichend operierenden Ausführungen bei B. Schöbener/F. Stork [Fn. 16], 65 ff., besonders 72 ff., 75 ff., 77 mwN): Ist die - den Diskriminierungsschutz aktivierende - Öffentlichkeitsschwelle bereits mit jeder Zeitungs- oder Internetannonce, gar mit jedem Aushang am "Schwarzen Brett" überschritten? Der Immobilien- und der Gebrauchtwagenmarkt wären dann ebenso erfasst wie Internetauktionsbörsen, auch wenn es sich bei den angestrebten Rechtsgeschäften um nicht-berufliche und nicht-gewerbliche Einzelaktionen Privater handelt. Oder aber bemisst sich die "Öffentlichkeit" des Rechtsgeschäfts unter Privaten danach, dass der Anbieter über einen gewissen Institutionalisierungsgrad verfügt, das Geschäft gewerbsmäßig betreibt und es sich typischerweise um Massengeschäfte handelt (in diese Richtung, im Einzelnen freilich differenzierter: B. Schöbener/F. Stork [Fn. 16], 72 ff., 75 ff., 77, die hierfür Begriff und Kategorie der "quasi-öffentlichen Sphäre" prägen [ebenda, 72 ff., 77]: "jedenfalls" erfasst seien "Verkehrsmittel, Fitnessstudios, Hotels, Kaufhäuser, Restaurants und Bars, Cafés, Theater, Parks und Strände" [ebenda, 73]; in entsprechender Weise dürften auch Kinos, Museen, Banken dazuzuzählen sein; vgl. auch K. Hailbronner ZAR 2001, 254 [258]; M. Bell [Fn. 35], 136ff., 138ff. mwN; P. Stalder JRP 2002, 227 [232]) Dann wären Rechtsgeschäfte, "die in einem rein privaten Kontext stattfinden" (so die Kommission in ihrem Unisex-Tarif-RL-Vorschlag [Fn. 51], 15), also typischerweise ein gewisses Näheverhältnis voraussetzen oder begründen, nicht dem sekundärrechtlichen Diskriminierungsschutz unterworfen. Sowohl die Materialien der Antirassismus- und, mehr noch, des Vorschlags der Unisex-Tarif-Richtlinie als auch die Herkunft des Gedankens, Diskriminierungsschutz auf in der Öffentlichkeit getätigte Rechtsgeschäfte zwi-

Die Primärrechtskonformität des Europäischen Antidiskriminierungsrechts

Da Gemeinschaftssekundärrecht seinem Inhalt wie seiner Geltung nach infolge seines (Anwendungs-)Vorrangs nicht an mitgliedstaatlichem Recht zu messen ist, 93 kommt als Maßstab für eine Inhalts- wie Geltungsversicherung von Richtlinienrecht grundsätzlich nur Gemeinschafts*primär*recht in Betracht. 94 Eine – an sich gebotene – eingehende Untersuchung der Primärrechtskonformität privatrechtsinvasiver Antidiskriminierungsrichtlinien muss im gegebenen Rahmen unterbleiben. Das bloß kursorische Vorgehen mag freilich um so eher verschmerzbar sein, als, soweit ersichtlich, von keiner Seite ernsthaft der Vorwurf erhoben oder gar begründet wird, die Anti-Rassismusrichtlinie (als die derzeit einzige in Geltung stehende Antidiskriminierungsrichtlinie, die privatrechtsinvasiv ausgelegt ist) verstoße in grundsätzlicher Weise gegen Primärrecht. 95

schen Privaten zu erstrecken, aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis (zu diesen drei Gründen im Einzelnen *B. Schöbener/F. Stork* [Fn. 16], 69 ff., 72 ff., besonders 75 mwN) sprechen letztlich dafür, der engeren Interpretation den Vorzug zu geben (notabene: Es sind *nicht* Gründe des nationalen Rechts, etwa der Gedanke der grundgesetzkonformen Auslegung, die hier den Ausschlag geben. Denn Gemeinschaftsrecht ist autonom, d.h. nach eigenen Maßgaben und Maßstäben, auszulegen. Das mitgliedstaatliche Recht ist nur dort von Relevanz, wo das Gemeinschaftsrecht selbst sich jenem öffnet. S. auch nachfolgend III.). Freilich verbleiben auch bei der Option für eine restriktive Auslegung nicht zu vernachlässigende Interpretationsunschärfen im Einzelfall.

⁹³ Zum – aus Sicht des Gemeinschaftsrechts unkonditionierten, aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts im Blick auf Art. 23 Abs. 1, Art. 79 Abs. 3 GG konditionierten – Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor mitgliedstaatlichem Recht vgl. stellvertretend M. Nettesheim in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 37–42 sowie 43–51 (Stand: August 2002); W. Schroeder Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2002, 103 ff., besonders 108 ff., 110 ff., 116 ff. (zur Perspektive des EuGH) und 161 ff., besonders 163 ff. (zur Perspektive des BVerfG), je mwN.

⁹⁴ Vgl. nur EuGH, Slg. 1979, 3727 – Hauer, Tz. 14: Die "Frage der Verletzung der Grundrechte durch eine Handlung der Gemeinschaftsorgane [kann] nicht anders als im Rahmen des Gemeinschaftsrechts selbst beurteilt werden. Die Aufstellung besonderer, von der Gesetzgebung oder der Verfassungsordnung eines bestimmten Mitgliedstaates abhängiger Beurteilungskriterien würde die materielle Einheit und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen." – Die an sich ebenfalls im Blick auf die Inhalts(-, nicht: Geltungs)bestimmung von Richtlinienrecht einschlägige systematische Interpretation anhand des übrigen Gemeinschaftssekundärrechts bleibt im Folgenden außer Betracht.

95 Vgl. auch M. Mahlmann (Fn. 27), 422 und 424 – für die Frage der Gemeinschaftsgrundrechtskompatibilität. Soweit die bisher ergangenen Art. 13-Richtlinien in der Kommentarliteratur thematisiert werden, werden Bedenken gegen deren Primärrechtskonformität nicht erhoben (vgl. M. Holoubek in: Schwarze [Hrsg.] EU-V/EG-V, 2000, Art. 13

a) Vorrang nicht gleich Vorrang

Einleitend besteht Anlass, auf eine bislang wenig zu Bewusstsein gelangte Eigenart des Verhältnisses von Primärrecht und Sekundärrecht hinzuweisen: Wenn das Primärrecht der Gemeinschaft als "Verfassungsrecht der EU"96 gekennzeichnet wird, so dürfen nicht unbesehen Wirkungsweise und Durchsetzungsmechanismus des im grundgesetzlichen Rahmen geltenden Verfassungsvorrangs auf die Relation von primärem zu sekundärem Gemeinschaftsrecht übertragen werden. Ist der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht im Wesentlichen mit dem Vorrang des Grundgesetzes vor sogenanntem einfachen Recht vergleichbar, so kann dies für den Vorrang des Primärrechts vor dem Sekundärrecht nicht in gleicher Weise behauptet werden. Die Hierarchisierung zwischen Primär- und Sekundärrecht ist positivrechtlich – namentlich, soweit es die materiellen Vorgaben betrifft – weniger markant ausgeprägt.⁹⁷

EGV Rn. 6; *A. Epiney* in: Calliess/Ruffert [Hrsg.] EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 13 EGV Rn. 9f.; *C. O. Lenz* in: ders./Borchardt [Hrsg.] EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 13 Rn. 3f.; *M. Zuleeg* in: v. d. Groeben/Schwarze [Hrsg.] EUV/EGV, Bd. I, 6. Aufl. 2003, Art. 13 Rn. 17f.). Einzig *R. Streinz* in: ders. (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 13 EGV Rn. 23 (s.a. Rn. 1), hält, ohne deswegen freilich ausdrücklich einen Verstoß zu behaupten, die Richtlinien "wegen der Einbeziehung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse und der Beweislastumkehr im Hinblick auf die Achtung der Privatautonomie" für "problematisch". ⁹⁶ Statt vieler *M. Nettesheim* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 9 (Stand: August 2002).

⁹⁷ Folge wie Ausdruck dessen ist, dass das primäre Gemeinschaftsrecht zulasten der sekundären Rechtsetzungsakte nur schwache materielle Anforderungen entfaltet und der EuGH sich dementsprechend Zurückhaltung auferlegt bei der materiellen Primärrechtskontrolle der gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesäquivalente Richtlinie und Verordnung. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH streitet zugunsten der Rechtsakte der Gemeinschaft überdies die Vermutung ihrer Gültigkeit; die Vermutung kann nur durch ein Urteil des Gerichtshofes beseitigt werden (vgl. nur EuGH, Slg. 1957, 85 [126] - Algera; EuGH, Slg. 1979, 623 - Granaria, Tz. 4 und 5; EuGH, Slg. 1994, I-255 - BASF, Tz. 48ff. [dort, Tz. 49f., mit Ausnahmen von diesem Grundsatz in "ganz außergewöhnlichen Fällen" eines offenkundigen und schweren Fehlers]). Die Beziehung von Primärrecht und Sekundärrecht ist vielfältiger und komplexer, als dass sie mit dem strikt alternativen Gleichungspaar "Primärrechtskonformität als Geltungsvoraussetzung" und "Primärrechtswidrigkeit als Geltungsvernichtung" hinlänglich erfasst werden könnte. Dies lässt sich etwa am Beispiel der sogenannten "affirmative action" demonstrieren, die sowohl Thema des primärrechtlichen Art. 141 Abs. 4 EG als auch des sekundärrechtlichen Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG ist; dazu näher C. Langenfeld in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 141 EGV Rn. 107 (Stand: Februar 2002). - Zum Verhältnis von Grundfreiheiten und insoweit einschlägigem Sekundärrecht vgl. C. Schönberger EuR 38 (2003), 600 (621 f.), der hier mit Recht vom "eigentlichen Paradigma für die Zuordnung von Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Gemeinschaft" (ebenda, 623)

Dieser Umstand verdankt sich der "Logik gegenläufiger Hierarchisierungen im Gemeinschaftsrecht"98: Die geringe materielle Hierarchisierung *innerhalb* des Gemeinschaftsrechts ist danach das Korrelat der strikten Hierarchisierung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht.⁹⁹

Es ist daher alles andere als Zufall,¹⁰⁰ dass der EuGH die Einhaltung der primärrechtlich aufgerichteten Zuständigkeits-¹⁰¹ und Verfahrensanforderungen strenger kontrolliert als die materiellen Kautelen¹⁰² und, so-

spricht. In Bezug auf die Gemeinschaftsgrundrechte ruft *Schönberger* ebenda, 623 mwN, in Erinnerung, dass sie "überhaupt erst als defensive Reaktion auf die Gefahren mangelnder Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in den mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten Ende der sechziger Jahre" entwickelt worden seien.

⁹⁸ Zu Begriff und Sache richtungweisend C. Schönberger (Fn. 97), 600 ff.

⁹⁹ C. Schönberger (Fn. 97), 603, s.a. 627. - Um in dem noch relativ jungen vollzugsföderalen System (dazu, dass die "Logik gegenläufiger Hierarchisierungen" ein typisches Phänomen für vollzugsföderale Ordnung in deren Entstehungsphase ist: C. Schönberger [Fn. 97], 601 f., 614 f., am Beispiel der Schweiz und des Deutschen Reiches in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts: 617-620 mwN) der Gemeinschaft deren eigenem Recht gegenüber dem anzugleichenden mitgliedstaatlichen Recht möglichste Durchsetzungskraft und Vollzugseffektivität zu sichern, achtet das primäre Gemeinschaftsrecht darauf, dass seine Inhalts- und Geltungsanforderungen an das sekundäre Recht nicht zu einem allzu leicht einsetzbaren Argument für die Mitgliedstaaten erstarken, mit Hilfe dessen das Sekundärrecht unter Berufung auf dessen Primärrechtswidrigkeit um seine Wirksamkeit gebracht werden kann (vgl. auch I. Pernice/F. Mayer in: Grabitz/Hilf [Hrsg.] Das Recht der Europäischen Union, Art. 220 EGV Rn. 27 [Stand: August 2002] mwN aus der Judikatur des EuGH: "Die Sorge des Gerichtshofs um die "materielle Einheit des Gemeinschaftsrechts' und die Einheitlichkeit seiner Anwendung in den Mitgliedstaaten beherrscht die ganze Rechtsprechung"; dazu H. D. Jarass DVBI 1995, 954 [961 f.]). Die geringe materielle Hierarchisierung im Verhältnis von Primärrecht und Sekundärrecht ist indes durchaus auch im Interesse der Mitgliedstaaten, genauer: im Interesse der Regierungen der Mitgliedstaaten, da und solange sie bei der Setzung von Sekundärrecht in Gestalt des Ministerrats die (mit)entscheidende Rolle spielen (und dahinter steht letztlich der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts, wie ihn Art. 7 Abs. 1 S. 2 EG zum Ausdruck bringt). Denn je geringer die primärrechtlichen Anforderungen an das von mitgliedstaatlicher Verhandlung und Abstimmung bestimmte Verfahren der Sekundärrechtsetzung sind, desto seltener sind gerichtliche Interferenzen zu befürchten (näher C. Schönberger [Fn. 97], 602f.). Pointiert: Je höher die Einigungszwänge im Rechtsetzungsverfahren, desto niedriger die Kontrolldichte durch den EuGH.

¹⁰⁰ Und auch nicht, wie offenbar *C.-W. Canaris* (Fn. 3), 363 f. meint, eine Frage fehlenden Mutes.

¹⁰¹ Zur Kompetenzkontrolle vgl. EuGH, Slg. 2000, I-8419 – Tabakwerberichtlinie, Tz. 76ff., besonders 88; EuGH, Slg. 2002, I-11453 – Tabakproduktrichtlinie, Tz. 58ff., besonders 62 und 94ff.; dazu statt vieler *J. Gundel* EuR 38 (2003), 100ff.

¹⁰² Auch die beiden Bestimmungen, aus denen der Vorrang des Primärrechts gegenüber dem Sekundärrecht herausgelesen wird – Art. 7 Abs. 1 S. 2 ("Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse.") sowie Art. 249

weit ersichtlich, noch keine Richtlinie oder Verordnung wegen Verstoßes gegen die Gemeinschaftsgrundrechte für nichtig erklärt hat.¹⁰³

b) Europäisches Antidiskriminierungsrecht und Gemeinschaftsgrundrechte

Dass er ein derartiges Verdikt ausgerechnet im Falle der auf der Grundlage von Art. 13 EG¹⁰⁴ – und damit auf der Grundlage eines eistim-

Abs. 1 EG ("nach Maßgabe dieses Vertrages erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam, der Rat und die Kommission ..."; dazu stellvertretend *W. Schroeder* [Fn. 93], 363 ff.; ders. in: Streinz [Hrsg.] EUV/EGV, 2003, Art. 249 EGV Rn. 17) –, harmonieren mit der These, dass die formellen (verfahrensrechtlich-kompetenziellen) Anforderungen, die das Primärrecht an die Sekundärrechtsetzung stellt, höher ausfallen als die materiellen. – Indirekt wird diese dichotome Struktur bestätigt durch die Judikatur des BVerfG, indem dieses einerseits zulasten des Gemeinschafts(sekundär)rechts einen Grundrechtsvorbehalt formuliert, der freilich – auf der Grundlage des "Bananenmarktordnungs"-Beschlusses (BVerfGE 102, 147) – kaum jemals mehr praktisch werden dürfte, und andererseits einen ultra-vires- oder auch Kompetenzkonformitäts-Vorbehalt statuiert (zur Lehre vom ausbrechenden Rechtsakt: BVerfGE 89, 155 [194f.]). Vgl. auch *S. Broß* VerwArch 92 (2001), 425 ff.; *I. Pernice/F. Mayer* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 220 EGV Rn. 72 (Stand: August 2002).

103 Der EuGH hat den Schutz der Gemeinschaftsgrundrechte im Hinblick auf Akte der Gemeinschaften bisher nur im Kontext von Einzelfallentscheidungen in der Weise aktiviert, dass ein (Gemeinschafts-)Rechtsakt wegen eines (Gemeinschafts-)Grundrechtsverstoßes aufgehoben worden ist (vgl. EuGH, Slg. 1994, I-4737 – X/Kommission: die Anordnung eines AIDS-Tests gegen den Willen des Bewerbers im Rahmen der Einstellungsuntersuchung verstößt gegen das in der EMRK verankerte und sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen ergebende Recht auf Achtung des Privatlebens [Rn. 17–24]; die Verweigerung der Untersuchung durch den Bewerber hat freilich zur Konsequenz, dass die begehrte Einstellung schon aus diesem Grund verweigert werden kann [Rn. 21]); für abstrakt-generelle Normen, also Verordnungen und Richtlinien, findet sich – soweit ersichtlich – bisher keine vergleichbare Rechtsprechung.

104 In kompetenziell-verfahrensrechtlicher Hinsicht wird nahezu einhellig davon ausgegangen, dass sowohl die Anti-Rassismusrichtlinie als auch die Rahmenrichtlinie die tatbestandlichen Voraussetzungen des - nicht unmittelbar anwendbaren - Art. 13 EG erfüllen und auch den Anforderungen der Subsidiarität gemäß Art. 5 Abs. 2 EG sowie der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 5 Abs. 3 EG entsprechen (zu Art. 5 Abs. 2 und 3 EG: D. Kehlen [Fn. 27], 114ff., besonders 126-128, sowie 128ff., besonders 131, mwN). In der Tat räumt Art. 13 Abs. 1 EG dem Rat die Rechtsmacht ein, Antidiskriminierungsmaßnahmen in Richtlinienform zu ergreifen, die (1) neben der direkten Diskriminierung auch die indirekte Diskriminierung verbieten (vgl. A. Epiney in: Calliess/Ruffert [Hrsg.] EUV/ EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 13 EGV Rn. 6; R. Streinz in: ders. [Hrsg.] EUV/EGV, 2003, Art. 13 EGV Rn. 15; D. Kehlen ebenda, 78-80 mwN; R. Geiger EUV/EGV, 4. Aufl. 2004, Art. 13 Rn. 4), (2) darüber hinaus die Ermächtigung zur sog. "positiven" Diskriminierung enthalten (vgl. M. Holoubek in: Schwarze [Hrsg.] EU-V/EG-V, 2000, Art. 13 EGV Rn. 2 und 12; A. Epiney ebenda, Art. 13 Rn. 6; M. Zuleeg in: v. d. Groeben/Schwarze [Hrsg.] EUV/EGV, Bd. I, 6. Aufl. 2003, Art. 13 Rn. 9; C. O. Lenz in: ders./Borchardt [Hrsg.] EUund EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 13 Rn. 9; einschränkend D. Kehlen ebenda, 104f. migen Ratsbeschlusses¹⁰⁵ – erlassenen Antidiskriminierungsrichtlinien erstmals aussprechen könnte, steht nicht zu erwarten. Statt einer eingehenden Begründung¹⁰⁶ muss es hier freilich mit einer Aneinanderreihung von Indizien sein Bewenden haben:

Erstens hat der Gerichtshof in seiner reichhaltigen Judikatur zu Gleichbehandlungsrichtlinien noch nicht einmal leiseste Zweifel an der Grundrechtskonformität eines offensiven Gleichstellungskonzepts geäußert.¹⁰⁷ Ganz im Gegenteil können – zweitens – die Antidiskriminierungsrichtlinien in wesentlichen Punkten als eine Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH zum Gleichbehandlungsgrundsatz gelesen werden. Durch Art. 13 Abs. 1 EG wird den Antidiskriminierungsbelangen, drittens, zusätzliche primärrechtliche Bonität zugeführt.¹⁰⁸ Viertens: Sowohl die Be-

mwN; zweifelnd R. Streinz ebenda, Art. 13 Rn. 18; ablehnend G. Jochum ZRP 1999, 279 [280f.]), (3) die Verpflichtung für die Mitgliedstaaten statuieren, auch Privatpersonen in die Pflicht zu nehmen (vgl. M. Holoubek ebenda, Art. 13 Rn. 12; R. Streinz ebenda, Art. 13 Rn. 18; M. Zuleeg ebenda, Art. 13 Rn. 14; C. O. Lenz ebenda, Art. 13 Rn. 9), sowie (4) im Rahmen der Zuständigkeiten der Gemeinschaft auch privatrechtsbezügliche Regelungen aufstellen (speziell im Blick auf RL 2000/43/EG: M. Holoubek ebenda, Art. 13 Rn. 6; vgl. ergänzend M. Bell [Fn. 36], 17-19; dens. [Fn. 35], 136ff., besonders 138, sowie 138ff., besonders 139 f. mwN). Bedenken im Blick auf die Ermächtigungsgrundlage des Art. 13 Abs. 1 EG bestehen indes insoweit, als die Richtlinien unisono auch die "Belästigung" als - verbotene - Diskriminierung behandeln (vgl. Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 3 RL 2000/78/EG; die hier aufgeworfene Frage wird in der Kommentarliteratur mit keinem Wort behandelt): Der bislang im Gemeinschaftsrecht geltende Diskriminierungsbegriff hat "Belästigungen", deren Unwert nicht (oder doch nicht notwendigerweise) in der Ungleichbehandlung liegt, nicht umfasst (stellvertretend zum Diskriminierungs-Begriff in der Rechtsprechung: EuGH, Slg. 1995, I-225 - Schumacker, Tz. 30; vgl. auch D. Kehlen ebenda, 76f. mwN, der freilich unter dem Aspekt der Benachteiligung auch die Erstreckung auf "Belästigungen" für gerechtfertigt hält: 79 f. Fn. 316); es erscheint daher nicht ohne weiteres plausibel, dass und warum die Erstreckung des Diskriminierungsschutz-Konzepts auf "Belästigungen" im Sinne der vorgenannten Richtlinien von der Ermächtigung des Art. 13 Abs. 1 EG gedeckt sein sollte.

¹⁰⁵ Zu den Gründen, die dazu geführt haben, dass Art. 13 Abs. 1 EG Einstimmigkeit zur Voraussetzung macht: *R. Streinz* in: ders. (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 13 EGV Rn. 1 und 20 mwN. – Nach Art. III–124 Abs. 1 S. 2 der konsolidierten Fassung des Vertrags über eine Verfassung für Europa werden die Kompromissfindungsprozesse nicht leichter, sondern eher schwieriger, bedarf es danach doch neben der Einstimmigkeit im Rat zusätzlich der vorgängigen Zustimmung des Europäischen Parlaments.

¹⁰⁶ Für die – hier freilich weniger bedeutsame – Rahmenrichtlinie 2000/73/EG findet sich eine ausführliche Begründung der Gemeinschaftsgrundrechtskompatibilität bei D. Kehlen (Fn. 27), 203–229.

¹⁰⁷ Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei *A. Epiney/M. F. Abt* Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003.

108 Die in Art. 13 Abs. 1 EG enthaltene Wendung, dass diskriminierungsbekämpfende Maßnahmen "unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags" ergriffen werrufsfreiheit als auch die darin beschlossene Vertragsfreiheit werden vom Gerichtshof gemäß Art. 6 Abs. 2 EU mittels wertender Rechtsvergleichung aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten erhoben; ihre Auslegung und Anwendung hat nicht nur zu berücksichtigen, dass sie einem recht großzügig gehandhabten Einschränkungsregime unterliegen,¹⁰⁹ sondern auch, dass weitreichende Antidiskriminierungskonzepte in dem einen oder anderen EU-Mitgliedstaat seit jeher als mit beiden Grundrechen vereinbar betrachtet werden. Fünftens: Just für die "Anti-Rassismusrichtlinie" wie für die in Aussicht genommene "Unisex-Tarif-Richtlinie" ist in Rechnung zu stellen, dass sie nur begrenzt – Stichwort: "öffentliche" Rechtsgeschäfte – und mit allerlei Ausnahmetatbeständen¹¹⁰ in die Rechtsbeziehungen unter Privaten eingreifen, so dass bereits mit bedenkenswerten Gründen bestritten werden kann, dass überhaupt der "Schutz der Privatsphäre und des Familien-

den können, thematisiert lediglich das Verhältnis zu sonstigen Kompetenzzuweisungen (statt aller: D. Kehlen [Fn. 27], 18ff., besonders 31-36 mwN; M. Zuleeg in: v. d. Groeben/Schwarze [Hrsg.] EUV/EGV, Bd. I, 6. Aufl. 2003, Art. 13 Rn. 15f. - auf den Streit, ob Art. 13 EG allgemein subsidiär ist, kommt es vorliegend nicht an), stellt die Maßnahmen also nicht etwa unter einen materiellen Vorbehalt. - Zu Art. 13 EG als einem Beitrag für ein Europa "der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts": D. Kehlen ebenda 13-16. -Der Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa, der in Art. III-124 den heutigen Art. 13 EG (mit hier irrelevanten Änderungen) beibehält, verstärkt durch die Inkorporation der Grundrechte-Charta, namentlich durch Art. II-83 und Art. II-81 den gemeinschaftsverfassungsrechtlichen Stellenwert des Diskriminierungsschutzes; die Vertragsfreiheit ist lediglich über die in Art. II-76 anerkannte unternehmerische Freiheit geschützt (dazu N. Bernsdorff in: Meyer [Hrsg.] Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 16 Rn. 12; R. Streinz in: ders. [Hrsg.] EUV/EGV, 2003, Art. 16 GR-Charta Rn. 1 und 6; B. Schöbener/F. Stork [Fn. 16], 55f., die zudem auf Art. 1:102 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, der sog. Lando-Principles, rekurrieren, denen freilich die normative Qualität abgeht).

109 Zur Berufsfreiheit, die kein Pendant in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen aufweist und die Vertragsfreiheit nach der Judikatur des EuGH einschließt, stellvertretend T. Kingreen in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rn. 129 ff., speziell zur Vertragsfreiheit Rn. 133 mwN. Ausdrücklich hat der Gerichtshof "die freie Wahl des Geschäftspartners" als grundrechtlich geschützt angesehen: EuGH, Slg. 1991, I-3617 – Neu u.a., Tz. 13. Dass im Blick auf die unternehmerische Freiheit "eine effiziente Kontrolle des Gemeinschaftsgesetzgebers und insbesondere eine wirkliche Verhältnismäßigkeitsprüfung mit entsprechender Abwägung" unterbleibe, betont auch R. Streinz in: ders. (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 16 GR-Charta Rn. 4, unter Hinweis auf M. Ruffert in: Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 15 Rn. 38f. mwN; zu den Einschränkungen der Abschlussfreiheit: K. Riesenhuber Europäisches Vertragsrecht, 2003, Rn. 416 ff., 423 ff., besonders 424 f. mwN. – Konkret bezogen auf die beiden Art. 13-Richtlinien vgl. ausführlich: M. Mahlmann (Fn. 27), 419–422; B. Schöbener/F. Stork (Fn. 16), 55–58, 60 sowie 61–64, ie mwN.

¹¹⁰ Näher dazu vorstehend 2. c).

lebens"¹¹¹ tangiert ist.¹¹², ¹¹³ Fazit: Die Gemeinschaftsgrundrechte setzen – im Rahmen ihrer derzeitigen Wirkkraft¹¹⁴ – dem von der Gemeinschaft verfolgten "starken" Antidiskriminierungskonzept erst dann Widerstand entgegen, wenn der Privatrechtsbezug über die "öffentlichen" Rechtsbeziehungen unter Privaten hinausgeht und die derzeit vorgesehenen Ausnahmetatbestände beseitigt werden.¹¹⁵

III. Der Anwendungsrahmen der nationalen Grundrechte

Der erst spät einsetzende Schutz der Gemeinschaftsgrundrechte wirft umso dringlicher die Frage auf, welchen Rahmen die Grundrechte des Grundgesetzes dem Diskriminierungsschutz in Privatrechtsbeziehungen ziehen. Grundgesetzliche Maßstäbe gelangen freilich nur dort zum Einsatz, wo das nationale Recht (1) gemeinschaftsrechtlich eröffnete Umsetzungsspielräume nutzt,¹¹⁶ wo es (2) über gemeinschaftsrechtliche Mindestanforderungen hinausgeht oder wo es (3) Regelungsmaterien thematisiert, die vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind.¹¹⁷

¹¹¹ So Erwägungsgrund 4 S. 2 RL 2000/43/EG; entsprechend Erwägungsgrund 11 des Unisex-Tarif-RL-Vorschlags (Fn. 51), 24.

¹¹² So etwa von B. Schöbener/F. Stork (Fn. 16), 60, 61 mit 72 ff.

¹¹³ Des Weiteren könnte auf die Judikatur des EuGH zur Horizontalwirkung des Diskriminierungsverbotes gemäß Art. 39 EG verwiesen werden (ebenso spektakulär in der Sache wie lapidar in der Begründung: EuGH, Slg. 2000, I-4139 – Angonese, Tz. 29 ff., besonders 36: "Das in Art. 48 des Vertrages [a.F.; heute: Art. 39 EG] ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gilt somit auch für Privatpersonen"; dazu *U. Forsthoff* EWS 2000, 389 ff.; *T. Körber* EuR 35 [2000], 932 ff.; *R. Streinz/S. Leible* EuZW 2000, 459 ff.).

¹¹⁴ Vgl. näher oben a).

¹¹⁵ Unhaltbar freilich die in ihrer Pauschalität ebenso unbegründete wie unbegründbare These, dass "das Recht auf Gleichbehandlung als Grundrecht Vorrang vor dem Recht auf Vertragsfreiheit" habe (so aber der EP-Ausschuss für die Rechte der Frau und Chancengleichheit [Fn. 53], 29).

¹¹⁶ Das freilich ist im Einzelnen str.; wie hier aber die hM, vgl. nur R. Streinz Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, 186f.; U. Everling EuR 25 (1990), 195 (213); T. Kingreen in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rn. 59; M. Mahlmann (Fn. 27), 418; D. Kehlen (Fn. 27), 245 f., je mwN. Anderer Ansicht etwa B. Rickert Grundrechtsgeltung bei der Umsetzung europäischer Richtlinien in innerstaatliches Recht, 1997, 215 ff.

¹¹⁷ Dies gilt unabhängig davon, ob man – mit dem Europäischen Gerichtshof – dem Gemeinschaftsrecht den bedingungslosen Vorrang vor sämtlichem mitgliedstaatlichen Recht zuerkennt (aus der ständigen Rechtsprechung: EuGH, Slg. 1963, 22 [24f.] – van Gend & Loos; EuGH, Slg. 1964, 1251 [1269f.] – Costa/E.N.E.L.; EuGH, Slg. 1970, 1125 –

Freilich schrumpfen die gemeinschaftsrechtlich nicht determinierten Regelungsfreiräume des nationalen Gesetzgebers im Bereich des privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes zusehends. Am Beispiel der Merkmale von Rasse und ethnischer Herkunft, die Gegenstand der bereits geltenden Antirassismus-Richtlinie sind,¹¹⁸ sowie des Geschlechts, welches Regelungsthema der derzeit debattierten Unisex-Tarif-Richtlinie ist,¹¹⁹ lässt sich aufzeigen, welche Bestimmungen kraft gemeinschaftsrechtlicher Determinierung bereits "grundrechtsfest" und welche noch am Maßstab der grundgesetzlichen Grundrechte zu messen sind:¹²⁰ Keinerlei Umsetzungsspielräume besitzt der Mitgliedstaat insonderheit bezüglich der unterschiedlichen Tatbestandsvarianten der Diskriminierung¹²¹ ein-

Internationale Handelsgesellschaft, Tz. 3; EuGH, Slg. 1978, 629 - Simmenthal II, Tz. 24; EuGH, Slg. 1990, I-2433 - Factortame u.a., Tz. 18ff.; aus dem Schrifttum: B. Wegener in: Calliess/Ruffert [Hrsg.] EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 220 Rn. 22ff.; M. Nettesheim in: Grabitz/Hilf [Hrsg.] Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 37 ff. [Sicht des EuGH] sowie 44ff. [Sicht des BVerfG] [Stand: August 2002]; R. Streinz [Fn. 70], Rn. 168-255; W. Schroeder in: Streinz [Hrsg.] EUV/EGV, 2003, Art. 249 Rn. 40ff., je mwN) oder aber - mit dem Bundesverfassungsgericht - den Gemeinschaftsrechtsvorrang von der - hier nicht zweifelhaften (eingehend am Beispiel der RL 2000/78/EG: D. Kehlen [Fn. 27], 239-243 mwN) - Bedingung abhängig macht, dass auf Gemeinschaftsebene ein dem grundgesetzlichen Schutzregime im Wesentlichen gleichzuachtender Grundrechtsschutz generell gewährleistet sei (richtungweisend BVerfGE 102, 147 [161 ff., besonders 162 f. und 164] mit räsonierender Zusammenstellung der Judikatur von BVerfGE 37, 271 [285] über BVerfGE 73, 337 [378ff.] bis zu BVerfGE 89, 155 [174f.]; aus dem Schrifttum: P. M. Huber EuZW 1999, 517ff.; U. Kischel Der Staat 39 [2000], 523ff.; S. Broß [Fn. 102]; M. Nettesheim in: Grabitz/Hilf [Hrsg.] Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 48 [Stand: August 2002], je mwN). - Auf eine gewisse dysfunktionale Wirkung der zuletzt im "Bananenmarktordnungs"-Beschluss bekräftigten "Solange"-Formel sei aufmerksam gemacht: Wiewohl sie zur Voraussetzung der Kontrollrücknahme durch das BVerfG einen primärrechtlich gewährleisteten Grundrechtsschutz hat und damit auf eine substanzielle Binnenhierarchisierung des Gemeinschaftsrechts zielt, beanstandet das BVerfG doch nicht die relative Substanzarmut des gemeinschaftlichen Grundrechtschutzes gegenüber Richtlinien und Verordnungen der Gemeinschaft (dazu oben II. 3. a).

¹¹⁸ RL 2000/43/EG. – Der bisweilen anzutreffenden These, dass sich im deutschen Recht aufgrund der Richtlinien nichts ändere bzw. kein Umsetzungsbedarf bestehe (in diese Richtung, mit Unterschieden im Detail, etwa: *C. Müller* Rechtsprobleme eines Anti-Diskriminierungsgesetzes, 2003, 84ff.; *E. Picker* JZ 2003, 540 [545]; s.a. *G. Thüsing* NZA 2001, 1061 Fn. 4), kann nicht beigetreten werden.

¹¹⁹ Unisex-Tarif-RL-Vorschlag (Fn. 51).

¹²⁰ Im Wesentlichen wie hier: *M. Mahlmann* (Fn. 27), 422 f. Vgl. ADG-E (Fn. 58), 29-31, 42 f., 74 ff.

¹²¹ Vgl. Art. 2 RL 2000/43/EG. Dies gilt nur mit Vorbehalt für "Belästigungen", denn nach Art. 2 Abs. 3 S. 2 dürfen die Mitgliedstaaten "den Begriff "Belästigung" im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten definieren".

schließlich der Grundzüge des Regimes zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen sowie bezüglich der Anwendungsbereiche des Diskriminierungsschutzes. ¹²² Nur geringe Umsetzungsspielräume bestehen in Bezug auf den Individualrechtsschutz, ¹²³ die (unechte) Verbandsklage, ¹²⁴ die Umkehr der Beweislast, ¹²⁵ den Opferschutz ¹²⁶ sowie die Statuierung einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktion. ¹²⁷ Vollauf dem Maßstab der Grundrechte untersteht demgegenüber die – gemeinschaftsrechtlich zwar erlaubte, im Übrigen aber in das Belieben der Mitgliedstaaten gestellte – Regelung sogenannter "positiver" Diskriminierung. ¹²⁸

¹²² Vgl. Art. 3 RL 2000/43/EG. – Damit besteht also auch keine mitgliedstaatliche Bestimmungsmacht im Hinblick darauf, wann Güter und Dienstleistungen "der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen" und wann nicht.

¹²³ Vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 2000/43/EG.

¹²⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 2 RL 2000/43/EG.

¹²⁵ Vgl. Art. 8 RL 2000/43/EG.

¹²⁶ Vgl. Art. 9 RL 2000/43/EG.

¹²⁷ Vgl. Art. 15 RL 2000/43/EG. – Soweit sich eine abschreckende Sanktionierung anders als durch Kontrahierungszwang erreichen lässt, ist dieser gemeinschaftsrechtlich nicht geboten (in diesem Sinne etwa *P. Stalder* [Fn. 92], 232, s.a. 234; *C. D. Classen* JZ 2004, 613; *H. Reichold* JZ 2004, 384 [387] mwN) und daher – in seinem überschießenden Gehalt – an den Grundrechten der zum Vertragsabschluss Gezwungenen zu messen.

¹²⁸ Vgl. etwa Art. 5 RL 2000/43/EG: "Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen." -Dass die Grundrechte im Blick auf das Phänomen "positiver Diskriminierung" gleichwohl nicht als autonomer, vom Gemeinschaftsrecht verselbständigter Maßstab fungieren, geht nicht auf belastbare dogmatischen Erwägungen zurück: Als Menetekel einer sich selbst überflüssig machenden Verfassungsdogmatik darf die dogmatische "Bewältigung" der sog. Frauenquote im öffentlichen Dienst gelten; nachdem der EuGH schließlich sog. "weiche Quoten", also Quoten mit Öffnungsklauseln, am Maßstab der Gleichbehandlungsrichtlinie (Art. 2 Abs. 2 und 4 RL 76/207/EWG) für gemeinschaftsrechtsverträglich (nicht: verpflichtend!) erklärt hat (vgl. EuGH, Slg. 1995, I-3051 - Kalanke, Tz. 16; EuGH, Slg. 1997, I-6363 - Marschall, Tz. 23ff.; EuGH, Slg. 2000, I-1875 - Badeck, Tz. 38), dürfte das BVerfG, welches bislang eine Entscheidung in der Sache vermeiden konnte, sich kaum anschicken, die Frage der Verfassungsverträglichkeit in davon abweichender Weise zu beantworten (vgl. wie hier etwa E. Kocher [Fn. 10], 169 mwN; vgl. auch die eher deskriptive denn apologetische Darstellung bei U. Di Fabio [Fn. 33], 431 f., besonders 431: "Die innerstaatliche Grundrechtsinterpretation verliert ihre Autarkie."]). Mit aller Deutlichkeit ist zu betonen, dass - abgesehen einmal davon, dass im eigentlichen Sinne gar keine vorrangaktivierende Kollision vorliegt, wenn die identische innerstaatliche Norm zwar als gemeinschaftsrechtsverträglich (nicht aber darüber hinaus als gemeinschaftsrechtsgefordert!), aber als verfassungswidrig ausgewiesen wird - eine unterschiedliche (Grundrechts-)Wertung auf Gemeinschafts- und auf nationaler Ebene als solche noch keinen dogmatischen Grund abgibt, das nationale Grundrecht gemeinschaftsfreundlich,

IV. Diskriminierungsschutz und Privatautonomie im Rahmen des Grundgesetzes

- 1. Verfassungsrechtlicher und einfachrechtlicher Diskriminierungsschutz
- a) Staatsrichtung und Privatrechtsgeltung der Grundrechte

Fragt man nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Zusammenspiel von Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, so wirft man unwillkürlich die bis heute seltsam ungeklärte Frage nach der Wirkung

gar gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Soweit nationale Grundrechte der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts im Wege stehen, ist dem Anwendungsvorrang des Letzteren Genüge getan, wenn das nationale Grundrecht (ggf. auch nur im Umfange des Entgegenstehens) schlicht außer Anwendung gelassen wird; regelmäßig dürfte dies - aus der Perspektive des nationalen Verfassungsrechts - den gelinderen Eingriff markieren als die interpretatorische Überwältigung in Gestalt gemeinschaftsrechtskonformer "Auslegung" (vgl. näher am Beispiel der Grundrechtsberechtigung von juristischen Personen, die ihren Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat haben: M. Jestaedt in: Merten/Papier [Hrsg.] Handbuch der Grundrechte, Bd. IV, 2005 [i.E.], § 101 Rn. 46 mwN). Damit dürfte überdies der Sinngehalt von Art. 6 Abs. 2 EU, der die Grundrechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu Erkenntnisquellen für die Gemeinschaftsgrundsätze erhebt, adäquater getroffen sein. - Ebenso wenig ist es angängig, Grundrechtsinhalte nicht mehr interpretatorisch zu erschließen, sondern einfach unter Hinweis auf das Gemeinschaftsrecht in der Sichtweise des EuGH zu "begründen" (so aber BVerfGE 97, 35 [43] zu der im Schrifttum [etwa W. Rüfner FS Friauf, 1996, 331 (333 ff.)] bis dahin überwiegend nicht geteilten Aussage, dass Art. 3 Abs. 3 GG nicht nur unmittelbaren, sondern auch mittelbaren Diskriminierungen entgegenstehe; die neben den Erkenntnissen des EuGH [es handelt sich um die Urteile in den Fällen "Bilka", "Kowalska" und "Enderby"] zitierte Rechtsprechung des BAG bezieht sich wie jene auf Art. 119 EWGV [heute Art. 141 EG] [vgl. auch M. Ruffert (Fn. 23), 182 Fn. 265: "Nicht zuletzt an der Problematik mittelbarer Diskriminierungen lässt sich verdeutlichen, daß das Grundrechtsgut der geschlechtsbezogenen Nichtdiskriminierung in erheblichem Maße von Gemeinschaftsrecht überlagert wird."]; ein weiteres Beispiel aus der Judikatur zum Gleichheitssatz: L. Osterloh nennt die vom BVerfG [BVerfGE 89, 276 (286)] vorgenommene Charakterisierung von § 611a BGB [a.F.] als einfachgesetzliche Konkretisierung einer Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 GG "ein Beispiel nachträglicher gemeinschaftsfreundlicher Auslegung des nationalen Verfassungsrechts" [in: Sachs (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 261]). Ganz auf dieser Linie liegt es, wenn der Erste Senat in seinem Beschluss zum Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG den seit Mitte der Achtziger Jahre eingetretenen, vom BVerfG freilich nicht so gekennzeichneten "Verfassungswandel" im Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter auf "die Fortentwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts und des deutschen Rechts zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Geschlechter, insbesondere auch [...] die Neufassung des Art. 3 Abs. 2 GG" (BVerfGE 109, 64 [84, s.a. 89]), zurückführt. Die einzig dogmatisch tragfähige Begründung für eine Änderung der (Verfassungs-)...Rechtslage" ist der Verweis auf eine Änderung der Verfassungsbestimmung gemäß Art. 3 Abs. 2 GG.

der Grundrechte im Privatrecht auf. Die Entscheidung, die als Quellcode heutiger Grundrechtsdogmatik gelten darf, das "Lüth"-Urteil,¹²⁹ hat in den Selbstfindungsjahren der Grundrechtsdogmatik fraglos Bahnbrechendes geleistet – doch erweisen sich die Grundannahmen und Grundausrichtungen von damals heute zusehends als erkenntnishemmend.

So wird, wenn von der Grundrechtswirkung – etwa der "Ausstrahlungswirkung" oder der "mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte" – "im Privatrecht" die Rede ist, leicht übersehen oder gar überdeckt, dass unter dem Kürzel "Privatrecht", Unterschiedliches, ja Gegensätzliches zusammengefasst ist: Denn dem *staatlich* gesetzten Privatrecht – namentlich in Gestalt gesetzlicher und richterlicher Rechtssätze¹³⁰ –, welches nach der unmissverständlichen Anordnung des Art. 1 Abs. 3 GG der Grundrechtsbindung unterliegt,¹³¹ steht das *nicht* in Ausübung von Staatsgewalt, daher *nicht* der Grundrechtsbindung unterliegende Privatrecht gegenüber, welches *Private* setzen, sei es in Gestalt zweiseitiger Rechtsgeschäfte wie dem Vertrag, sei es in Gestalt einseitiger Rechtsgeschäfte wie der Errichtung eines Testaments.¹³² Die "Allbezüglichkeit",¹³³

¹²⁹ BVerfGE 7, 198.

¹³⁰ Wobei unter Rechtssatz selbstredend nicht nur abstrakt-generelle Normen verstanden werden, sondern sämtliche Normen, also sämtliche eine Rechtsfolge anordnenden Sätze.

¹³¹ Zahlreiche Nachweise zu der heute unstreitigen Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers bei *R. Poscher* (Fn. 2), 349 Fn. 128 (zur Judikatur des BVerfG) sowie Fn. 129 (zum Schrifttum).

¹³² Zu dieser Dichotomie vgl. auch R. Poscher (Fn. 2), 351 f., 359 u. ö. unter Hinweis auf C.-W. Canaris AcP 184 (1984), 201 (214). - Dass die private Rechtsetzungsmacht eine von der staatlichen Rechtsordnung abgeleitete, ja delegierte ist (dazu J. Isensee [Fn. 26], 490f.; W. Roth in: Wolter/Riedel/Taupitz [Hrsg.] Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, 229 [233ff.], je mwN) - ein von Privaten geschlossener Vertrag erlangt Geltung nur auf der Basis der Regeln des staatlich gesetzten Privatrechts -, führt nicht ipso iure dazu, dass derjenige, der von der delegierten Rechtssetzungsmacht Gebrauch macht, denselben Rechtsetzungsbedingungen unterworfen ist wie der Delegierende. Umgekehrt impliziert - wie sich ja gerade am Privatrecht mit großer Deutlichkeit zeigen lässt - der Delegationszusammenhang auch nicht notwendigerweise, dass der die Rechtsetzungsmacht Delegierende (hier: der Privatrechtsgesetzgeber) selbst von Rechts wegen befugt ist, von der Delegation abzusehen und gar die betreffende Rechtsetzungsmacht (hier: den Abschluss und die Abwicklung von Privatrechtsverträgen) selbst auszuüben. In beiden Konstellationen handelt es sich also um eine vom positiven Recht zu entscheidende Frage. Für die im Text aufgeworfene Frage nach der Grundrechtsbindung Privater enthält Art. 1 Abs. 3 iVm Art. 2ff. GG (mit der anerkannten Ausnahme von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG) eine negative Antwort.

¹³³ Begriff und Sache: *J. Isensee* HStR VII, 1992, § 162 Rn. 42 unter Bezug auf *A. Hollerbach* in: Maihofer (Hrsg.) Ideologie und Verfassung, 1969, 37 (51 ff.).

die den Grundrechten – mit Recht – zugesprochen wird, ist positivverfassungsrechtlich eben nur eine Allbezüglichkeit ratione materiae, nicht indes eine solche ratione personae.¹³⁴

Ein grundrechtsberechtigter Privater mutiert dadurch, dass ihn ein Satz des staatlichen Privatrechts auf Ge- oder Verbote verpflichtet, die sachlich-inhaltlich Ge- oder Verboten entsprechen, auf deren Einhaltung die Staatsgewalt grundrechtlich verpflichtet ist, nicht selbst zum Grundrechtsverpflichteten. Auf den Diskriminierungsschutz im Privatrecht gewendet: Wenn vom Gleichbehandlungsgrundsatz die Rede ist – gleich, ob als Gleichbehandlungsgebot oder als Differenzierungsverbot –, ist strikt danach zu unterscheiden, wer Adressat desselben ist. Soweit der Staat durch den Gleichbehandlungsgrundsatz in die Pflicht genommen wird, handelt es sich um *verfassungsrechtlichen*, von der Verfassung statuierten Diskriminierungsschutz. Soweit hingegen – ihrerseits grundrechtsberechtigte – Private Adressaten des Gleichbehandlungsgrundsatzes sind, kann es sich – da das Grundgesetz eine derartige Inpflichtnahme nicht selbst vornimmt – nur um *einfachrechtlichen* Diskriminierungsschutz handeln. Dessen Anordnung hat sich freilich als

¹³⁴ Indem das Bundesverfassungsgericht – eben anhebend mit dem "Lüth"-Urteil – herausstreicht, dass die Grundrechte eine "objektive Wertordnung" (BVerfGE 7, 198 [205]; an dem Gesagten ändert sich nichts dadurch, dass das Gericht in seiner Folgejudikatur sich der "Wert"-Semantik enthält und nur mehr von "objektivrechtlichen Gehalten" u.ä. spricht, denn auch diese Redeweise leistet dem Irrtum Vorschub, dass das "Objektive" der Grundrechte ohne Rücksicht auf den - durch Art. 1 Abs. 3 GG beschränkten -Adressatenkreis gedacht wird) aufrichten, die als "verfassungsrechtliche Grundentscheidung" (grundlegend BVerfGE 7, 198 [205] - seitdem ständige Rechtsprechung) in allen Bereichen des Rechts ihre "Ausstrahlungswirkung" (erstmals BVerfGE 7, 198 [207]) entfaltet und zu - seitens des Zivilrichters zu beachtenden - "Modifikationen des Privatrechts" (BVerfGE 7, 198 [206]) führt, droht es die Erkenntnis zu verstellen, dass von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 3 GG) ausnahmslos und ausschließlich die in Ausübung von Staatsgewalt aufgestellten Regeln sich an der grundrechtlichen Wertordnung auszurichten haben. Weder durch den Wertordnungs- noch durch den ihn weithin ersetzenden Schutzpflichtengedanken wird die durch Art. 1 Abs. 3 GG formulierte Exklusivität des Kreises der Grundrechtsverpflichteten aufgebrochen oder ausgeweitet. - Unter den heutigen Bedingungen einer entfalteten Grundrechtsdogmatik ist daher auch nicht mehr ersichtlich, warum weiterhin an den - nebulösen, zu Fehlassoziationen geradezu einladenden, die grundrechtlichen Wirkungszusammenhänge eher verunklarenden denn erhellenden - Kategorien der "Ausstrahlungswirkung" und der "mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht" festgehalten werden sollte. Kurzum: Sie sind nicht nur entbehrlich, sondern überdies Wurzel weit verbreiteter Fehlvorstellungen über das komplexe Gefüge von Grundrechten und Privatrecht. Im Sinne dieses Plädoyers auch M. Ruffert (Fn. 23), 61 ff., 63 ff., besonders 6 ff., 517, 551 und 558 mwN; näher M. Jestaedt (Fn. 128) Rn. 28-32 mwN.

Ausübung von Staatsgewalt ihrerseits vor den Grundrechten des betroffenen Privaten auszuweisen. 135

Unter *verfassungsrechtlichen* Auspizien besteht ein kategorialer Unterschied in der Begründung des Diskriminierungsschutzes in den Beziehungen zum Staat einerseits und in den Beziehungen unter Privaten andererseits. Hierin bringen sich die unterschiedlichen Systemlogiken von Staat und Gesellschaft im Bezugssystem des Verfassungsstaates zum Ausdruck. Während der Staat sich jede nicht zu rechtfertigende nachteilige Ungleichbehandlung als "Diskriminierung" im Rechtssinne entgegenhalten lassen muss, verläuft beim Privaten die Grenze zwischen legitimer Differenzierung und illegitimer Diskriminierung nach geradezu entgegengesetzten Regeln: Durch eine nachteilige Ungleichbehandlung diskriminiert er im Rechtssinne nur dann, wenn Regelungen im Range unter der Verfassung ihn auf Gleichbehandlung verpflichten und diese Verpflichtung vor seinen Grundrechten gerechtfertigt werden kann. Im Übrigen sichern ihm seine Grundrechte legitime Willkür als Grundlage seiner Entfaltung. 137

Das asymmetrische Rechtfertigungssystem des positiven Verfassungsrechts wird daher auf den Kopf gestellt, wenn der Private nach seiner Lizenz zum Diskriminieren befragt und sogleich hinzugefügt wird, dass kein Grundrecht dazu ermächtigen könne, "Freiheit diskriminierend zu nutzen". Von Verfassungs wegen hat sich nicht etwa der Vermieter da-

¹³⁵ Daran ändert sich auch nichts in der Konstellation, dass eine Rechtsstreitigkeit vor den staatlichen – und daher grundrechtsgebundenen – *Richter* getragen wird: Denn zum einen wechseln die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht dadurch ihren Inhalt oder ihre Qualität, dass sie zur Grundlage eines Richterspruches werden; die Privaten sind in ihren Rechtsbeziehungen untereinander unmittelbar den staatlichen Privatrechtsnormen unterworfen – unabhängig davon, ob die Rechtsbeziehungen harmonisch verlaufen oder im Streit vor Gericht enden. Und zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Grundrechtsbindung des Richters sich auf die von ihm ausgeübte Staatsgewalt bezieht und beschränkt. Da und soweit die Aufgabe des Richters sich darauf erstreckt, die privaten Rechtsetzungsakte auf ihre Übereinstimmung mit den staatlichen Privatrechtsvorgaben zu überprüfen (und er dabei selbstredend auch eine Prüfung vornimmt, ob die zugrunde gelegten Sätze des staatlichen Privatrechts ihrerseits die verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllen), unterliegt – auch insoweit – der kontrollierte private Rechtsetzungsakt nicht der Grundrechtsbindung (vgl. stellvertretend *R. Poscher* [Fn. 2], 350f.).

¹³⁶ Zur Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im hiesigen Kontext: *J. Isensee* (Fn. 26), 490f., 492f., 513f.; *H. H. Rupp* HStR II, 3. Aufl. 2004, § 31 Rn. 29ff., 48ff., je mwN

¹³⁷ Vgl. nur *M. Ruffert* (Fn. 23), 175 mwN.

¹³⁸ Das Zitat lautet im Zusammenhang: "Wer Freiheit nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit anderen Grundrechten denkt, kommt zwangsläufig zu dem Schluss,

für zu rechtfertigen, dass er aus rassistischen, frauen- oder behindertenfeindlichen Motiven heraus seine Wohnung nicht an Farbige, Frauen oder Behinderte vermietet.¹³⁹ Vielmehr ist zunächst umgekehrt danach zu fragen, welche Gründe der regulierend eingreifende Staat anzuführen vermag für das an den Vermieter adressierte Verbot, bei der Vermietung nach den vorgenannten Motiven zu differenzieren.¹⁴⁰

b) Grundrechtsbindung qua Generalklausel?

Doch scheint dies anders zu sein, sobald Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 oder § 242 BGB ins Spiel kommen. Nicht zufällig nehmen die bürgerlichrechtlichen Generalklauseln – die *Dürigschen* "Einbruchstellen der Grundrechte in das Zivilrecht"¹⁴¹ – seit jeher eine herausgehobene Sonderrolle bei der Privatrechtswirkung von Grundrechten ein.¹⁴² So stehen sie auch in der Judikatur zur grundrechtsinduzierten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge¹⁴³ im Zentrum der Konstruktion, die sich, vergröbernd dargestellt, in einem – gedanklichen – Vier-Schritt-Verfahren vollzieht: Zunächst wird regelmäßig¹⁴⁴ die konkrete(re) und an sich ein-

dass kein Grundrecht dazu ermächtigen kann, Freiheit diskriminierend zu nutzen" (S. Baer [Fn. 12], 292). Ähnlich E. Eichenhofer (Fn. 22), 1081: "Diskriminierungen sind die Herrschaftsinstrumente totalitärer Regime. Diesen ist die offene Gesellschaft entgegenzusetzen, in der alle Menschen als Freie und Gleiche einander begegnen und miteinander zusammenwirken sollen." – H. Reichold JZ 2004, 384 (389) kritisiert in diesem Zusammenhang mit Recht die Tendenz zur "Veröffentlichrechtlichung" des Zivilrechts.

¹³⁹ In diese Richtung aber namentlich *S. Baer* ZRP 2001, 500 (503). Aus denselben Gründen leitet es – unter dem Aspekt der Rechtfertigungslasten – in die Irre, wenn nicht die Grundrechte als solche im Zentrum der Überlegungen stehen, sondern die effektive Freiheits- und Gleichheitsgewährleistung; exemplarisch in diese Richtung *dies.* (Fn. 12), 290ff.

¹⁴⁰ In der Sache gleich R. Poscher (Fn. 2), 337 ff.

¹⁴¹ G. Dürig in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.) Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 525 – vom "Lüth"-Urteil in Bezug genommen; BVerfGE 7, 198 (206).

¹⁴² Vgl. nur BVerfGE 7, 198 (205 f.); 42, 143 (148) - ständige Rechtsprechung.

Namentlich BVerfGE 81, 242 (256); 89, 214 (214 [Leitsatz], 229f., 233f.); 103, 89 (100, 101); BVerfG, Beschluss vom 30. Juli 2003, 1 BvR 792/03, Tz. 16f.; BVerfG, Beschluss vom 22. März 2004, 1 BvR 2248/01, Tz. 34f.

¹⁴⁴ Eine – löbliche – Ausnahme stellt insofern der Handelsvertreter-Beschluss dar, der auf der einen Seite die Rolle des Gesetzgebers in der gebotenen Deutlichkeit herausstreicht (BVerfGE 81, 242 [255f.]) und auf der anderen Seite die Verfassungsmäßigkeit der gesetzgeberischen Grundrechtskoordinationsentscheidung in Gestalt von § 90a Abs. 2 S. 2 HGB prüft (BVerfGE 81, 242 [256–263]), also nicht Zuflucht zum Generalklausel"Trick" sucht.

schlägige Gesetzesbestimmung beiseite gestellt,¹⁴⁵ sodann, da ja eine lex specialis fehlt, die Generalklausel für einschlägig befunden, deren Interpretation und Konkretisierung vom Richter "am Maßstab von Wertvorstellungen [vorzunehmen ist], die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden"¹⁴⁶; was dann folgt, unterscheidet sich praktisch in nichts von einer regulären Grundrechtsprüfung¹⁴⁷ – nur mit der Besonderheit, dass Prüfungsgegenstand hier der Sache nach ein privatrechtlicher Vertragsinhalt ist.

Indes erweist sich die elegant anmutende Gleichschaltung von Verfassungsinhalt und Gesetzesinhalt als Trugschluss. ¹⁴⁸ Die wundersame Konstitutionalisierung der Generalklausel entpuppt sich, bei Lichte betrachtet, als schlichte Normebenenverwechslung. ¹⁴⁹ Wenn einfachgesetzliche Generalklauseln sich externe Wertsetzungen – etwa die Grundrechte – in Gestalt einer Rechtsgrundverweisung anverwandeln, wächst der Generalklausel nicht etwa pari passu Grundrechtsrang zu; vielmehr wird umgekehrt der Grundrechtsinhalt auf Gesetzesebene verdoppelt mit der Konsequenz, dass das gesetzliche alter ego sich vor den Grundrechten der davon Betroffenen Privaten zu rechtfertigen hat. Der mit der Generalklausel-Konstruktion erhoffte Gewinn an Verfassungsunmittelbar-

¹⁴⁵ Besonders deutlich im Ehevertrags-Beschluss (BVerfGE 103, 89 [99ff.]): Wiewohl eine ganze Reihe von zwingenden Normen im Ehevertragsrecht bestehen, nennt der Erste Senat keine davon; nur kindesbezogene Zivilrechtsnormen finden Erwähnung. Daher mit Recht kritisch *A. Röthel* (Fn. 26), 1334, die insofern einerseits auf § 1378 Abs. 3 S. 2, §§ 1408ff., § 1585c, § 15870 BGB und andererseits auf § 1360a Abs. 3, § 1361 Abs. 4 iVm § 1614 BGB verweist.

¹⁴⁶ Zitat: BVerfGE 89, 214 (229) - ständige Rechtsprechung.

¹⁴⁷ Exemplarisch vorgeführt vom "Hohenzollern"-Beschluss, BVerfG, Beschluss vom 22. März 2004, 1 BvR 2248/01, Tz. 34 (s.a. Tz. 38–49): "Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verkörpert sich in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und der vor allem auch bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln maßgebliche Bedeutung zukommt. Indem § 138 und § 242 BGB ganz allgemein auf die guten Sitten, die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben verweisen, verlangen sie von den Gerichten eine Konkretisierung am Maßstab von Wertvorstellungen, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden (vgl. BVerfGE 7, 198 [206f.]; 42, 143 [148]; 89, 214 [229f.])." S. ergänzend auch den "Kopftuch I"-Beschluss, BVerfG, Beschluss vom 30. Juli 2003, 1 BvR 792/03, Tz. 21 ff., besonders 23.

¹⁴⁸ Dabei steht die "verfassungskonforme Auslegung", also die geläufige Vermengung der Frage nach dem Inhalt einer Rechtsnorm mit jener nach deren Geltung, erkennbar Pate (zur Kritik näher *M. Jestaedt* [Fn. 128], Rn. 30, 65, 69 ff. mwN).

¹⁴⁹ Vgl. auch die Kritik bei J. Isensee (Fn. 26), 505.

keit und damit die Umkehrung der Rechtfertigungslast stellen sich also in Wahrheit gar nicht ein. 150, 151

c) Eine Frage der Rechtfertigung

Soweit Diskriminierungsverbote zwischen Privaten wirksam werden sollen, ist folglich zu fragen, welche Rechtfertigungsvoraussetzungen die

¹⁵⁰ Im Übrigen – das sei nur am Rande ergänzt – können sich die Verfechter der grundrechtsdogmatischen Prominenz zivilrechtlicher Generalklauseln weder in Absicht noch in Durchführung auf Günter Dürig berufen, wollte dieser doch die konstitutive "Ausfüllung" von Generalklauseln "mit den in den Grundrechten ausgeformten Wertgehalten" auf die seltenen Fälle beschränken, "in denen das überkommene privatrechtliche Schutzsystem, gemessen an dem in der Verfassung ausgeformten Wertsystem, Lücken aufweist" (G. Dürig FS Nawiasky, 1956, 157 [177 und 179] - Hervorhebung im Original; Dürig erkennt drei "Intensitätsgrade" der Grundrechtswirkung auf Generalklauseln [ebenda, 177-181, Zitat: 177]: neben dem konstitutiven handelt es sich um den bloß verdeutlichenden [ebenda, 177f.] sowie jenen auf der Grundlage einer "wertgeschärften Auslegung" [ebenda, 178f., zitierte Wendung: 179]); Dürig dachte insofern lediglich an "gewisse Erscheinungsformen der ureigensten Privat- und Geheimsphäre" (ebenda, 179f. mwN, Zitat: 179). Über allem war sein "Grundanliegen" "die Erhaltung der privatrechtlichen Eigenständigkeit durch die Bewahrung des Privatrechts durch die Übernahme von Verfassungsrechtssätzen mit zwingender, nicht erst vom Privatrecht nach eigenen Sachgesetzen mediatisierter Wirkung" (ebenda, 183 - Hervorhebung im Original).

¹⁵¹ Ungeachtet der im Text geäußerten Kritik bestehen weitere gravierende Bedenken: (1) Erstens dürfte mit der prominenten Platzzuweisung an die Generalklauseln deren privatrechtliche Rolle und Bedeutung als subsidiäre, bloß lückenschließende Auffangregeln kaum angemessen getroffen sein; (2) zweitens wäre, will man die Generalklauseln in ihrem einfachgesetzlichen Regelungsgehalt ernst nehmen, in jedem Einzelfall der Nachweis zu führen, dass ein im Staat-Bürger-Verhältnis qua Grundrecht verpöntes Verhalten "so in die gesellschaftlichen Wertungen eingesickert ist," dass die Privatrechtssubjekte auch im Verhältnis zueinander dieses Verhalten als sitten- oder treuwidrig ablehnen (in Anlehnung an R. Poscher [Fn. 2], 342 f., zitierte Wendung: 343; zu beachten bleibt, dass sowohl der Grundsatz von "Treu und Glauben" als auch jener der "guten Sitten" einen konservativ-nachführenden, die herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen nachzeichnenden, insoweit verhältnisstabilisierenden Charakter hat - beide Grundsätze taugen daher nicht oder doch nur sehr bedingt zur aktiven Gesellschaftsveränderung); (3) drittens entlässt der Weg über die Generalklausel den Gesetzgeber aus seiner Grundrechtsverantwortung und überbürdet das Problem dem Zivilrichter (dazu stellvertretend U. Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 107, 108, 109, 111 ff. mwN [Stand: Juli 2001]); (4) viertens schließlich befremdet es, dass die doch nur recht selten im Rechtsalltag aktivierten Generalklauseln die bedeutendsten Einbruchstellen für die Grundrechte ins Privatrecht markieren sollen. Demgegenüber ist zu betonen, dass - staatliche - Privatrechtsbestimmungen, da und soweit sie auf beiderseitig grundrechtlich radizierte Privatinteressen treffen, praktisch ausnahmslos Grundrechtskoordinationsrecht darstellen. Eine Beschränkung auf bestimmte, besonders prägende Privatrechtsvorschriften ließe sich nur begründen, wenn die sonstigen Privatrechtsvorschriften sich - entgegen Art. 1 Abs. 3 GG – auf grundrechtsexemte Bereiche bezögen (vgl. auch J. Isensee [Fn. 26], 496).

durch sie berührten Grundrechte¹⁵² aufrichten und mit welchem Gewicht das Diskriminierungsschutzanliegen in die Rechtfertigungsprozeduren einzustellen ist.

Ungeachtet ihrer für das Privatrecht systemprägenden Bedeutung¹⁵³ ist namentlich die Vertragsfreiheit anerkanntermaßen zahlreichen Beschränkungen unterworfen. Sie dienen, wie etwa die Regeln über die Geschäftsfähigkeit oder die Anfechtung von Willenserklärungen,¹⁵⁴ dem Schutz der

¹⁵² Die Privatautonomie, d.h. Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben (vgl. stellvertretend U. Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 [Stand: Juli 2001]; C. Hillgruber in: Umbach/Clemens [Hrsg.] GG I, 2002, Art. 2 I Rn. 94ff.; H. Dreier in: ders. [Hrsg.] GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 1 III Rn. 66 ["Freiheit subjektiven Beliebens"]; ders. ebenda, Art. 2 I Rn. 38, je mwN), ist, wie die Selbstbestimmung im Allgemeinen, nicht Thema eines einzigen Grundrechts, sondern derer vieler; je nach Gegenstand des Rechtsgeschäfts wird die Privatautonomie und deren Ableger für die zweiseitigen Rechtsgeschäfte, die Vertragsfreiheit, etwa geschützt durch die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 77, 370 [378]; weitere Nachweise auch aus dem Schrifttum bei U. Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 103 [Stand: Juli 2001]) oder durch die Eigentums- (vgl. nur BVerfGE 82, 6 [15ff.] sowie aus dem Schrifttum O. Depenheuer/B. Grzeszick NJW 2000, 385 [387]; U. Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 103 [Stand: Juli 2001], je mwN) und Testierfreiheit (vgl. BVerfGE 58, 377 [398]; 99, 341 [350f.]; BVerfG, Beschluss vom 22. März 2004, 1 BvR 2248/01, Tz. 38 mwN) gemäß Art. 14 Abs. 1 GG. Als weitere spezielle Freiheitsrechte kommen in Betracht: die Glaubensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG, die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, die Eheschließungsfreiheit gemäß Art. 6 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 31, 58 [68f., 78]; 36, 146 [161]; 53, 224 [245]; 103, 89 [101]), die Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 GG und die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG (dazu näher J. Taupitz Die Standortbestimmung der freien Berufe, 1991, 689 ff.); zum Ganzen M. Ruffert (Fn. 23), 297 f., 299 ff. mwN. Soweit kein benanntes Freiheitsrecht einschlägig ist, erfahren Privatautonomie und Vertragsfreiheit Grundrechtsschutz durch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 60, 329 (339); 65, 196 (210); 70, 1 (25); 70, 115 (123); 72, 155 (170); 73, 261 (270); 74, 129 (151 f.); 77, 370 (378 f.); 88, 232 (244); 88, 384 (403); 89, 48 (61); 89, 214 (231); 95, 267 (303 f.); 99, 341 (350); 103, 89 (100 f.). Aus dem Schrifttum stellvertretend W. Höfling Vertragsfreiheit, 1991, 6 ff., 9 ff., 11 ff.; M. Bäuerle (Fn. 2), 283 ff., 299 ff., besonders 373 ff.; U. Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 (Stand: Juli 2001); M. Ruffert (Fn. 23), 288-304, je mwN. - Ergänzend sei darauf verwiesen, dass je nachdem, welche Mittel zur Einschränkung der Vertragsfreiheit eingesetzt werden, weitere Grundrechte berührt sein können; soweit etwa zur Durchsetzung des Diskriminierungsschutzes auf die Instrumente der Beweislastumkehr und des Kontrahierungszwangs zurückgegriffen wird, sind zusätzlich die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG (dazu BVerfGE 70, 155 [170] im Blick auf die gesetzliche Vertretung Minderjähriger) in die Betrachtung einzubeziehen.

¹⁵³ Das BVerfG spricht zu Recht von der aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten "Privatautonomie als ein[em] Strukturelement der freiheitlichen Gesellschaftsordnung" (so BVerfGE 81, 242 [254]; BVerfG, WRP 2001, 1160 [1162]).

^{154 §§ 105} ff., §§ 119 ff. BGB.

Selbstbestimmung (im formalen Sinne) oder, wie das Wucherverbot, ¹⁵⁵ verbraucherschützende Informations- und Widerrufspflichten ¹⁵⁶ und die Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ¹⁵⁷ dem Schutz infolge Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen, erheblicher Willensschwäche oder einer Zwangslage schwächerer Vertragsparteien; desgleichen existieren, wie namentlich § 138 Abs. 1 und § 242 BGB belegen, Beschränkungen der Vertragsgestaltungsfreiheit unter dem Aspekt des Missbrauchs der Privatautonomie sowie weitgehende Beschneidungen der Vertragsabschlussfreiheit bei monopolartiger Stellung in bedeutsamen Bereichen der Daseinsvorsorge. ¹⁵⁸ Zusammenfassend zielen die anerkannten Beschränkungen der Vertragsfreiheit – unbeschadet besonderer verfassungsrechtlicher Förderpflichten ¹⁵⁹ – auf die Sicherstellung sei es der Vertragsfreiheit, sei es der Vertragsgerechtigkeit und bewerkstelligen insoweit in systemkonformer Weise den Ausgleich für Funktionsdefizite des Marktes. ¹⁶⁰

Für das Anliegen des Schutzes vor Diskriminierung etwa wegen des Geschlechts oder des Alters, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, der Behinderung oder der sexuellen Ausrichtung stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie es sich in diesen Kreis von Beschränkungen einpassen oder mit welcher Rechtfertigung sich eine Erweiterung des Kreises begründen lässt. Da und soweit die Eingriffsrechtfertigung sich letztlich am Maßstab der Verhältnismäßigkeit entscheidet, kommt es darauf an, das spezifische verfassungsrechtliche Gewicht der Diskriminierungsschutzanliegen im Verhältnis zur Vertragsfreiheit zu bestimmen.

^{155 § 138} Abs. 2 BGB.

¹⁵⁶ Z.B. § 485, § 495 iVm § 355 BGB.

¹⁵⁷ Vgl. §§ 305ff. BGB.

¹⁵⁸ Ein Kontrahierungszwang ist gesetzlich etwa vorgesehen in § 10 und § 14 Abs. 1 AEG, §§ 48 ff. BRAO, § 6 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 EnWG, § 19 und § 20 iVm § 33 GWB, § 21 Abs. 2 S. 2 LuftVerkG, § 22 und § 47 PBefG, § 5 PfiVG, § 11 Abs. 2 und 3 PostG, § 2 StrEG, § 19 Abs. 1 und 2 TKG iVm § 9 Abs. 1 TKV, § 33 und §§ 35 f. TKG, § 61 UrhG sowie § 6 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 WahrnG. Näher dazu *W. Kilian* AcP 180 (1980), 47 ff.; monographisch *J. Busche* (Fn. 2), passim, 299 ff. zu den spezialgesetzlich vorgesehenen Fällen von Kontrahierungszwang.

¹⁵⁹ Hier wäre insbesondere an die eigens in Art. 6 Abs. 4 GG statuierte Förderpflicht zu denken, den Mutterschutz; vgl. dazu BVerfGE 103, 89 (100, 102, 105); BVerfG, ZNotP 2001, 241 (242).

¹⁶⁰ In Anlehnung an M. Bäuerle (Fn. 2), 412 u.ö.

2. Grundrechtsobligatorischer Diskriminierungsschutz

Verschiedentlich wird der Versuch unternommen, zu begründen, dass der Staat von Verfassungs wegen gehalten sei, auch für den Rechtsverkehr unter Privaten besondere Diskriminierungsschutzregelungen einzuführen. Den beiden prominentesten Versuchen sei im Folgenden nachgegangen.

a) Ein Anwendungsfall des grundrechtsinduzierten Schutzes vor gestörter Vertragsparität?

So stellt der vom 6. Mai 2004 datierende Referentenentwurf für ein Antidiskriminierungsgesetz darauf ab, dass ein privatrechtliches Benachteiligungsverbot "wegen der Schutzpflicht des Staates gegenüber dem potentiellen Vertragspartner gerechtfertigt" sei, und fügt hinzu: "Die Privatautonomie kann sich nämlich nur entfalten, wenn die Freiheit des Vertragsschlusses auch realisiert werden kann."¹⁶¹ Hier wie auch im Schrifttum¹⁶² wird zur Stützung auf die Judikatur des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts¹⁶³ rekurriert, wonach in Fällen gestörter Vertragsparität Verträge unter Privaten zur Wahrung der beeinträchtigten Grundrechtspositionen der "strukturell unterlegenen" Vertragspartei einer Kontrolle und notfalls auch einer Korrektur zu unterziehen sind.

¹⁶¹ ADG-E (Fn. 58), 74 (Begründung zu § 319a BGB-E).

¹⁶² Vgl. namentlich S. Baer (Fn. 12), 292, 294. Im Rahmen des Gemeinschaftsrechts rekurriert M. Mahlmann (Fn. 27), 421 auf die Judikatur des BVerfG zu gestörten Vertragsparität.

¹⁶³ Vgl. insonderheit BVerfGE 81, 242; 89, 214; 103, 89; jüngst BVerfG, Beschluss vom 22. März 2004, 1 BvR 2248/01, Tz. 34f. Die Quintessenz dieser Rechtsprechung umschreibt das Urteil zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen wie folgt: "Die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie setzt voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind (vgl. BVerfGE 81, 242 [254f.]). Maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen ist der Vertrag, mit dem die Vertragspartner selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. [...] Der zum Ausdruck gebrachte Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat (vgl. BVerfGE 81, 242 [254]). Ist jedoch aufgrund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt (vgl. BVerfGE 89, 214 [232])." (BVerfGE 103, 89 [100f.]).

Diese Rechtsprechung provoziert, weniger in Bezug auf das Ergebnis denn in Bezug auf die grundrechtsdogmatische Konstruktion, ¹⁶⁴ kritische Fragen. So ließe sich, abgesehen von der bereits angesprochenen Generalklausel-Problematik, ¹⁶⁵ etwa fragen,

- ob das Schutzpflichten-Konzept auch darauf erstreckt werden kann, das Fehlen tatsächlicher Voraussetzungen der Grundrechtsausübung zu kompensieren – also letztlich auf die Gewährleistung sogenannter materialer statt bloß formaler Selbstbestimmungsfreiheit zielt, oder ob Erstere nicht ihren verfassungsdogmatischen Ort ausschließlich beim Sozialstaatsprinzip findet,¹⁶⁶
- und worin eigentlich der schutzpflichtaktivierende Übergriff des "strukturell überlegenen" Vertragspartners in die Rechtssphäre des "strukturell Unterlegenen" zu erblicken ist, wenn das Verhalten des Ersteren sich unterhalb der von § 138 Abs. 2 BGB gezogenen Ausbeutungsschwelle bewegt.^{167, 168}

 ¹⁶⁴ Überdies zieht die erhebliche Handhabungsunsicherheit von Kriterien wie "strukturelle Ungleichheit" mit Recht Kritik auf sich; statt aller *J. Isensee* (Fn. 26), 503 ff., bes. 505 ff.
¹⁶⁵ Dazu vorstehend 1. b).

¹⁶⁶ Mit Recht kritisch etwa M. Ruffert (Fn. 23), 326 ff., besonders 335-358 mit umfassenden Nachweisen, zusammenfassend 554f. und 556. Dazu, dass es kein drittgerichtetes Teilhabe(grund)recht gibt, zutreffend B. Kempen (Fn. 26), 504 und 505. Richtungweisend zum Verhältnis von Sozialstaatsprinzip und grundrechtlichen Schutzpflichten: J. Isensee HStR V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 128ff., 132f.; ergänzend ders. (Fn. 26), 512 mwN. -Dazu, dass das vom BVerfG ins Zentrum seiner Argumentation gerückte "strukturelle Argument" sich leichter "mit der sozialen Ordnungsfunktion des Vertragsrechts" - unter verfassungsrechtlichen Auspizien: mit dem Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG - in Verbindung bringen lasse als mit der grundrechtlich gesicherten Privatautonomie: R. Poscher (Fn. 2), 363 f. - Im Zusammenhang damit wäre auch zu fragen, ob nicht mit der Sicherung der Selbstbestimmung (sehr deutlich BVerfGE 81, 242 [255]: "[...] Grundrechtsvoraussetzung, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich vorliegen") auf der einen und dem Ausgleich "struktureller Ungleichgewichtslagen" auf der anderen Seite zwei grundrechtsdogmatisch voneinander abweichende Argumentationslinien angesprochen sind, die sich nicht in ein konsistentes Konzept integrieren lassen (grundsätzliche Kritik bei C. Hillgruber in: Umbach/Clemens [Hrsg.] GG I, 2002, Art. 2 I Rn. 104ff., besonders Rn. 104 und 111 einerseits sowie Rn. 112-118 andererseits; dazu näher R. Poscher ebenda, 361 ff. mwN, besonders 362 f.; ebenda, 363, deckt Poscher auch die Akzentverschiebung in der Judikatur des BVerfG auf: während die Kategorie des "strukturellen Ungleichgewichts" in der "Handelsvertreter"-Entscheidung [BVerfGE 81, 242] noch im "Hintergrund" gestanden habe, weise sie der Erste Senat in der "Bürgschafts"-Entscheidung [BVerfGE 89, 214] bereits als "tragend für seine Inhaltskontrolle zivilrechtlicher Verträge" aus).

¹⁶⁷ Mit Recht kritisch daher *W. Cremer* (Fn. 23), 491 ff., besonders 491 f. Vgl. weitergehende Kritik bei *J. Isensee* (Fn. 26), 500 ff.

¹⁶⁸ Das missing link, welches das Ausbleiben des privaten Übergriffs markiert, lässt sich auch nicht, wie jüngst vorgeschlagen, durch einen Einbau sozialstaatlicher Ge-

Der in den Fragen angedeuteten Grundsatzkritik ist hier indes nicht weiter nachzugehen. Denn selbst wenn sie entkräftet werden könnte, wäre damit noch nicht dargetan, dass Diskriminierungsschutzregelungen mit dem Argumentationsarsenal des grundrechtsinduzierten Schutzes vor gestörter Vertragsparität gerechtfertigt werden können. So vermag schon nicht recht einzuleuchten, dass jemand, der wegen seines Geschlechts oder seiner Hautfarbe, seines Alters oder seiner sexuellen Ausrichtung nicht zum Vertragspartner auserkoren wird, per se strukturell unterlegen sein soll. 169, 170

währleistungselemente überbrücken: Denn ungeachtet des Umstandes, dass hier zwei verfassungsdogmatisch vollkommen unterschiedliche Gewährleistungsstrukturen – jene der grundrechtlichen Schutzpflicht und jene des Sozialstaatsprinzips – zu einer dem geltenden Verfassungsrecht unbekannten Hybridgewährleistung verkoppelt würden, erschöpft sich die Begründung letztlich in der bloßen Behauptung, dass "die Ausnutzung übermäßiger [sic!] Verhandlungsstärke" ein "sachliches Äquivalent" für den an sich erforderlichen privaten Übergriff darstelle (dazu W. Cremer [Fn. 23], 491–494 [Zitate: 493] sowie zusammenfassend 519 f., der im Sozialstaatsprinzip die "Kompensation im Sinne einer 'qualitativen Anreicherung' der Schutzfunktion" der Grundrechte [ebenda, 492] erblickt; die von Cremer aus den Beratungen des Parlamentarischen Rates angeführten, "zugegeben recht vagen Anhaltspunkte für eine Aktivierung des Staates [und der Grundrechte] gegenüber gesellschaftlicher [Über]macht" [ebenda, 494 Fn. 391] geben für seine These schlichtweg nichts her; die "Aktivierung" ausgerechnet der Grundrechte lässt sich nämlich durch die angeführten Belegstellen gerade nicht nachweisen).

169 Vgl. auch K. von Koppenfels (Fn. 12), 1492.

¹⁷⁰ Ungeachtet dessen bleibt fraglich, ob sich aus den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG grundrechtliche Schutzpflichten formulieren lassen (vgl. auch K. von Koppenfels [Fn. 12], 1492), deren Schutzniveau höher liegt als das von der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG ausgehende einerseits und das von den "flankierten" (Begriff in Anlehnung an L. Osterloh in: Sachs [Hrsg.] GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 236) Schutzpflichten zugunsten des Persönlichkeitsrechts und der Glaubensfreiheit andererseits. Eine Schutzpflicht lehnen ab: U. Sacksofsky (Fn. 24), 201; J. Isensee HStR V, Aufl. 2000, § 111 Rn. 135 mwN in Rn. 96 Fn. 207; H. Reichold JZ 2004, 384 (387) mwN. Demgegenüber nehmen eine Schutzpflicht an: W. Rüfner in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.) BK-GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 609-611 mwN (Stand: Mai 1996); M. Eckertz-Höfer in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.) AK-GG, 3. Aufl., Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 94 (Stand: 2001). Differenzierend L. Osterloh in: Sachs (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 236f. mit Rn. 67, die den Diskriminierungsverboten die Funktion "flankierenden Freiheitsschutzes hinsichtlich besonders gefährdeter persönlicher Eigenschaften und Verhaltensweisen" (ebenda, 236) zuschreibt; ähnlich M. Ruffert (Fn. 23), 177 ff. sowie 492-495 und 504, der von "ergänzendem Diskriminierungsschutz" (ebenda, 492 ff.) spricht; offen bleibt bei beiden Konzepten - dem des "flankierenden Freiheitsschutzes" sowie dem des "ergänzenden Diskriminierungsschutzes" -, ob durch die Aktivierung von Art. 3 Abs. 3 GG als Schutzpflicht vom Staat ein Grundrechtsschutz zu prästieren ist, der über das hinausgeht, was bereits die fraglos bestehenden Schutzpflichten der betreffenden Freiheitsrechte (namentlich Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1

Entscheidend ist aber letztlich ein anderer Aspekt: Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts beschränkt sich auf Konstellationen, in denen die de facto gegebene und de jure an sich zu respektierende Willensübereinstimmung der Vertragspartner zum Schutze der Selbstbestimmung des "Unterlegenen" rechtlich nicht hinzunehmen ist. 171 Zur "Wahrung beeinträchtigter Grundrechtspositionen"¹⁷² darf das staatliche Recht den "unterlegenen" Vertragspartner nicht an seiner Willensbekundung festhalten und hat dementsprechend einem darauf beruhenden Vertragsinhalt die rechtliche Anerkennung (und Durchsetzung) zu versagen. Antidiskriminierungsregelungen im allgemeinen Privatrecht entfalten ihr kritisches Potenzial demgegenüber nicht so sehr im Blick auf die inhaltliche Gestaltung und verfahrensmäßige Abwicklung geschlossener Verträge; 173 sie zielen - im Blick auf ihr Schutzanliegen folgerichtig - im Schwerpunkt auf Diskriminierungsschutz in der Phase vor Vertragsbegründung. 174 Zu begründen ist hier also nicht, dass die Willenserklärung des "Unterlegenen" deswegen nicht zu rechtlicher Bindung führen könne, weil die Voraussetzungen der Selbstbestimmung gefehlt haben. Zu begründen ist vielmehr die geradezu umgekehrte Rechtsfolge: dass nämlich, obwohl eine Willensübereinstimmung nicht erzielt worden ist, gleichwohl rechtlich von einer solchen auszugehen sei. Während in den vom Verfassungsgericht entschiedenen Konstellationen die - tatsächlich abgegebene - Willenserklärung des "Unterlegenen" der Sache nach annulliert wird, würde hier die - tatsächlich fehlende - Willenserklärung des "Überlegenen" substituiert oder in anderer Weise sanktioniert. Das aber hat mit "gestörter Vertragsparität"¹⁷⁵ nichts mehr gemein.¹⁷⁶

sowie Art. 4 Abs. 1 GG) fordern. – Die unmittelbare Privatrechtsgeltung befürwortet *C.-W. Canaris* (Fn. 132), 235 ff. – Ungeachtet dieser Frage ist daran zu erinnern, dass der Staat nicht dadurch diskriminiert, dass er – ohne an verbotene Diskriminierungsmerkmale anzuknüpfen – sämtlichen (geschäftsfähigen) Grundrechtsträgern privatrechtliche "Diskriminierungs"-Möglichkeiten einräumt (in Anlehnung an *R. Poscher* [Fn. 2], 341 u.ö.).

¹⁷¹ Deutlich BVerfGE 81, 242 (254); 89, 214 (232); 103, 89 (100f.). Dazu *O. Depenheuer* (Fn. 26), 270f.

¹⁷² Zitat: BVerfGE 103, 89 (101) unter Bezugnahme auf BVerfGE 89, 214 (234).

¹⁷³ Für diese Konstellationen würde die verfassungsgerichtliche Konstruktion grundrechtsinduzierter Inhaltskontrolle privater Verträge an sich passen.

¹⁷⁴ Das betont auch ADG-E (Fn. 58), 74 (Begründung zu § 319a BGB-E).

¹⁷⁵ Diese kann grundrechtsdogmatisch als Schutz des Grundrechtsberechtigten vor sich selbst begriffen werden (richtungweisend *C. Hillgruber* Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1991, passim, besonders 149–158 mwN).

¹⁷⁶ Bedenken gegen die Übertragbarkeit auch bei B. Waas ZIP 2000, 2151 (2153); P. Stalder (Fn. 92), 232.

Die Ersetzung des Vertragsschlusswillens – die krasseste Form des Eingriffs in die Vertragsabschlussfreiheit – einer nicht vertragswilligen Partei wird denn auch nicht mit Grundrechten, gar mit Art. 3 GG, gerechtfertigt: Die Zulässigkeit eines Kontrahierungszwangs stützt sich, grob und damit notwendigerweise vergröbernd gesagt, auf ein Marktversagen, aufgrund dessen das auf Abschlussfreiheit gründende Interessenausgleichsmodell des Vertrages leerläuft.¹⁷⁷ Das Versagen der grundrechtsfundierten iustitia commutativa ruft die sozialstaatlich-interventionistische iustitia distributiva¹⁷⁸ auf den Plan: Der Monopolist wird, soweit es sich um existenznotwendige Güter der Daseinsvorsorge handelt, als "Distributionsagent"¹⁷⁹ des Gemeinwesens in Pflicht genommen. Ein für den Diskriminierungsschutz im Privatrecht generell gültiges Rechtfertigungsmuster lässt sich darin freilich nicht erkennen.¹⁸⁰

b) Das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 2 GG als grundrechtliche Schutzpflicht?

Da das Konzept des Grundrechtsschutzes bei gestörter Vertragsparität dem Anliegen privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes nicht zu Verfassungsweihen verhelfen kann, liegt es nahe, der verfassungsrechtlichen Valenz von § 611a BGB nachzuspüren. Denn diese Bestimmung "erstreckt das Diskriminierungsverbot auf private Arbeitsbeziehungen und unternimmt es, Frauen gleiche Chancen im Beruf, insbesondere bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, zu sichern". S 611a BGB kann daher gleichsam als Prototyp einer privatrechtlichen Diskriminierungs-

¹⁷⁷ K. von Koppenfels etwa schreibt dem Kontrahierungszwang die "Funktion des Korrektiv gegen Missbräuche oder Unzuträglichkeiten [zu], die sich aus dem Bestehen eines krassen Ungleichgewichts der Machtlage, der Fähigkeit der beiden Vertragspartner zur Durchsetzung ihrer Interessen gegenüber dem anderen, ergeben können" ([Fn. 12], 1492 unter Bezugnahme auf K. Larenz Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 4 I (43).

¹⁷⁸ Zum Verhältnis beider im Privatrecht grundlegend *C.-W. Canaris* Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997.

¹⁷⁹ Kritisch zur Redistributionsfunktion von Antidiskriminierungsrecht *R. Gerlach* (Fn. 73), 225 f., zitierte Wendung: 225 u.a. unter Bezugnahme auf *J. Gardner* Oxford Journal of Legal Studies 9 (1989), 1 (11); *A. Somek* (Fn. 31), 558.

¹⁸⁰ Wie hier etwa auch *K. von Koppenfels* (Fn. 12), 1492. Im Ansatz kritisch zu einem aus dem Gleichheitssatz hergeleiteten Kontrahierungszwang auch *M. Ruffert* (Fn. 23), 183 f. Deutliche Skepsis auch bei *M. Bäuerle* (Fn. 2), 403.

¹⁸¹ Dabei spielt es in diesem Zusammenhang keine Rolle, dass die Vorschrift sich dem Gemeinschaftsrecht (sc. RL 76/207/EWG) verdankt (zur Entstehung vgl. zusammenfassend BVerfGE 89, 276 [277f.]) und daher, streng genommen, im (sehr weiten) Umfange ihrer gemeinschaftsrechtlichen Determinierung gar keiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

¹⁸² So die Charakterisierung durch BVerfGE 89, 276 (285).

schutzregelung gelten.¹⁸³ Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Vorschrift die aus dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG folgende grundrechtliche Schutzpflicht verwirklicht.¹⁸⁴

Indessen ist nicht ersichtlich, warum im Blick auf Art. 3 Abs. 2 GG von einer echten grundrechtlichen Schutzpflicht die Rede sein sollte. 185 Dass man – spätestens 186 mit der Ergänzung von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG im Jahre 1994 – auf der Grundlage der autoritativen Rechtsprechung des Verfassungsgerichts davon sprechen muss, dass der von Art. 3 Abs. 2 GG über das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 (S. 1) GG "hinausreichende Regelungsgehalt [darin besteht], daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt", 187 vermag als Begründung für eine grundrechtliche Schutzpflicht

¹⁸³ Wenngleich auf der Grundlage von § 611a BGB ein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses ausdrücklich ausgeschlossen ist, vgl. § 611a Abs. 2 Hs. 2 BGB, auch die derzeit geplante Sanktionsregelung des § 14 des Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf (Arbeitsrechtliches Antidiskriminierungsgesetz – AADG) führt, wie die Begründung ausdrücklich hervorhebt (vgl. ADG-E [Fn. 58], 68 [Begründung zu § 14 AADG-E]), keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses ein.

¹⁸⁴ Vgl. BVerfGE 89, 276 (276 [Leitsätze 1 und 2], 286 sowie 290). In ähnlicher Weise wird von einem "Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG" gesprochen: BVerfGE 109, 64 (89 f., s.a. 64 [Leitsatz 3] und 90 ff.). Bereits in BVerfGE 87, 1 (42) spricht der Erste Senat von einer "aus Art. 3 Abs. 2 GG folgenden Pflicht des Gesetzgebers [...], auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse hinzuwirken"; entsprechend BVerfGE 94, 241 (259).

¹⁸⁵ Dazu, dass eine gemeinschaftsrechtliche oder doch gemeinschaftsrechtsbezogene Herleitung grundrechtsdogmatisch nicht tragfähig ist, oben Fn. 128.

¹⁸⁶ Die Judikatur hatte dies bereits früher – seit der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot (BVerfGE 85, 191 [207]; vorher in Ansätzen BVerfGE 74, 163 [179f.]) – getan; in seinem Beschluss zur Feuerwehrabgabe bezeichnet der Erste Senat Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG denn auch (bloß) als ausdrückliche Klarstellung (BVerfGE 92, 91 [109]). Zur Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vgl. stellvertretend die beiden Mitglieder der Gemeinsame[n] Verfassungskommission (GVK), *H.-J. Vogel* FS Benda, 1995, 404ff., sowie *R. Scholz* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 58 (Stand: Oktober 1996). – In dem dilatorischen Formelkompromiss, den die GVK nach hochkontroversen Beratungen vorgeschlagen und den der verfassungsindernde Gesetzgeber im Sinne der GVK beschlossen hat, dürfte, will man nicht von einem perplexen Regelungswillen ausgehen, die Ermächtigung des Verfassungsgesetzgebers an die Staatspraxis – letztlich: an das mit autoritativem Spruch entscheidende Bundesverfassungsgericht – zu erblicken sein, den Verfassungsinhalt in dem von den Beratungen in der GVK gezogenen Rahmen selbst festzulegen.

¹⁸⁷ So BVerfGE 92, 91 (109) unter Bezugnahme auf BVerfGE 85, 191 (207). Aus dem Schrifttum vgl. statt vieler *U. Sacksofsky* (Fn. 24), 23 ff.; *W. Rüfner* in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.) BK-GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 547–550 (Stand: Mai 1996); *U. Di Fabio* (Fn. 33), 407 ff.; *J. Kokott* FS BVerfG, Bd. II, 2001, 127 (146 ff.); *M. Eckertz-Höfer* in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.) AK-GG, 3. Aufl., Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 44–47 (Stand: 2001); *M. Ruffert* (Fn. 23), 179 ff.; *L. Osterloh* in: Sachs (Hrsg.) GG,

nicht hinzureichen.¹⁸⁸ Die für eine Schutzpflicht typische Gefahr privater Übergriffe auf das grundrechtliche Schutzgut wird weder behauptet noch begründet, infolge der Eigenart des Schutzgutes, auch schwer darzulegen sein:¹⁸⁹ Die Versagung der Mitwirkung an der privatgeschäftlichen Rechtskreis*erweiterung* des Diskriminierungsopfers lässt sich eben nicht in einen rechtskreis*verkürzenden* Übergriff durch den Diskriminierer umdeuten.¹⁹⁰ Es ist daher, nimmt man die Textierung von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG hinzu, nicht von einer echten grundrechtlichen Schutzpflicht auszugehen.¹⁹¹ Die dort aufgerichtete Förderpflicht ist vielmehr als Staatszielbestimmung aufzufassen.¹⁹²

^{3.} Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 258 ff., besonders 264–266, je mwN. – Die von *H.-G. Suelmann* (Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG, 1994, passim, speziell zum Verhältnis zur Privatautonomie: 129–133) vertretene Ansicht einer unmittelbaren Drittwirkung hat mit Recht weder in der Rechtsprechung noch der Staatsrechtslehre Gefolgschaft gefunden. ¹⁸⁸ Wie hier *M. Ruffert* (Fn. 23), 180 f., der zutreffend den normativen Sitz der Förderpflicht in Art. 3 Abs. 2 S. 2 (und nicht S. 1!) GG sieht (ebenda, 181); ebenso *R. Scholz* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 59 mwN (Stand: Oktober 1996); *H. Reichold* JZ 2004, 384 (387) mwN. Anders wohl *M. Wrase/S. Baer* (Fn. 22), 1624.

¹⁸⁹ Wie hier im Ergebnis auch *C. Hillgruber* in: Umbach/Clemens (Hrsg.) GG I, 2002, Art. 2 I Rn. 121. – Zur Frage, ob und gegebenenfalls wieweit die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG statuierten Diskriminierungsverbote auch als grundrechtliche Schutzpflichten gelesen werden können, oben Fn. 170.

¹⁹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die klarsichtigen Ausführungen bei *R. Poscher* (Fn. 2), 338f.: "Die staatsgerichteten Gleichheitsrechte dürfen unter Zuhilfenahme von Zurechnungsüberlegungen nicht mit einer Gleichbehandlungsverpflichtung der Bürger identifiziert werden. Einer solchen Gleichsetzung liegt dasselbe Differenzierungsdefizit zugrunde, mit dem aus dem staatsgerichteten Verhältnismäßigkeitsgebot im Bereich der Freiheitsrechte auf die Verpflichtung der Bürger zu verhältnismäßigem Verhalten geschlossen wird. Ebenso wenig wie die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf Drittwirkungskonflikte den beteiligten Bürgern verhältnismäßiges Verhalten aufgibt, verpflichten die staatsgerichteten Gleichheitsrechte die Grundrechtsträger zur Gleichbehandlung. [...] Auch die Gleichheitsrechte regeln nicht das Verhalten der Bürger, sondern die Regelung dieses Verhaltens durch den Staat. Die Gleichheitsrechte interessieren sich nicht für die Motive der Bürger im Umgang miteinander, sondern für die Motive des Staates bei der Regelung dieses Umgangs. [...] Private Ungleichbehandlung gerät mit den staatsgerichteten Gleichbehandlungsgeboten nicht in Konflikt."

¹⁹¹ So wundert es auch nicht, dass Art. 3 Abs. 2 (S. 2) GG keine subjektiven Teilhabeoder Leistungsansprüche gegen den Staat entnommen werden; vgl. stellvertretend L. Osterloh in: Sachs (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 261 ff., besonders 262 mwN. 192 In diesem Sinne etwa auch W. Rüfner in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.) BK-GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 686 ff., 692 ff. (Stand: Mai 1996) mwN und Hinweisen auf die Beratungen in der GVK; R. Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 59 ff., besonders 60 und 61 (Stand: Oktober 1996) ebenfalls unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte; M. Gubelt in: v. Münch/Kunig (Hrsg.) GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 93b; wohl auch W. Heun in: Dreier (Hrsg.) GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 104 f. – Mit Recht weist

Unbeschadet dessen ist im Blick auf einen über die Geschlechtergleichbehandlung hinausgehenden Diskriminierungsschutz darauf zu achten, dass sich die Erwägungen zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG – gerade wegen des unterschiedlichen Regelungsgehalts von Gleichberechtigungsgebot und Diskriminierungsverbot – nicht auf die sonstigen Merkmale in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG übertragen lassen. Eine Ausnahme bildet insofern allein das eigens in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hervorgehobene Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung, welches zwar ebenfalls keine grundrechtliche Schutzpflicht aufrichtet, aber – neben seinen individualrechtlichen Gehalten – auch als Staatszielbestimmung aufzufassen ist. 193

Kurzum: Der erhoffte Ertrag stellt sich auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 GG nicht ein. Zum einen sind die aus dem Gleichberechtigungsgebot zu ziehenden Schlussfolgerungen nicht über die Geschlechtergleichbehandlung hinaus verallgemeinerungsfähig. Zum anderen rangiert selbst Letztere nur im Range einer Staatszielbestimmung.¹⁹⁴

3. Grundrechtsfakultativer Diskriminierungsschutz

Deutlich anders als das Gemeinschaftsrecht überantwortet das Grundgesetz folglich Ob und Wie eines privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes – in den weitgesteckten Grenzen der Staatszielbestimmungen zugunsten der Geschlechtergleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG), des Behindertenschutzes (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) und namentlich des Sozialstaates (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG)¹⁹⁵ – dem freien gesetzgeberischen Ermessen. Ohne die Rückendeckung der Verfassungsgewähr markieren Antidiskriminierungsbelange – jenseits der Merkmale

L. Osterloh in: Sachs (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 264–266, besonders 266, darauf hin, dass das Fördergebot mit dem abwehrrechtlichen Diskriminierungsverbot in eine nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz aufzulösende Kollision treten kann.

¹⁹³ Stellvertretend *W. Rüfner* in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.) BK-GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 869 sowie 884–886 (Stand: Mai 1996); *R. Scholz* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 174 (mit ausführlicher Bezugnahme ebenda, Rn. 173, auf die Entstehungsgeschichte) (Stand: Oktober 1996); *S. Straβmair* Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, 2002, 146 ff., besonders 248 ff. mwN; *L. Osterloh* in: Sachs (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 305 ff., besonders 307 (auch unter Bezugnahme auf die Beratungen in der GVK). Aus der Judikatur vgl. BVerfGE 96, 288.

¹⁹⁴ Und bleibt damit, wie zu ergänzen ist, in ihrem Gewährleistungsgehalt hinter dem bereits geltenden Gewährleistungsstandard des primären und insbesondere des sekundären Gemeinschaftsrechts zurück.

 ¹⁹⁵ Zur begrenzenden Funktion des Sozialstaatsprinzips vgl. nur BVerfGE 103, 271
(288). – Der "flankierende Freiheitsschutz", der den Diskriminierungsverboten aus Art. 3
Abs. 3 S. 1 GG zugeschrieben wird (dazu oben Fn. 170), wirkt sich im hier entscheidenden Bereich rechtsgeschäftlicher Privatrechtsbeziehungen nicht aus.

"Geschlecht" und "Behinderung"¹⁹⁶ – de constitutione lata nicht mehr als verfassungsrechtlich erlaubte Gemeinwohlbelange.¹⁹⁷

Welche diskriminierungsschützenden Eingriffe mit welchen Mitteln, Zielen und Folgen sich vor den Freiheitsrechten der davon Betroffenen rechtfertigen lassen, kann nicht pauschal und abstrakt gesagt, sondern muss im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anhand der konkreten Umstände und des konkret betroffenen Grundrechts bestimmt werden. Gleichwohl können einige Abwägungsleitlinien für die gesetzliche Etablierung privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes formuliert werden.

So haben Regelungen zum privatvertraglichen Diskriminierungsschutz vor den Grundrechten um so eher Bestand, als

- in dem diskriminierenden Verhalten zugleich ein Verstoß gegen die Menschenwürde zu erblicken ist,¹⁹⁸
- die allgemeine Marktteilhabe für das potentielle Diskriminierungsopfer sichergestellt werden soll,¹⁹⁹
- das potentielle Diskriminierungsopfer auf die betreffende vertragliche Leistung zur Deckung existentieller Bedürfnisse angewiesen ist und keine zumutbare Ausweichoption besitzt,²⁰⁰
- es sich um Massengeschäfte handelt, bei denen es nicht auf besondere Eigenschaften der Vertragspartner ankommt,²⁰¹
- der Anbieter selbst sein Angebot an eine unbestimmte Marktöffentlichkeit richtet²⁰² und eine Zurückweisung des potentiellen Diskriminierungsopfers als öffentliche Ausgrenzung oder Stigmatisierung zu betrachten ist,²⁰³

¹⁹⁶ Mit der Heraushebung dieser beiden Merkmale begründet das Grundgesetz just eine vom "starken" Antidiskriminierungskonzept bekämpfte "Gleichstellungshierarchie" (dazu oben Fn. 74).

¹⁹⁷ Als solche können sie, lässt man die vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte außer Ansatz, den legitimen Ausgangspunkt für Eingriffe in die grundrechtlich vielfältig geschützte Privatautonomie abgeben.

¹⁹⁸ Das dürfte im Blick auf rechtsgeschäftliches Gebaren freilich selten der Fall sein.

¹⁹⁹ Wie hier der Sache nach M. Bäuerle (Fn. 2), 402 ff., 411.

²⁰⁰ Zur Begründung von Kontrahierungszwang im Privatrecht vgl. oben bei und in Fn. 176.

²⁰¹ Vgl. *H. Reichold* JZ 2004, 384 (392) mit der Unterscheidung von "Massengeschäften" und "personenbezogenen Verträgen". – Dazu auch der jüngst vorgeschlagene § 319d Abs. 1 BGB-E hinsichtlich des Benachteiligungsverbots wegen einer Behinderung (ADG-E [Fn. 58], 20).

²⁰² Dazu stellvertretend C. Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 3 Abs. 3 Rn. 341; M. Ruffert (Fn. 23), 494.

²⁰³ Zur "sozialen Störungsabwehr" als legitimem Ziel des Sozialstaatsprinzips: *U. Di Fabio* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 104 (Stand: Juli 2001).

- der Anbieter sich für gleichartige Fälle einem Regelsystem unterworfen hat, von dem er zulasten des Diskriminierungsopfers abweicht,²⁰⁴
- eine entsprechende Differenzierung zu den Regeln des gedeihlichen Zusammenlebens in Widerspruch steht oder nach Treu und Glauben einen Missbrauch der Privatautonomie zu vertragsfremden Zwecken darstellt,²⁰⁵
- es die Ausgestaltung, Durchführung und Beendigung und nicht die Begründung des Vertrages betrifft und
- die Bestimmungen sich nicht an natürliche, sondern ausschließlich an juristische Personen richten.²⁰⁶

Umgekehrt lassen sich entsprechende Diskriminierungsschutzvorschriften umso weniger rechtfertigen, als

- die vertraglich geschuldete Leistung die Differenzierung nach einschlägigen Merkmalen voraussetzt,²⁰⁷
- die rechtsgeschäftlichen Beziehungen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien voraussetzen oder begründen.²⁰⁸
- das rechtsgeschäftliche Verhalten Ausdruck einer grundrechtlich geschützten Haltung und Lebensweise darstellt,²⁰⁹

²⁰⁴ Vgl. insoweit auch zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot: *H. Reichold* JZ 2004, 384 (386) mwN.

²⁰⁵ Wie oben (Fn. 151) bereits betont, geht es um gegenwärtige, nicht hingegen um angestrebte künftige Regeln des gedeihlichen Zusammenlebens respektive Anschauungen aller "billig und gerecht Denkenden".

²⁰⁶ Zu Letzterem vgl. auch M. Bäuerle (Fn. 2), 405 ff., besonders 407 f.

²⁰⁷ Dem trägt etwa Art. 1 Abs. 3 der derzeit diskutierten "Unisex-Tarif-Richtlinie" Rechnung: "Diese Richtlinie steht nicht dem entgegen, dass Unterschiede gemacht werden im Zusammenhang mit Gütern und Dienstleistungen, bei denen Männer und Frauen sich nicht in einer vergleichbaren Situation befinden, weil die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder in erster Linie für die Angehörigen nur eines Geschlechts bestimmt sind, oder im Zusammenhang mit Leistungen, die je nach Geschlecht der Klienten auf unterschiedliche Weise erbracht werden" (Unisex-Tarif-RL-Vorschlag [Fn. 51], 26 mit Begründung auf 15 f.). Vgl. auch Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 2 Abs. 6 RL 76/207/EWG in der Gestalt von RL 2002/73/EG.

²⁰⁸ In diesem Sinne etwa auch § 319e Abs. 1 BGB-E: "Die Vorschriften dieses Untertitels finden keine Anwendung auf Schuldverhältnisse, deren Durchführung ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen erfordert. Dies ist insbesondere der Fall bei Mietverhältnissen, bei denen die Parteien Räume auf demselben Grundstück nutzen" (ADG-E [Fn. 58], 20); vgl. des Weiteren § 319e Abs. 2 BGB-E (ebenda), wonach neben dem Arbeitsrecht, für das insoweit Spezialregelungen gelten, das gesamte Familien- und Erbrecht von den "Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht" ausgenommen ist. Zum Aspekt des Nähe- und Vertrauensverhältnisses im Blick auf zulässige Differenzierungen s. auch *C. Starck* in: v. Mangoldt/Klein/ Starck (Hrsg.) GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 3 Abs. 3 Rn. 341.

²⁰⁹ Hier ist neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG, für das insofern die Grundsätze der vom BVerfG entwickelte Sphären-

- die Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismen (wie z.B. Beweislastumkehr²¹⁰ und Kontrahierungszwang²¹¹) allein oder in ihrem Zusammenwirken eine selbstbestimmte Entscheidung auf Seiten des Anbieters unmöglich machen,
- die Instrumente der Rechtsverfolgung (wie Beweislastregeln oder Verbandsklage) die unbefangene Wahrnehmung der Vertragsfreiheit erschweren,²¹² zu Missbrauch verleiten oder sogar provozieren und
- sich Regelungen infolge effektiver Ausweichstrategien nicht gleichheitsgerecht handhaben lassen²¹³.

Das Korrelat des – in seiner Determinationsdichte nicht selten überschätzten²¹⁴ – Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist das weite Gestaltungsermessen des Gesetzgebers.²¹⁵

theorie mindestens zu heuristischen Zwecken herangezogen werden können, insonderheit an die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 GG (vgl. insoweit auch die Ausnahmeklausel gemäß Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG), an die Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG sowie an die Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG zu denken.

 $^{^{210}}$ Zur Grundrechtserheblichkeit von Darlegungs- und Beweislastregeln: BVerfGE 97, 169 (179).

²¹¹ Dazu mit differenzierender Lösung: H. Reichold JZ 2004, 384 (392).

²¹² Hier ist insbesondere an die einschüchternde Wirkung, den "chilling effect", zu denken, die dazu führen kann, dass, weil die Risiken ungerechtfertigter gerichtlicher Belangung als zu hoch eingeschätzt werden, von einer Vertragseingehung ganz oder doch zu dem an sich in Aussicht genommenen Zeitpunkt Abstand genommen wird. Überdies markiert die durch die Beweislastumkehr gleichsam erzwingbare Offenlegung der Vertragsabschlussmotive eine nicht zu vernachlässigende Intensivierung des Grundrechtseingriffs (vgl. dazu auch *K.-H. Ladeur* [Fn. 18] unter [3] und [4]).

²¹³ Ebenso drastisch wie plastisch: K.-H. Ladeur (Fn. 18) unter (6) und (9).

²¹⁴ Dazu die erhellende Studie von K.-H. Ladeur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004.

²¹⁵ Paradigmatisch zur Weite des gesetzgeberischen Gestaltungsfreiraumes hinsichtlich "privatrechtlicher Regelungen, die in die Vertragsfreiheit eingreifen": "Dem Gesetzgeber, der diese Interessen zu einem gerechten Ausgleich bringen will, ist ein weiter Gestaltungsfreiraum eingeräumt. Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt in seiner politischen Verantwortung, ebenso die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung. Dasselbe gilt für die Bewertung der Interessenlage, das heißt die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange und die Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit. [...]" (BVerfGE 97, 169 [176f., Zitate: 176]).

V. Die Grenzen des Rechts

Wenn der europarechtlich verfügte Diskriminierungsschutz im Privatrecht auch überwiegend im verfassungsrechtlichen Rahmen reformuliert werden kann, 216 so wirkt er doch im Bürgerlichen Recht wie ein der autochthonen Zivilrechtskultur implantierter Fremdkörper 217 – oder, wenn die Herkunft des Antidiskriminierungsrechts aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum sprachlich zum Ausdruck gebracht werden soll: wie ein Rechtsanglizismus respektive Rechtsamerikanismus. Es ist, um im Bilde zu bleiben, bürgerlichrechtliche Stilpflege, die – freilich ihrerseits häufig allzu schrill – dagegen aufbegehrt, Rechtsimporte ohne Rücksicht auf ihre Anschlussfähigkeit im gewachsenen Recht zu betreiben.

Die Bedenken, ob mit dem neuen Antidiskriminierungsrecht die Chancen und Risiken der Gesellschaftssteuerung durch Recht zutreffend eingeschätzt und ob die Gefahren des Unterlaufens wie des Missbrauchens nicht unterschätzt werden, ja schließlich, ob nicht die Verrechtlichung von Moral²¹⁸ nur um den Preis einer weitreichenden Moralisierung des Rechts zu haben ist, sind bislang alles andere als ausgeräumt. Doch damit ist bereits der Boden des geltenden Rechts verlassen und das weite Feld der Rechtspolitik betreten.

²¹⁶ Worauf es, wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, freilich positivrechtlich nicht ankommt. Dazu oben III.

²¹⁷ Dass es "in Deutschland [...] bisher keine Kultur der Antidiskriminierung [gibt], wie sie z.B. für Menschen in angelsächsischen Ländern zum Alltag gehört", betont auch ADG-E (Fn. 58), 34; daher misst er dem Gesetz "vor allem eine *Signalwirkung* im Hinblick auf *alle* Diskriminierungsmerkmale" bei (ebenda, 44 – Hervorhebungen nicht im Original).

²¹⁸ Vgl. insoweit Unisex-Tarif-RL-Vorschlag (Fn. 51), 4: "Es geschieht somit aus *einer echten moralischen und rechtlichen Verpflichtung* wie auch aus dem Bestreben heraus, das Konzept eines Europas der Bürger zu stärken und die Realisierung dieses Konzepts voranzubringen, wenn die Europäische Kommission nun ihren ersten Richtlinienvorschlag vorlegt, der abzielt auf die Gewährleistung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in einem Bereich außerhalb des Arbeitsmarktes" (Hervorhebung nicht im Original). Affirmativ *E. Eichenhofer* (Fn. 22), 1084: "Der Staat wird damit zum praeceptor einer neuen Sozialmoral."

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie

- I. Diskriminierungsschutz im Privatrecht ein Thema im Wandel
- (1) Anlass für die Staatsrechtslehre, sich der Thematik des Diskriminierungsschutzes im Privatrecht zuzuwenden, sind Antidiskriminierungsrichtlinien der Europäischen Gemeinschaft.
- (2) In dem Maße, in dem der privatrechtliche Diskriminierungsschutz seine Grundlage im Gemeinschafts(sekundär)recht findet, scheidet indes eine Kontrolle am Maßstab des nationalen (Verfassungs-)Rechts aus.
- II. Antidiskriminierungsrecht auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage
- Entwicklung und Grundlagen des Europäischen Antidiskriminierungsrechts
- (3) Den Quantensprung in der Herausbildung des Europäischen Antidiskriminierungsrechts markiert der durch den Amsterdamer Vertrag eingeführte Art. 13 EG.
- (4) Auf der Grundlage von Art. 13 EG wird mit der "Anti-Rassismusrichtlinie" (RL 2000/43/EG) die erste privatrechtsinvasive Antidiskriminierungsrichtlinie erlassen. Am 4. Oktober 2004 einigt sich der Rat auf die "Unisex-Tarif-Richtlinie".
- 2. Der Bauplan des Europäischen Antidiskriminierungsrechts
- (5) Die Art. 13-Richtlinien prägen einen neuen einheitlichen Standard für Antidiskriminierungsrichtlinien.
- (6) Die Gemeinschaft verfolgt ein "kohärentes und integriertes" Konzept von Antidiskriminierung, welches sich auszeichnet durch
- die Vielzahl von Diskriminierungsmerkmalen,
- die Bekämpfung von "Gleichstellungshierarchien",
- den Ausgriff auf Rechtsbeziehungen unter Privaten sowie
- ein für sämtliche Merkmale grundsätzlich einheitliches Schutzregime.

- (7) Das Antidiskriminierungskonzept sieht sich positivrechtlich relativiert durch eine Reihe von Einschränkungen (wie einem restriktiv bestimmten Anwendungsbereich) und Ausnahmetatbeständen (wie der Rechtfertigungsmöglichkeit bei bloß mittelbarer Diskriminierung).
- 3. Die Primärrechtskonformität des Europäischen Antidiskriminierungsrechts
- (8) An der formellen wie materiellen Primärrechtskonformität des sekundärrechtlichen Diskriminierungsschutzes im Privatrecht bestehen keine Bedenken.

III. Der Anwendungsrahmen der nationalen Grundrechte

- (9) Grundgesetzliche Maßstäbe kommen nur dort zum Einsatz, wo
- das nationale Recht gemeinschaftsrechtlich eröffnete Umsetzungsspielräume nutzt.
- es über gemeinschaftsrechtliche Mindestanforderungen hinausgeht oder
- es Regelungsmaterien thematisiert, die vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind.

IV. Diskriminierungsschutz und Privatautonomie im Rahmen des Grundgesetzes

- 1. Verfassungsrechtlicher und einfachrechtlicher Diskriminierungsschutz
- (10) Sub specie der Grundrechtsbindung sind das staatlich gesetzte Privatrecht und das von Privaten gesetzte Vertragsrecht voneinander zu unterscheiden.
- (11) In der Beziehung zum Staat entfaltet sich der Diskriminierungsschutz im Verfassungsrang (verfassungsrechtlicher Diskriminierungsschutz). In den Beziehungen Privater untereinander gilt nur einfachrechtlicher Diskriminierungsschutz; dieser hat sich vor den Grundrechten der von ihm Betroffenen zu rechtfertigen (Asymmetrie der Rechtfertigungslasten).
- (12) Der auf der Grundlage privatrechtlicher Generalklauseln praktizierte grundrechtsunmittelbare Diskriminierungsschutz beruht auf einer Normebenenverwechslung.

2. Grundrechtsobligatorischer Diskriminierungsschutz

- (13) Der grundrechtsinduzierte Schutz vor gestörter Vertragsparität eignet sich nicht dazu, den Diskriminierungsschutz im und durch Privatrecht als grundrechtsgeboten auszuweisen.
- (14) Die Judikatur zur Inhaltskontrolle privater Verträge am Maßstab der Grundrechte zielt auf die Lösung und nicht auf die Herbeiführung vertraglicher Bindung.
- (15) Die Versagung der Mitwirkung an der privatgeschäftlichen Rechtskreiserweiterung lässt sich nicht in einen rechtskreisverkürzenden Übergriff umdeuten.
- (16) Auch das Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG bietet mangels Verallgemeinerungsfähigkeit keine tragfähige verfassungsrechtliche Grundlage für ein umfassendes Diskriminierungsschutzkonzept.

3. Grundrechtsfakultativer Diskriminierungsschutz

- (17) Ob und Wie eines Diskriminierungsschutzes im Privatrecht unterliegen dem namentlich durch die grundrechtlich geschützte Privatautonomie gebundenen Ermessen des Gesetzgebers.
- (18) Regelungen zum privatvertraglichen Diskriminierungsschutz haben vor den Grundrechten umso eher Bestand, als
- die allgemeine Marktteilhabe für das potentielle Diskriminierungsopfer sichergestellt werden soll,
- das potentielle Diskriminierungsopfer auf die betreffende vertragliche Leistung zur Deckung existentieller Bedürfnisse angewiesen ist und keine zumutbare Ausweichoption besitzt,
- es sich um Massengeschäfte handelt, bei denen es nicht auf besondere Eigenschaften der Vertragspartner ankommt,
- der Anbieter selbst sein Angebot an eine unbestimmte Marktöffentlichkeit richtet und eine Zurückweisung des potentiellen Diskriminierungsopfers als öffentliche Ausgrenzung oder Stigmatisierung zu betrachten ist und
- eine entsprechende Differenzierung zu den Regeln des gedeihlichen Zusammenlebens in Widerspruch steht oder nach Treu und Glauben einen Missbrauch der Privatautonomie zu vertragsfremden Zwecken darstellt.
- (19) Umgekehrt lassen sich vertragsrechtsinvasive Diskriminierungsschutzvorschriften umso weniger rechtfertigen, als
- die vertraglich geschuldete Leistung die Differenzierung nach einschlägigen Merkmalen erfordert,
- die rechtsgeschäftlichen Beziehungen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien voraussetzen oder begründen,
- das rechtsgeschäftliche Verhalten Ausdruck einer grundrechtlich geschützten Haltung oder Lebensweise darstellt,

- die Instrumente der Rechtsverfolgung (wie Beweislastregeln oder Verbandsklage) die unbefangene Wahrnehmung der Vertragsfreiheit erschweren, zu Missbrauch verleiten oder diesen sogar provozieren und
- sich Regelungen infolge effektiver Ausweichstrategien nicht gleichheitsgerecht handhaben lassen.

V. Die Grenzen des Rechts

(20) Das Europäische Antidiskriminierungsrecht verrechtlicht ("öffentliche") Moral. Zu fürchten steht, dass dies nur um den Preis einer zunehmenden Moralisierung des Rechts zu haben ist.

Vierter Beratungsgegenstand:

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie

2. Bericht von Prof. Dr. Gabriele Britz, Gießen*

Inhalt

	S	Seite
	i Erklärungsversuche zu einer außergewöhnlichen Debatte: 3	357
I.	Indifferenz des höherrangigen Rechts gegenüber	
	privatrechtlichen Diskriminierungsverboten	360
	1. Gebieten höherrangige Normen privatrechtliche	
	Diskriminierungsverbote?	360
	2. Steht die Vertragsfreiheit privatrechtlichen	
	Diskriminierungsverboten entgegen?	365
	3. Steht der rechtliche Schutz von "Privatheit"	
	privatrechtlichen Diskriminierungsverboten entgegen? 3	368
	a) Das "Private" als Schlüsselbegriff und	
	geistesgeschichtliche Anspielung	368
	b) Rechtlicher Schutz des "Privaten"	
	4. Steht der rechtliche Schutz vor ökonomischer	
	Inpflichtnahme privatrechtlichen	
	-	376
	a) Verhinderung ökonomisch rationalen Verhaltens	
		376
	b) "Soziale Inpflichtnahme" als Folge der Verhinderung	
		379
	c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der	,,,
		381
II.	<u>.</u>	
11.	Neuartigkeit privatrechtlicher Diskriminierungsverbote 3	204
	Deutung der Diskriminierungsverbote als	
	Fortentwicklung des sozialstaatlichen "Rechts der	• •
	Ungleichgewichtslagen"	384

^{*} Für kritische Lektüre früherer Fassungen danke ich Michael Bäuerle, Alexander Hanebeck, Hans Christian Röhl und Marlene Schmidt. Besonderer Dank gilt meinen Mitarbeitern Felix Müller und Tobias Richter für ständige Diskussionsbereitschaft.

356 Gabriele Britz

	2	Ahananaunaan	386
	۷.	Abgrenzungen	
		a) Einwände gegen sozialstaatliche Deutung	386
		b) Unterschiede zum "Recht der Ungleichgewichtslagen"	387
	3.	Innovativer Gehalt der gegenüber sozialstaatlichen	
		Zielen verselbständigten Diskriminierungsverbote	389
III.	No	ormierung moralisch kontroverser Verhaltensanfor-	
	de	rungen durch privatrechtliche Diskriminierungsverbote	393
	1.	Kontroverse um grundlegende Verhaltensanforderungen	
		als Kern der Auseinandersetzung	393
	2.	Rationalität der Auseinandersetzung um die	
		(real folgenarme) Kodifizierung kontroverser	
		Verhaltensanforderungen	395
	3.	Grenzen juristischer Argumentation angesichts des	
		"moralischen Kerns" der Auseinandersetzung	396

Drei Erklärungsversuche zu einer außergewöhnlichen Debatte:

In der jüngsten Auseinandersetzung um die Aufnahme von Diskriminierungsverboten ins private Schuldvertragsrecht tritt unübersehbar hervor, wie spannungsreich das Verhältnis zwischen Diskriminierungsschutz und Privatautonomie ist. Es sind hier Rechtsnormen entstanden und noch im Entstehen begriffen,¹ die um des Diskriminierungsschutzes willen die Abschluss- und Inhaltsfreiheit beim privaten Vertragsschluss, insbesondere die Wahl des Vertragspartners, einschränken.² Selten haben

¹ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Rassendiskriminierungsrichtlinie); Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Rahmenrichtlinie); Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 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, die durch Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 modifiziert wurde. Zu den beiden ersten Richtlinien umfassend M. Schmidt Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2001, 184ff. - Die Diskriminierungsschutzrichtlinien verbieten Diskriminierung wegen der Merkmale Rasse und ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung, wobei sich der privatrechtliche Diskriminierungsschutz, außer bei den Merkmalen Rasse und ethnische Herkunft, im Wesentlichen auf das Arbeitsverhältnis beschränkt. - Ein Referentenentwurf zur Umsetzung ins deutsche Recht aus dem Jahre 2001 hatte darüber hinaus Diskriminierungsverbote wegen der übrigen Merkmale für zahlreiche verschiedene Vertragsverhältnisse vorgesehen, zu diesem ersten deutschen Umsetzungsversuch H. Wiedemann/G. Thüsing Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, DB 2002, 463 ff.

² Die Rassendiskriminierungsrichtlinie nimmt ihren Geltungsanspruch bezüglich "privaten Verhaltens" partiell zurück: Im 4. Erwägungsgrund wird festgestellt, es sei wichtig, "dass im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt". Demgemäß beschränkt Art. 3 lit. h das Diskriminierungsverbot beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen auf solche, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Die Einschränkung ist zurückzuführen auf Bedenken von Deutschland, Österreich, den Niederlanden und Irland, s. M. Bell Meeting the Challenge?, in: Chopin/Niessen (Hrsg.) The Starting Line and the Incorporation of the Racial Equality Directive into the National Laws of the EU Member States and Accession States, 2001, 22 (35). Die Auslegung dieser tatbestandlichen Einschränkung bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Dazu D. Schiek Schutz vor Diskriminierung bei "öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen einschließlich des Wohnraums" beschränkt auf rassistische Diskriminierung?, in: Rust/Däubler/Falke/Lange/Plett/Scheiwe/Sieveking (Hrsg.) Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, 2003, 129 (133); W. Hennig/S. Baer Europarecht als Chance, Streit 2002, 169 (173); K. Hailbronner Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, ZAR 2001, 254 (257f.);

358 Gabriele Britz

Gesetzesvorhaben in Deutschland³ so vehemente Kritik der juristischen Fachöffentlichkeit erfahren wie die europäischen Diskriminierungsschutz-Richtlinien des Jahres 2000 und deren erster Umsetzungsversuch. Die Rede ist hier von "semantischer Erziehungsdiktatur"⁴, "jakobinischem Tugendwächtertum"⁵, "Totalitarismus"⁶, "Gesinnungsterrorismus"⁷ und vielem mehr.⁸ Die privatrechtlichen Diskriminierungsverbote werden als elementare, seit 1945 bzw. seit 1989 so nicht mehr gekannte Beschneidung von Freiheit angesehen.

Die Auseinandersetzung ist in mehrfacher Hinsicht eigenartig: Juristische Argumente sind rar gesät, stattdessen ist die Kritik mit philosophischen Anspielungen gespickt. Unüblich sind auch die Intensität der Kritik und die rhetorische Schärfe, mit der diese Auseinandersetzung geführt wird. Besonders verwunderlich ist aber, dass die privatrechtlichen Diskriminierungsverbote gerade in Bereichen alltäglicher "Kleinverträge" (etwa bei der Auswahl eines neuen Mieters, eines Nachhilfelehrers oder beim Verkauf gebrauchter Möbel⁹) besonders hart bekämpft werden, bei denen sie vermutlich kaum Effektivität entfalten können, weil sich ein Diskriminierungsvorwurf hier schon mit geringem Geschick entkräften lässt.

Was ist also das Ungewöhnliche an den – hier allein thematisierten¹⁰ – schuldvertragsrechtlichen Diskriminierungsverboten, dass sie eine

s. insbesondere die sehr materialreiche, rechtsvergleichende Darstellung bei *B. Schöbener/ F. Stork* Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht, ZEuS 2004, 43 (65 ff.).

³ Dass "heftige Bedenken" gegen das neue Antidiskriminierungsrecht in erster Linie ein Phänomen des deutschsprachigen Schrifttums sind, konstatieren *B. Schöbener/F. Stork* (Fn. 2), 46f. Bei genauerem Hinsehen lassen sich Spuren dieser Diskussion allerdings auch in anderen Rechtsordnungen nachweisen. S. etwa *R. A. Epstein* Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws, 1992; *T. D. Rakoff* Too many Theories, 94 Mich. L. Rev. (1996), 1799 ff.; *K. L. McCaw* Freedom of Contract versus the Antidiscrimination Principle: A Critical Look at the Tension between Contractual Freedom and Antidiscrimination Provisions, 7 Seton Hall Const. L.J. (1996), 195 ff. mwN; *A. Reichman* Professional Status and the Freedom to Contract: Toward a Common Law Duty of Non-Discrimination, 14 Can. J.L. & Juris (2001), 79 ff.

⁴ F.-J. Säcker "Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2002, 286 (287).

⁵ F.-J. Säcker (Fn. 4), 286ff.

⁶ J. Braun Forum: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, 424 (424).

⁷ T. Fahr Deutschland wird wieder totalitär – Echo, JuS 2002, 727.

⁸ S. die Zusammenstellung von Zitaten bei B. Schöbener/F. Stork (Fn. 2), 46, Fn. 12.

⁹ S. diese und weitere Beispiele bei F.-J. Säcker (Fn. 4), 288f.

¹⁰ Das Spannungsverhältnis von Diskriminierungsschutz und Privatautonomie geht über die schuldvertragsrechtlichen Diskriminierungsverbote hinaus. Es geht einerseits über den rechtsgeschäftlichen Bereich hinaus. Andererseits umfasst es über das Diskriminierungsverbot ieS hinaus auch andere Diskriminierungsschutzziele und -maßnahmen: Beim Schutz

so merkwürdige, bisweilen geradezu phantomhaft erscheinende Debatte provozieren können? Es sind vor allem drei Merkmale der privatrechtlichen Diskriminierungsverbote, die Hervorhebung verdienen.

Bemerkenswert ist erstens die Indifferenz des höherrangigen Rechts gegenüber privatrechtlichen Diskriminierungsverboten (I.). Die genauere Analyse wird zeigen, dass die Entscheidung über die Einführung¹¹ privatrechtlicher Diskriminierungsverbote im Wesentlichen eine politische Frage ist. Wenn das Spannungsverhältnis von Diskriminierungsschutz und Privatautonomie kaum rechtlicher Art ist, fällt naturgemäß auch die rationalisierende Wirkung des juristischen Handwerkszeugs – höherrangiges Recht und Rechtsdogmatik – schwach aus.

vor geschlechtsbezogener Diskriminierung besteht insbesondere ein Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und dem weiteren Diskriminierungsschutzziel, die Perpetuierung traditioneller Rollenwahrnehmung zu verhindern. S. zu diesem Ziel Art. 5 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979 (CEDAW): "Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen". Zum verfassungsrechtlichen Verbot der Manifestierung traditioneller Rollen im Geschlechterverhältnis BVerfGE 85, 191 (207); U. Sacksofsky Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, 352ff.; vorher bereits in der Tendenz verwandt V. Slupik Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, 84ff.; modifizierend S. Baer Würde oder Gleichheit, 1995, 224ff. mwN. - Hier besteht ein Konflikt zwischen Diskriminierungsschutz und Privatautonomie bezüglich der Frage, inwiefern der Staat in die innerfamiliäre (üblicherweise nicht durch Rechtsgeschäft vereinbarte) Rollenund Aufgabengestaltung von Mann und Frau "hineinregieren" soll oder darf, s. Überblick bei S. Raasch Familienschutz und Gleichberechtigung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Streit 2002, 51 ff. So treffen beispielsweise bei der Auseinandersetzung um das steuerrechtliche "Ehegattensplitting" einerseits ein diskriminierungsschutzrechtliches Interesse an der Überwindung traditioneller Rollenverteilung und andererseits die von Privatautonomie, spezifiziert als "Familienautonomie", geleitete Vorstellung, der Staat möge sich hier nicht einmischen, aufeinander. Zu "Familienautonomie" demnächst M. Schuler-Harms Familienleistungsausgleich als Herausforderung an das Verfassungsrecht - Unter Berücksichtigung von Familienautonomie und staatlicher Nachwuchssicherungspolitik, Habil. Hamburg 2003, Kapitel 6. Zum "Ehegattensplitting": F. Vollmer Das Ehegattensplitting, 1998; U. Sacksofsky Steuerung der Familie durch Steuern, NJW 2000, 1896ff. mwN; F. Ekardt Familienförderung durch Steuerrecht?, KJ 2004, 117 (129f.).

¹¹ Hat man sich für die Einführung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote entschieden, wirft das "Wie", d.h. die Ausgestaltung im Einzelnen, zahlreiche Fragen auf, die mit juristischem, insbesondere mit zivilrechtlichem Sachverstand beantwortet werden können. Beispielhaft seien die Ausgestaltung der Ausnahmetatbestände, Rechtsfolgen und Beweislastregeln genannt. Dazu D. Schiek Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873 ff.

360 Gabriele Britz

Eine zweite Eigenschaft (II.) der privatrechtlichen Diskriminierungsverbote ist die Neuartigkeit ihres Regelungsgehalts. Die Diskriminierungsverbote finden im allgemeinen deutschen Zivilrecht keine Vorläufer.

Auch die dritte Eigenart (III.) hat mit dem Inhalt der Diskriminierungsverbote zu tun. Privatrechtliche Diskriminierungsverbote sind insofern etwas Besonderes, als sie neue *Verhaltens*normen kodifizieren, über deren "nur moralischen" Stellenwert schon keine Einigkeit besteht. Die Auseinandersetzung um privatrechtliche Diskriminierungsverbote ist darum zugleich Streit um kontroverse Gerechtigkeitsanforderungen an privates Verhalten. Auch das wird am Ende manche Merkwürdigkeit dieser Debatte erklären.

Indifferenz des höherrangigen Rechts gegenüber privatrechtlichen Diskriminierungsverboten

Die Entscheidung über die Einführung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote wird dem europäischen und dem deutschen Gesetzgeber weder in die eine noch in die andere Richtung durch höherrangiges Recht deutlich vorgegeben.¹²

Gebieten höherrangige Normen privatrechtliche Diskriminierungsverbote?

Im europäischen Primärrecht finden sich, vom unmittelbar¹³ wirkenden Verbot der Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsverhältnis (Art. 141 EG) abgesehen, keine ausdrücklichen Vorgaben zum privatrechtlichen Diskriminierungsschutz.¹⁴ Völkerrechtlich ist die Bundesre-

¹² Selbstverständlich machen die Richtlinien dem nationalen Recht Vorgaben. Sie sind jedoch selbst Gegenstand, nicht Maßstab der Auseinandersetzung.

¹³ Dazu statt vieler C. Langenfeld Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Gemeinschaftsrecht, 1990, 86ff. mwN.

¹⁴ In Art. I-2 des EU-Verfassungsentwurfs wird "Nichtdiskriminierung" nun allerdings als Kennzeichen der *Gesellschaft* ausgewiesen. Art. 39 EG gilt als den Arbeitgeber unmittelbar bindendes Diskriminierungsverbot, betrifft jedoch nur Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit. Bezüglich der übrigen Grundfreiheiten und Art. 12 EG ist bereits die Drittwirkung streitig. Art. 13 EG ist ohnehin nur Kompetenznorm. In der rechtlich noch nicht verbindlichen Charta der Grundrechte der EU findet sich in Art. 23 ein Gebot zur Sicherstellung der Gleichheit von Männern und Frauen im Arbeitsverhältnis. Soweit europäische grundrechtliche Diskriminierungsverbote darüber hinaus auf die Privatrechtsverhältnisse einwirken, ist dies vom europäischen "Zivilrechtsgesetzgeber" zu beachten. Diese "Ausstrahlungswirkung" ist jedoch wie im deutschen Grundrechtsschutz allen-

publik verpflichtet, Maßnahmen zu treffen, die Frauen- und Rassendiskriminierung auch in Privatrechtsverhältnissen unterbinden.¹⁵ Allerdings besteht über den Umfang dieser Pflichten angesichts umstrittener Ausnahmebestimmungen keine Einigkeit.¹⁶

Die Grundrechte des Grundgesetzes gehen hierüber kaum hinaus.¹⁷ Als einschlägige Norm käme Art. 3 Abs. 3 GG¹⁸ in Betracht. Mangels un-

falls schwach ausgeprägt, s. zu Art. 14 EMRK *D. König/A. Peters* in: Grote/Marauhn (Hrsg.) Konkordanz-Kommentar EMRK-GG (im Erscheinen), Art. 14 Rn. 88.

¹⁵ Hervorzuheben sind das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung von 1966 (ICERD) und das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979 (CEDAW). S. insbesondere Art. 2 lit. d CEDAW und Art. 2 lit. d sowie Art. 5 lit. f ICERD. Beide verpflichten die Vertragsstaaten, Diskriminierung in privaten Beziehungen zu unterbinden; zur Drittwirkung von Art. 5 lit. f ICERD umfassend M. Fries Die Bedeutung von Artikel 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, 2003; s. auch B.-O. Bryde Die Tätigkeit des Ausschusses gegen jede Form der Rassendiskriminierung, in: Klein (Hrsg.) Rassische Diskriminierung -Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten, 2002, 61 (65f.); R. Wolfrum Das Verbot der Rassendiskriminierung im Spannungsfeld zwischen dem Schutz individueller Freiheitsrechte und der Verpflichtung des einzelnen im Allgemeininteresse, FS Schneider, 1990, 515ff. Die "horizontale" Bedeutung des Diskriminierungsverbots des Art. 26 des Übereinkommens zum Schutz Bürgerlicher Rechte und Politischer Rechte ist hingegen streitig, s. C. Tomuschat Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights, FS Schlochauer, 1981, 691 (710f.). - Nachweise zu völkerrechtlichen Übereinkommen zur Herstellung von Chancengleichheit für Behinderte bei S. M. Straßmair Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, 2002, 132 f.

¹⁶ Im Rassendiskriminierungsübereinkommen gelten – hier einschlägige – Vorbehalte für das nicht "öffentliche Leben" (Art. 1 Abs. 1 ICERD) bzw. für Dienstleistungen, die nicht für die "Öffentlichkeit" vorgesehen sind (Art. 5 lit. f ICERD). Was dies im Einzelnen bedeutet, ist sehr streitig, dazu *T. Meron* The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of all forms of racial Discrimination, 79 AJIL (1985), 283 (291 ff.); *M. Fries* (Fn. 15), 33 ff.

¹⁷ Dass privatrechtlicher Diskriminierungsschutz nicht umfassend verfassungsrechtlich geboten ist, bedeutet allerdings nicht, dass er unzulässig wäre. Der Gesetzgeber darf Eingriffe in Freiheitsgrundrechte nicht nur aufgrund verfassungsrechtlicher Gebote, sondern auch zu sonstigen legitimen Zwecken vornehmen. Die Verhinderung von Diskriminierung kann ein legitimer politischer Zweck sein.

¹⁸ Im Einzelfall kann eine Diskriminierung auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG berühren. Diesem kommt eine objektive Bedeutung zu, die sich im Privatrechtsverkehr etwa über die Sittenwidrigkeitsklauseln der §§ 138 und 826 BGB realisieren lässt. Es verstößt jedoch nicht jede Diskriminierung ohne weiteres gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dazu treffend R. Nickel Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, 1999, 145 mwN. Zwar besteht ein enger rechtsphilosophischer Zusammenhang zwischen Gleichheit und Schutz der Menschenwürde, dessen Ausprägung die Gleichheitsgarantie ist, s. nur S. Gosepath Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 164ff. Nicht jede Diskriminierung hat jedoch sogleich die Qualität einer justitiablen Würdeverletzung, H. Dreier in: ders. (Hrsg.) GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 1 I Rn. 139; M. Herdegen in: Maunz/

362 Gabriele Britz

mittelbarer Drittwirkung¹⁹ müsste sich – damit die Diskriminierungsverbote horizontale Wirkung entfalten können – eine Verpflichtung des Staates konstruieren lassen, vor privater Diskriminierung durch Dritte zu *schützen*.²⁰ Dies wird hier jedoch im Gegensatz zu anderen Grundrechten²¹ weitgehend abgelehnt²² bzw. auf bestimmte Konstellationen be-

Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 113 (Stand: Februar 2003); *P. Rädler* Verfahrensmodelle zum Schutz vor Rassendiskriminierung, 1999, 24 mwN. Zu den Schwächen einer auf die Menschenwürde bauenden Diskriminierungsschutzkonzeption *S. Baer* (Fn. 10), 214ff. – Es wird auch mit der Vertragsfreiheit der Diskriminierten argumentiert: Erst der Schutz vor Diskriminierung entfalte die Privatautonomie des Diskriminierungsopfers; vgl. *B. Schöbener/F. Stork* (Fn. 2), 61 f.; *J. Neuner* Privatrecht und Sozialstaat, 1998, 155; *M. Mahlmann* Gerechtigkeitsfragen im Gemeinschaftsrecht, in: Rust/Däubler/Falke/Lange/Plett/Scheiwe/Sieveking (Hrsg.) Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, 2003, 47 (59); *ders.* Gleichheitsschutz und Privatautonomie, ZEuS 2002, 407 (421); *D. Schiek* (Fn. 2), 138; *H. Wiedemann/G. Thüsing* (Fn. 1), 463. Die Vertragsfreiheit "gewährleistet" jedoch nicht die tatsächliche Möglichkeit des Vertragsschlusses im Sinne der Verfügbarkeit eines kontrahierungswilligen Geschäftspartners. Die Handelsvertreterund die Bürgschaftsentscheidung des BVerfG, die hier häufig angeführt werden, unterstellen zwar eine staatliche Schutzfunktion bezüglich der Privatautonomie, betreffen dabei jedoch andere Fallkonstellationen, s. unten II. 2. b).

- ¹⁹ So die ganz überwiegende Meinung. Für unmittelbare Drittwirkung aber W. Leisner Grundrechte und Privatrecht, 1960, 359, der jedoch zahlreiche Einschränkungen macht. Weitergehend auch C.-W. Canaris Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (235ff.), sowie wohl auch W. Rüfner Drittwirkung der Grundrechte, FS Martens, 1987, 215 (227). Selbst J. Schwabe Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, 151 f., der ansonsten eine Einwirkung der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse konstruiert, verneint diese bei Art. 3 GG, macht allerdings bei Art. 3 Abs. 3 GG einige Rückausnahmen.
- ²⁰ Die sogenannte mittelbare Drittwirkung wird hier grundrechtsdogmatisch als Folge einer staatlichen Schutzpflicht verstanden. R. Poscher Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 315 ff., konstruiert die Grundrechtswirkung in mehrpoligen Rechtsverhältnissen nun über ein "reflexives" abwehrrechtliches Verständnis.
- ²¹ Wie bei Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wird eine Schutzpflicht allerdings ganz überwiegend erst recht bei Art. 3 Abs. 1 GG verneint: *J. Dietlein* Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, 84; *M. Ruffert* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 175; *M. Fries* (Fn. 15), 250 mwN; *W. Cremer* Freiheitsgrundrechte, 2003, 420 mwN.
- ²² Das ist streitig. Grundsätzlich befürwortend R. Nickel (Fn. 18), 134ff. mwN; so angedeutet auch bei L. Osterloh in: Sachs (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 237; iE ähnlich M. Eckertz-Höfer in: Denniger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.) AK-GG, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 93 (Stand: 2001). Grundsätzlich ablehnend J. Isensee Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 96; M. Ruffert (Fn. 21), 493f.; W. Heun in: Dreier (Hrsg.) GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 138; K. Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, 1580f. (zur Drittwirkung); trotz anderer dogmatischer Konstruktion im Ergebnis ebenso R. Poscher (Fn. 20), 337 ff.; skeptisch zur Herleitung von Schutzpflichten aus Gleichheitsgrundrechten auch U. Sacksofsky Gleichberechtigung (Fn. 10), 201.

schränkt.²³ Angesichts der nach wie vor herrschenden Prämissen ist das konsequent: Eine drittgerichtete Schutzpflicht setzt denklogisch²⁴ wenigstens eine programmatische²⁵ "Drittgerichtetheit" des Grundrechts voraus.²⁶ Wenn Private Grundrechte beliebig beeinträchtigen dürften, wäre da nichts, wovor der Gesetzgeber schützen müsste. Die allgemeine Erkenntnis, dass der Gesetzgeber auch vor Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Dritte schützen muss, hilft nicht weiter, solange man eben nicht

²³ S. W. Heun (Fn. 22), Rn. 138; C. Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 3 Rn. 341, 347; H.-J. Papier Zur Frage der Einführung eines Prämienzuschlags für ausländische Versicherungsnehmer in der Kraftfahrzeug-Haftpflicht-Versicherung, ZVersWiss 1982, 461 (474f., 482ff.). Oft wird dem Diskriminierungsmerkmal "Rasse" ein weitergehender objektiver Gehalt beigemessen, der Grundlage einer Schutzpflicht sein kann, M. Fries (Fn. 15), 250 mwN; P. Rädler (Fn. 18), 25 mwN. Es werden Konstellationen in den Vordergrund gerückt, in denen die Diskriminierung zur Verletzung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts führt. Vgl. M. Sachs Besondere Gleichheitsgarantien, HStR V, 2. Aufl. 2000, § 126 Rn. 121; M. Ruffert (Fn. 21), 177, 494; J. Neuner (Fn. 18), 153; J. A. Frowein Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag in Art. 3 Abs. 3 GG, FS Zacher 1998, 157ff.; P. Rädler (Fn. 18), 28f. Ebenso bezüglich der Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 GG J. Salzwedel Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, FS Jahrreiss, 1964, 339 (349f.); ähnlich H. Huber Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, in: Forsthoff (Hrsg.) Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, 259 (289); R. Zippelius Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1988), 7 (12f.).

²⁴ Treffend K. Doehring Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984, 206: "Das Gericht hat Grundrechte zu beachten, soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie, weil ein Gericht entscheidet"; ähnlich J. Isensee (Fn. 22), Rn. 134; W. Höfling Vertragsfreiheit, 1991, 51 mwN; R. Alexy Theorie der Grundrechte, 1994, 490f.; M. Bäuerle Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, 328; H.-G. Suelmann Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG, 1994, 104ff.

²⁵ Zur ungebrochenen Aktualität der programmatischen Dimension der Grundrechte *B.-O. Bryde* Programmatik und Normativität der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, Bd. I, 2004, 679 ff.

²⁶ Zur Begründung dieser Drittgerichtetheit "klassisch" G. Dürig in: Maunz/ders. GG, 6. Aufl., Art. 1 Abs. I Rn. 48: "Es wäre ein Widerspruch in sich, wenn der Einzelmensch vom Staat (also letztlich von den im Staat organisierten Mitmenschen) die Erfüllung der positiven Schutzpflicht zur Abwehr von Angriffen auf die Menschenwürde gegenüber allen möglichen Angreifern verlangen könnte, ohne seinerseits bereit zu sein, die Erfüllung dieser absoluten staatlichen Schutzpflicht überhaupt erst zu ermöglichen. ... Bereits in Art. 1 I wird also der Mensch auch als Pflichtsubjekt vorausgesetzt ...". S. auch J. Isensee (Fn. 22), Rn. 103: Der staatsgerichtete, abwehrrechtliche Grundrechtsschutz liefe leer, wenn die Integrität der Schutzgüter nicht auch gegen private Übergriffe gewährleistet würde. Ähnlich J. Neuner (Fn. 18), 153; J. Dietlein (Fn. 21), 54f.; U. Volkmann Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998, 251 ff. H. Hofmann Grundpflichten und Grundrechte, HStR V, 2. Aufl. 2000, § 114 Rn. 7, zieht eine (vorsichtige) Konstruktion von Grundpflichten heran.

364 Gabriele Britz

weiß, ob private Diskriminierung eine Grundrechtsbeeinträchtigung ist.²⁷ Genau darüber konnte jedoch für Art. 3 Abs. 3 GG a.F. – anders als bei anderen Grundrechten – weder bei der Entstehung des Grundgesetzes noch danach eine Verständigung erzielt werden. Das Recht, beim privaten Vertragsschluss beliebig differenzieren zu dürfen, galt vielen schon immer als Essential einer ihren Namen verdienenden Privatrechtsordnung.²⁸ Davon abgesehen sind die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG aufgeführten Merkmale zu divers, die Effekte von Diskriminierungen in verschiedenen Situationen zu unterschiedlich, als dass sich die Drittgerichtetheit der Diskriminierungsverbote einheitlich beiahen ließe.²⁹

Eine objektive Dimension, die mittelbar in die Privatrechtsverhältnisse hineinwirkt, hat freilich das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG.³⁰ Im Geschlechterverhältnis³¹ geht das Verfassungsrecht also – wie

²⁷ Ähnlich für die parallele Frage nach der Drittwirkung von Grundfreiheiten *T. Körber* Innerstaatliche Anwendung und Drittwirkung der Grundfreiheiten?, EuR 2000, 932 (948).

²⁸ S. nur *F. Bydlinsky* Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1 (33): "Privatautonomie ist die rechtliche Möglichkeit willkürlicher Selbstgestaltung durch die Beteiligten"; *C.-W. Canaris* Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.) Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, 15 (36): "Grundstruktur"; *L. Raiser* Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 (1): "für den Aufbau des Zivilrechts charakteristisches Prinzip"; *C. Heinrich* Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, 47: "ungeschriebenes Grundprinzip", "grundlegendes Ordnungsprinzip"; ähnlich *W. Zöllner* Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1 (3).

²⁹ Zur Schwierigkeit, privatgerichtete Normgehalte des Art. 3 Abs. 3 GG zu erkennen, treffend *U. Mager* Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Maßnahmen gegen die Diskriminierung von Ausländern, ZAR 1992, 170 (171); zur fehlenden Stringenz der Zuordnung bei der Bejahung und Verneinung privatrechtswirksamer Gehalte von Art. 3 Abs. 3 GG auch *R. Poscher* (Fn. 20), 342 f.

³⁰ Wegen Art. 3 Abs. 2 GG sprechen verfassungssystematische Gründe gegen eine Drittgerichtetheit von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Der Verfassungsgeber hat mit Art. 3 Abs. 2 GG für das Geschlechterverhältnis einen Gleichberechtigungsauftrag normiert; dogmatisch grundlegend *U. Sacksofsky* Gleichberechtigung (Fn. 10). Dieser Verfassungsauftrag ist Grundlage gesetzlicher Diskriminierungsschutzmaßnahmen zugunsten von Frauen in privatrechtlichen Beziehungen; besonders deutlich BVerfGE 89, 276 (285f.); s. auch *L. Osterloh* (Fn. 22), Rn. 262. Dogmatisch sorgfältig herausgearbeitet wird der Zusammenhang von objektivrechtlicher Entscheidung und "Horizontalwirkung" von Art. 3 Abs. 2 GG von *H.-G. Suelmann* (Fn. 24), 114ff. Privatrechtliche Diskriminierungsverbote wegen des Geschlechts haben ihren verfassungsrechtlichen Anker darum in Art. 3 Abs. 2 GG, nicht etwa im staatsgerichteten Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Für die anderen Merkmale des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG besteht ein solcher Auftrag jedoch nicht; dieser Unterschied wird herausgestellt in BVerfGE 85, 191 (206f.); s. auch BVerfGE 92, 91 (109). Mithin fehlt es insoweit am verfassungsrechtlichen Anker einer "Drittgerichtetheit". Gegen dieses systematische Argument *J. A. Frowein* (Fn. 23), 161.

³¹ Weitergehende objektive Wirkung hat eventuell auch der Schutz Behinderter vor Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Die Bedeutung des neueren, heraus-

das Völkerrecht – weiter, lässt dem Gesetzgeber allerdings reichlich Spielraum für die Ausgestaltung.

In der Summe sind Pflichten zum Erlass zivilrechtlicher Diskriminierungsverbote also nur schwach ausgeprägt.

Steht die Vertragsfreiheit privatrechtlichen Diskriminierungsverboten entgegen?

Fragt man nun nach höherrangigen Normen, die privatrechtlichen Diskriminierungsverboten entgegenstehen, ist zunächst an die Vertragsfreiheit zu denken. Die Vertragsfreiheit ist durch privatrechtliche Diskriminierungsverbote zweifellos berührt. Diskriminierungsverbote schränken die Möglichkeiten ein, bei der Auswahl des Vertragspartners und der Gestaltung der Vertragsbedingungen beliebig nach eigenen Präferenzen zu differenzieren, und treffen damit die herrschende Idee von Privatautonomie im Kern.³² Der Vertrag gilt als Instrument zur Sicherung der Herrschaft des freien Willens. Mit dem Vertrag soll dem Individuum das juristische Mittel "zur Durchsetzung des persönlichen Willens" an die Hand gegeben werden, "das Mittel, ... sich das Milieu zu schaffen, das man zur Entfaltung der Persönlichkeit benötigt".³³ Die Offenheit des Vertragsrechts für die Realisierung individueller Präferenzen ist für den Privatautonomiegedanken von grundlegender Bedeu-

gehobenen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG für Privatrechtsverhältnisse ist noch nicht abschließend geklärt. Dazu BVerfG, NJW 2000, 2658 (2659); *J. A. Frowein* (Fn. 23), 161f.; *J. Caspar* Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, EuGRZ 2000, 135 (140ff.); *J. Neuner* Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, NJW 2000, 1822 (1823 f.); *U. Davy* Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im Gemeinschaftsrecht, in: Eichenhofer (Red.) Die Behinderten in der sozialen Sicherung, 2002, 7 (35); *S. M. Straßmair* (Fn. 15), 188 ff., 252 ff.; zurückhaltend hingegen *L. Osterloh* (Fn. 22), Rn. 307 mwN; *M. Sachs* Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, RdJB 1996, 154 (163); BAGE 81, 120 (129). Das Bundesverfassungsgericht hat nun einen Zusammenhang zwischen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und einfachgesetzlichen Diskriminierungsverboten und Kündigungsvorschriften zugunsten Behinderter hergestellt: BVerfGE 109, 64 (95).

³² Treffend *D. Schiek* Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 296f. S. auch *C.-W. Canaris* (Fn. 28), 44, der im Kontext der Drittwirkung der Grundfreiheiten feststellt, es mache "gerade ein Essentiale der Privatautonomie aus, dass die Parteien ihren privaten Interessen nachgehen dürfen, ohne öffentliche Interessen in irgendeiner Weise mitwahrnehmen zu müssen, ja dass sie grundsätzlich überhaupt keiner Legitimationspflicht oder -last hinsichtlich der von ihnen verfolgten Interessen unterliegen".

³³ F. Laufke Vertragsfreiheit und Grundgesetz, FS Lehmann, Bd. I, 1956, 145 (162).

366 Gabriele Britz

tung.³⁴ Dass Privatautonomie tatsächlich niemals im Sinne "*unbegrenzter* Freiheit" realisiert³⁵ und auch von der Privatrechtswissenschaft des hierfür gern zitierten 19. Jahrhunderts kaum so vorgestellt war,³⁶ widerspricht dem nicht.

Selbst wenn man nun mit der Vertragsfreiheit des *Grundgesetzes*³⁷ gleich den strengsten Grundrechtsmaßstab gegen die Diskriminierungsverbote heranzieht, bestehen jedoch keine grundlegenden verfassungsrechtlichen

³⁴ Dass die bürgerliche Forderung nach dem vertragsrechtlichen Primat formaler Willensfreiheit historisch nicht nur als Freiheitssicherung gegenüber dem monarchischen Staat, sondern zugleich als Maßnahme der Besitzstandswahrung gegenüber dem sich formierenden "vierten Stand" gedeutet werden kann, hat der Karriere der Idee bis heute im Ergebnis keinen Abbruch getan. Dazu M. Bäuerle (Fn. 24), 51 ff. mwN. "Klassisch" und viel zitiert die Beschreibung der Wirkung formaler Vertragsfreiheit von M. Weber Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1980, Kapitel VII: Rechtssoziologie, 439 f.: "Das Resultat der Vertragsfreiheit ist also in erster Linie: die Eröffnung der Chance, durch kluge Verwendung von Güterbesitz auf dem Markt diesen unbehindert durch Rechtsschranken als Mittel der Erlangung von Macht über andere zu nutzen. Die Marktmachtinteressenten sind die Interessenten einer solchen Rechtsordnung. In ihrem Interesse vornehmlich liegt insb. die Schaffung von "Ermächtigungsrechtssätzen", welche Schemata von gültigen Vereinbarungen schaffen, die bei formaler Freiheit der Benutzung durch alle doch tatsächlich nur den Besitzenden zugänglich sind und also im Erfolge deren und nur deren Autonomie und Machtstellung stützen." S. auch U. Volkmann (Fn. 26), 162ff, mwN.

³⁵ Die wohl meistzitierte Feststellung eines Staatsrechtslehrers zu diesem Thema ist heute so richtig wie vor über vierzig Jahren: "Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist die ihrer Beschränkung!", W. Leisner (Fn. 19), 323 f. Dazu auch L. Raiser (Fn. 28), 2 ff.; F. Laußke (Fn. 33), 163; K. Hesse Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, 31 ff.; D. Medicus Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, 1994, 9; E. Eichenhoßer Die sozialpolitische Inpflichtnahme von Privatrecht, JuS 1996, 857 ff. Eine systematische Darstellung der Einschränkungen von Privatautonomie findet sich bei C. G. Paulus/W. Zenker Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, 1 ff. Die Diskussion um die Relativierung der Vertragsfreiheit als Folge zunehmender Sozialstaatlichkeit ist nicht allein ein deutsches Phänomen; s. G. Gilmore The Death of Contract, 1974; P. S. Atiyah The Rise and Fall of Freedom of Contract, 1979; Scheiber (Hrsg.) The State and Freedom of Contract, 1998; s. auch die Nachweise bei S. Riesenfeld Einführungsvortrag, in: Armbrüster/Franzen/Georgi/Haertlein/Heermann/Sieker/Wolframm (Hrsg.) Privatautonomie und Ungleichgewichtslagen, 1996, 9 (11 f.).

³⁶ S. Hofer Freiheit ohne Grenzen?, 2001, hat gezeigt, dass Privatautonomie im Sinne grundsätzlich unbeschränkter Freiheit in der Privatrechts wissenschaft des 19. Jahrhunderts allenfalls von einer sehr kleinen Minderheit als Prinzip des Privatrechts angesehen wurde, und gelangt zur Einschätzung, das traditionelle Bild des Privatrechtsmodells des 19. Jahrhunderts sei ein Mythos.

³⁷ Sofern die Richtlinien zugrunde liegen, kann die Vertragsfreiheit des Grundgesetzes bekanntlich ohnehin kaum einen Prüfungsmaßstab bilden. Die europarechtliche Vertragsfreiheit geht nicht über die Gewährleistung des Grundgesetzes hinaus; dazu *B. Schöbener/F. Stork* (Fn. 2), 55 ff.

Einwände. Wenn Diskriminierungsschutzvorschriften Vorgaben für den Vertragsabschluss oder für die Ausgestaltung eines Rechtsgeschäfts machen, greifen sie zwar nach herrschender Grundrechtsdogmatik in die – wiewohl normativ konstituierte³⁸ – Vertragsfreiheit³⁹ ein⁴⁰ oder beeinträchtigen die bereichsspezifischen Grundrechte⁴¹, wie etwa die Eigentumsgarantie des Vermieters oder die Berufsfreiheit des Arbeitgebers. Dieser Grundrechtseingriff ist rechtfertigungsbedürftig. Grundsätzlich ist er jedoch auch rechtfertigungsfähig,⁴² Letzteres ist eine Frage des Einzelfalls.⁴³

³⁸ Zur normativen Konstituierung der Vertragsfreiheit etwa *W. Höjling* (Fn. 24), 20 ff. Allgemein zu "konstituierten Rechtspositionen" *G. Lübbe-Wolff* Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 75 ff.; ähnlich *R. Alexy* (Fn. 24), 215 ff.; inhaltlich verwandt lässt sich Vertragsfreiheit auch mit *D. Suhr* Freiheit durch Geselligkeit, EuGRZ 1984, 529 (545) als "positive Freiheit von Menschen durch Menschen" beschreiben; ausführlich *ders*. Entfaltung des Menschen durch den Menschen, 1976.

³⁹ Vertragsfreiheit wird als Teil der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie angesehen, die das Grundgesetz als "Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben" gewährleiste, BVerfGE 89, 214 (231) mwN.

⁴⁰ Dass Einschränkungen der Abschluss- und Ausgestaltungsfreiheit trotz der besonderen leistungsrechtlichen Dimension der normativ konstituierten Vertragsfreiheit grundrechtsdogmatisch als Eingriffe, nicht bloß als gesetzgeberische Ausgestaltung der Vertragsfreiheit anzusehen sind, zeigen mit unterschiedlichen Begründungen etwa W. Höfling (Fn. 24), 38; G. Manssen Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, 153; M. Ruffert (Fn. 21), 307 ff.; W. Cremer (Fn. 21), 188 ff., 469 ff. Vom Eingriffscharakter geht auch BVerfGE 81, 242 (255), bezüglich der wohl als lex specialis herangezogenen Berufsfreiheit aus. Weniger deutlich hingegen in BVerfGE 89, 214 (231); 97, 169 (176f.). Die Interpretation W. Cremers ebenda, 476, 478 f., dass das BVerfG der Vertragsfreiheit auf beiden Seiten nur noch objektiven Gehalt beimesse, ist möglich, mE jedoch nicht zwingend. Zum "Ausgestaltungscharakter" vertragsrechtlicher Regelungen hingegen etwa C. Bumke Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, 96f.; M. Gellermann Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, 131 ff. mwN, der der Vertragsfreiheit beiläufig (ebenda, 143 Fn. 306) allerdings doch "staatsabwehrenden Charakter" beimisst, wenn der Gesetzgeber im Zuge der Neuordnung eines Rechtsgebiets bislang bestehende Möglichkeiten privatautonomer Gestaltung verschließt. Dies ist ein praktisch sehr bedeutsamer Vorbehalt, der auch die hier diskutierten Diskriminierungsverbote erfasst.

⁴¹ Zu den bereichsspezifischen Grundrechten etwa W. Höfling (Fn. 24), 14 ff.; M. Bäuerle (Fn. 24), 373 ff.; M. Ruffert (Fn. 21), 294 ff.

⁴² Ausführlich zur Rechtfertigung B. Schöbener/F. Stork (Fn. 2), 61 ff. mwN.

⁴³ Demgegenüber gelten die privatrechtlichen Diskriminierungsverbote einigen als Übergriff auf das "Strukturelement" des Privatrechts. S. nur *E. Picker* Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, 880 ff. Ähnlich lautet der gängige Einwand gegen die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten, s. nur *C.-W. Canaris* (Fn. 19), 209 f., sowie bereits früh *G. Dürig* Grundrechte und Zivilrechtsprechung, FS Nawiasky, 1956, 157 (158 f.). Dagegen die Kritik von *W. Leisner* (Fn. 19), 323, der diesbezüglich von "merkwürdigen, kryptoliberalen, meist unausgesprochenen, Reminiszenzen von irgend etwas 'originär-Unantastbarem', das 'grundsätzlich' hier der Einwirkung des Staats entzogen werden müsse", spricht. Der Versuch, ein den Gesetzgeber bindendes,

368 Gabriele Britz

- 3. Steht der rechtliche Schutz von "Privatheit" privatrechtlichen Diskriminierungsverboten entgegen?
- a) Das "Private" als Schlüsselbegriff und geistesgeschichtliche Anspielung

Bei genauerem Hinsehen ist es denn auch gar nicht so sehr der Vertrag als Instrument der Willensdurchsetzung, um den die Gegner privatrechtlicher Diskriminierungsverbote bangen. Deren zentrales Anliegen ist vielmehr die Wahrung von "Privatheit"⁴⁴. "Das Private" ist Schlüsselbegriff der Auseinandersetzung mit den Diskriminierungsverboten. Verhindert werden soll vor allem, dass in die eher alltäglichen, "kleinen", eben für "privat" befundenen Geschäfte oder gar in Fragen der "privaten Moral" hineinregiert wird. Demgegenüber scheinen die ökonomischen Effekte, die bestimmte Diskriminierungsverbote im "größeren" unternehmerischen Geschäftsverkehr entfalten können, die allgemeine juristische Öffentlichkeit weniger zu interessieren. Selbst der Protest gegen einen neuen Richtlinienvorschlag von 2003, ⁴⁶ der ökonomisch offensichtlich relevant ist, weil er u.a. auf Unisex-Tarife in der privaten Versicherungswirtschaft abzielt, ist bislang verhalten. ⁴⁷ Jedenfalls hat er keinen vergleichbaren Widerhall in der *allgemeinen* juristischen Literatur gefunden. ⁴⁸

autonomes Prinzip des einfachen Rechts zur Geltung zu bringen, ist jedoch verfassungsrechtlich ebenso abzulehnen wie Versuche der Erhebung solcher autonomer Prinzipien in Verfassungsrang, das gesetzgeberische Handeln ist allein an den konkreten grundrechtlichen Gewährleistungen zu messen, s. H. Dreier Dimensionen der Grundrechte, 1993, 58; G. Manssen (Fn. 40), 158f. mwN; G. Hermes Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2001), 119 (126). Für das Verhältnis des bürgerlichen Rechts zum Verfassungsrecht statt vieler M. Jestaedt Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 22 ff., mit umfassenden Nachweisen.

⁴⁴ Früh findet sich diese mittlerweile gängige Formulierung bereits bei *G. Rüpke* Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, 1976.

⁴⁵ Dass das Diskriminierungsverbot über die Rassendiskriminierung hinaus bezüglich aller Merkmale auch auf diese "kleinen" Verträge von Privatpersonen erstreckt werden sollte, stand im Zentrum der Vorwürfe gegen den deutschen Gesetzentwurf von 2001.

⁴⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 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 endgültig. Laut Meldung der Financial Times Deutschland vom 30. September 2004 ist die Kommission mit ihrem Vorstoß, die Mitgliedstaaten zur Einführung einheitlicher Versicherungstarife für Männer und Frauen zu verpflichten, allerdings gescheitert.

⁴⁷ Kritisch K. Riesenhuber/J.-U. Franck Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, 529 ff.

⁴⁸ Wenn demgegenüber konstatiert wird, es sei "Lobbyerfolg der Versicherungswirtschaft", dass der Schutz gegen Geschlechterdiskriminierung im Vergleich zum Schutz durch die Rassendiskriminierungsrichtlinie (2000/43/EG) geringer ausfällt (s. nur D. Schiek Das europäische Antidiskriminierungsrecht, in: Deutscher Juristinnenbund

Wenn nun die Schutzwürdigkeit des Privaten gegenüber "moralverordnender Intervention"⁴⁹ der Öffentlichkeit hervorgehoben und gerade die Diskriminierungsverbote "im Kleinen" zur Frucht jakobinischen Tugendwächtertums erklärt werden, suchen die Kritiker ersichtlich die Nähe und assoziative Autorität liberaler Denktradition. Es klingt in diesen Vorwürfen die Unterscheidung zwischen heteronom strukturiertem öffentlichen Bereich gegenüber autonom gestaltetem Privatleben⁵⁰ ebenso an wie die Unterscheidungen zwischen den Sphären des Rechts und der Tugend und zwischen Legalität und Moralität⁵¹.

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Analyse der Diskriminierungsverbote kommt diesen Unterscheidungen allerdings keine eigenständige Bedeutung zu. Die liberale Tradition liegt unserer Verfassung zugrunde und findet in der herrschenden Grundrechtsdogmatik ihre besondere Ausprägung. Damit ist ihre Schubkraft aber bereits im Wesentlichen aufgebraucht. Der Rest ist – wenngleich entwicklungsoffenes – Verfassungsrecht. Das Privatheits-Argument kann darum rechtliche Überzeugungskraft unmittelbar nur aus einer verfassungsrechtlichen Verankerung⁵² beziehen, nicht aus einer geistesgeschichtlichen Tradition.

[[]Hrsg.] Aktuelle Informationen 3/2004, 8 [10]), steht dies nicht im Widerspruch zum Befund, dass sich die Kritik an der Antidiskriminierungsrechtsetzung in der *allgemeinen* juristischen Literatur ganz überwiegend auf andere Felder konzentriert.

⁴⁹ E. Picker Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540 (540f.).

⁵⁰ Vgl. C.-W. Canaris (Fn. 28), 44f. Grundlegend J. S. Mill Über die Freiheit, 1988 (Reclamausgabe), insbesondere 19: "Aber es gibt einen Tätigkeitsbereich, an welchem die Gesellschaft im Unterschied zum Individuum – wenn überhaupt – nur indirekt Interesse hat. Dieser schließt alle Einzelheiten des persönlichen Lebens und Treibens ein, die nur ihn selbst angehen ..."; s. auch ebenda, 20, 77 ff., 94ff., 115 ff. Ähnlich mahnen zeitgenössische "Liberale" staatliche Neutralität gegenüber den verschiedenen Konzeptionen des "guten Lebens" an, insbesondere dürfen keine puren Fragen des Geschmacks reglementiert werden, vgl. J. Rawls A Theory of Justice, 1971, 94; R. Dworkin Liberalism, in: Hampshire (Hrsg.) Public and Private Morality, 1978, insbesondere 127–136. Für das Verfassungsrecht etwa A. Podlech Das Recht auf Privatheit, in: Perels (Hrsg.) Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, 50 (53); S. Huster Die ethische Neutralität des Staates, 2002, insbesondere 47 ff. Zur Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Fragen des Rechts und Fragen des Geschmacks bzw. des "guten Lebens" G. Britz Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 233 mwN.

⁵¹ Zu den beiden Unterscheidungen erstens zwischen Rechtspflicht und Tugendpflicht und zweitens zwischen Legalität und Moralität H. Dreier Kants Republik, JZ 2004, 745 (746f.) mwN.

⁵² Zur Schwierigkeit, ein verfassungsrechtliches Schutzgut von Privatheit zu formulieren, bereits *G. Rüpke* (Fn. 44), 27 ff., der schließlich mit der privaten Kommunikation ein Schutzgut ermittelt, das nur Ausschnitte der heutigen Privatheitsforderungen erfasst. Eine philosophische Begründung gibt *B. Rössler* Der Wert des Privaten, 2001.

b) Rechtlicher Schutz des "Privaten"

aa) Ein Zusammenhang besteht zum thematisch engen, dort aber starken Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre.⁵³ Der Privatsphärenschutz hat u.a. eine *räumliche* und eine *Beziehungs*komponente. Diese können einem Diskriminierungsverbot bei solchen Verträgen entgegengehalten werden, infolge derer der Vertragspartner in die eigene räumliche Privatsphäre aufgenommen⁵⁴ oder durch die eine enge persönliche Vertrauensbeziehung hergestellt wird.⁵⁵ Mit dem engen Schutz der räumlichen

⁵³ Zum Schutz der Privatsphäre *H. Dreier* in: ders. (Hrsg.) GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 2 I Rn. 70ff. mwN. Aus feministischer Sicht wurde die Tabuisierung der vor allem *räumlichen* häuslichen Privatsphäre gegen gesetzliche Gleichberechtigungsmaßnahmen im Geschlechterverhältnis kritisiert: *F. Olsen* Das Geschlecht des Rechts, KJ 1990, 303 (312); *U. Sacksofsky* Gleichberechtigung (Fn. 10), 402f.; *dies.* in: Umbach/Clemens (Hrsg.) GG I, 2002, Art. 3 II, III 1 Rn. 356; *S. Berghahn* Die Verrechtlichung des Privaten – allgemeines Verhängnis oder Chance für bessere Geschlechterverhältnisse?, in: Kerchner/Wilde (Hrsg.) Staat und Privatheit, 1997, 189ff. Differenzierend *B. Rössler* (Fn. 52), 49ff.; *dies.* Der ungleiche Wert der Freiheit, Analyse & Kritik 14 (1992), 86 (99ff.)

⁵⁴ Hierdurch wird die Rückzugs- und Abschottungsfunktion der eigenen Räume preisgegeben, was nur durch die Auswahl des Vertragspartners kompensiert werden kann. Die informationelle Abschottung steht im Zentrum des Schutzes der Privatsphäre; s. nur W. Schmitt Glaeser Schutz der Privatsphäre, HStR VI, 2. Aufl. 2001, § 129 Rn. 4, 30. Der Schutz von gegen die Wahrnehmung durch Dritte abgeschirmten "autarken Privatbereichen" räumlicher und thematischer Art wird als Voraussetzung autonomer Selbstentfaltung verstanden, s. BVerfGE 101, 361 (383). Grundlegend aus philosophischer Sicht B. Rössler (Fn. 52), 201 ff.

⁵⁵ Zum Schutz der Wahlfreiheit bezüglich bestimmter Beziehungen zu anderen Menschen durch das Grundrecht auf Privatsphäre H.-D. Jarass in: ders./Pieroth (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2004, Art. 2 Rn. 35; zustimmend P. Kunig in: v. Münch/ders. (Hrsg.) GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rn. 32. "Klassisch" hierfür J. S. Mill (Fn. 50), 107: "... wir können unsere Gesellschaft so wählen, wie sie am angenehmsten für uns ist". - Hierunter ist einerseits die Wahlfreiheit bezüglich der Partner privater Beziehungen im engsten Vertrautenkreis zu fassen, die auf familiären oder freundschaftlichen Bindungen beruhen sollen. Mit wem man hier Beziehungen eingeht, bleibt dem Einzelnen ganz und gar selbst überlassen. Darum tritt der Diskriminierungsschutz etwa selbstverständlich bei der Auswahl des Ehe- oder Lebenspartners sowie bei der Annahme von Adoptiv- oder Pflegekindern zurück; J. Neuner Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57 (63). Andererseits ist die freie Wahl des Vertragspartners auch in ursprünglich weniger persönlichen Verhältnissen schutzwürdig, sofern es aufgrund des Vertragsverhältnisses auf längere Dauer zu einer besonderen räumlichen Nähe kommt, die es unmöglich macht, einander auszuweichen. Ähnlich J. Delbrück Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung?, FS Weber, 1974, 223 (235); M. Fries (Fn. 15), 285; T. Bezzenberger Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im Bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395 (409); P. Rädler (Fn. 18), 34. AA W. Hennig/S. Baer (Fn. 2), 173. Dass der Vertragspartner per Annonce gesucht wird, verringert die Schutzwürdigkeit des Wunschs nach freier Auswahl nicht, aA R. Nickel Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethni-

Privatsphäre und bestimmter besonders naher Beziehungen begnügt sich das Privatheits-Argument jedoch nicht.

bb) Mit der Marke des Privaten scheint man viel genereller ganze Handlungsfelder dem Diskriminierungsschutz entziehen zu wollen. Es kommt die Vorstellung zum Ausdruck, es gebe zwei Sphären des Handelns: einerseits das Handeln im politisch-staatlichen Bereich, andererseits aber das persönlich-privatautonome Tun, für das der Vorrang des subjektiven Willens vor einer objektiven, gar staatlich dekretierten Vernunft gelte. Frivatheit fungiert dann als Maßstab für die Bewertung der rechtlichen Bedeutung einer Handlung. Mit der rechtlichen Zuordnung einer vertraglichen Handlung zum Privaten soll ein besonderer Freiheitsschutz einhergehen, der stärker ist als der gewöhnliche Grundrechtsschutz etwa durch Vertrags-, Berufs- und Eigentumsfreiheit.

Verfassungsrechtlich führt die Privatheitsperspektive auf das Handeln jedoch nicht weiter. In anderen Rechtsordnungen werden zwar vom Recht auf Privacy oder auf Privatleben in geringem Umfang auch Handlungen erfasst.⁵⁷ Innerhalb des deutschen Systems des Grundrechtsschut-

schen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668 (2669). Auch vom Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK und Art. 7 GR-Charta wird das Recht, Beziehungen zu anderen Menschen zu wählen, über den engsten Kreis hinaus erfasst, ohne dass bislang präzise Kriterien für die Beschreibung der relevanten Beziehungen gefunden wurden. Vgl. J. A. Frowein in: ders./Peukert (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1996, Art. 8 Rn. 3; C. Ovey/R. C. A. White Jacobs & White, European Convention on Human Rights, 3. Aufl. 2002, 221 mwN.

⁵⁶ Aus der aktuellen Diskussion um die Diskriminierungsverbote etwa *E. Picker* (Fn. 49), 543 Fn. 26. Kritisch zu den historischen Wurzeln dieses Denkens in Deutschland *H. Dreier* (Fn. 43), 34 in Fn. 114 mwN. *M. Bullinger* Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, 37 ff., hat gezeigt, in welcher Weise ein solches "Zweiteilungsdenken" der deutschen Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht historisch zugrunde liegt. Der heute unter Staatsrechtlern allgemein kritische Unterton zum historisch bedingten deutschen "Zweiteilungsdenken" gilt dabei allerdings mehr der "biedermeierlichen", "bourgeoisen" Politikferne des Freiheitsbegriffs als der Abschirmung privater Freiheit gegen öffentliche Intervention: er gilt, formelhaft gesprochen, nicht der fehlenden öffentlichen Einmischung ins Private, sondern der konzeptionell fehlenden Einmischung von Privatpersonen ins Öffentliche.

⁵⁷ Zum "Right to Privacy" in der amerikanischen Rechtsprechung J. E. Nowak/R. D. Rotunda Constitutional Law, 4. Aufl. 1991, 757 ff. Zum europäischen Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK) A. Bleckmann Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Erichsen/Kollhosser/Welp (Hrsg.) Recht der Persönlichkeit, 1996, 9 (10) mwN. Allerdings bleiben sowohl das amerikanische Recht auf Privacy als auch das europäische Grundrecht auf Privatleben in ihrem Schutzumfang weit hinter der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zurück. Das Privacy-Recht erfasst nur ausgewählte Handlungen und Entscheidungen, die fundamental die individuelle Persönlichkeit betreffen, insbesondere in den Berei-

zes kommt dem Privatheitsgedanken für den Schutz des Handelns aber keine normative Bedeutung zu; dieser Schutz wird vielmehr durch die speziellen Freiheitsgrundrechte und die allgemeine Handlungsfreiheit geleistet. Die verfassungsrechtliche Grenze zwischen öffentlicher Angelegenheit und Privatsache verläuft nicht entlang eines inhaltlich ein für alle Mal feststehenden politisch-staatlichen Bereichs einerseits und eines persönlich-privatautonomen Bereichs andererseits. Die Abgrenzung der "Sphären" ist vielmehr Gegenstand des politischen Aushandlungsprozesses, wie er sich vor allem in Gestalt der Gesetzgebung vollzieht. Materielle Leitplanken, die den Zugriff auf vormals private Bereiche verfassungsrechtlich rationalisieren, bilden die Freiheitsgewährleistungen der flächendeckenden Cumple Grundrechtsschutzbereiche.

chen Familienplanung, Schwangerschaftsabbruch und Heirat, s. J. E. Nowak/R. D. Rotunda ebenda, 757 ff. Ähnlich zum Verhältnis zwischen Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK) und allgemeiner Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) A. Bleckmann ebenda, 9 (12)

⁵⁸ A. Podlech (Fn. 50), 50 ff. spricht zwar vom Recht auf Privatheit, nimmt dabei jedoch vor allem den informationellen Aspekt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in den Blick. Ebenso A. Rinken Geschichte und heutige Valenz des Öffentlichen, in: Winter (Hrsg.) Das Öffentliche heute, 2002, 7 (57); ähnlich P. Häberle Öffentliches Interesse revisited, in: Winter (Hrsg.) Das Öffentliche heute, 2002, 157 (176), der dabei von "privaten Reservaten" spricht. G. Rüpke (Fn. 44), der die "kommunikative Privatheit" betont, weist darauf hin, dass Privatheit auch durch gesetzliche Normen für das Verhalten des Individuums "in seiner Privatsphäre" beeinträchtigt werden kann (ebenda, 31 [Hervorhebung durch Verfasserin]), entfaltet dies jedoch nicht weiter.

⁵⁹ Insofern hat die Kritik am in der heutigen Grundrechtsdogmatik ganz herrschenden "räumlichen" Schutzbereichsdenken Berechtigung, s. E. Stein/G. Frank Staatsrecht, 18. Aufl. 2002, § 30 I (232f.). Als Denkfigur bleibt die Schutzbereichsdogmatik – insbesondere aus didaktischen Gründen – gleichwohl hilfreich.

⁶⁰ Treffend B. Rössler (Fn. 52), 25; J. Habermas Faktizität und Geltung, 1994, 381 f.

⁶¹ Zur Rationalisierungsfunktion treffend H. Dreier (Fn. 43), 35.

⁶² Zur Diskussion um weite und enge Schutzbereiche jüngst W. Hoffmann-Riem Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte, in: Bäuerle/Hanebeck/Hausotter/Mayer/Mohr/Mors/Preedy/Wallrabenstein (Hrsg.) Haben wir wirklich Recht?, 2004, 53 ff.; W. Kahl Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 2004, 167 (insbesondere 187) mwN; ders. Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 2000, 31 ff.; W. Hoffmann-Riem Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 2004, 203 (226 ff.).

⁶³ Privates Handeln gegen übermäßige öffentliche Zumutungen jeglicher Art zu schützen, ist gerade Ratio des weiten Verständnisses der Grundrechte, nicht zuletzt der allgemeinen Handlungsfreiheit. Zum Zusammenhang zwischen der Sicherung des privaten Freiraums und der weit gefassten allgemeinen Handlungsfreiheit R. Uerpmann Das öffentliche Interesse, 1999, 195f. Zur Begründung eines weiten Verständnisses der allgemeinen Handlungsfreiheit näher G. Britz (Fn. 50), 214 mwN.

Die Grenzziehung folgt aus der aktuellen gesetzgeberischen Zuordnung kollidierender Grundrechtsschutzbereiche wie auch sonstiger kollidierender öffentlicher Interessen, die einen tragfähigen Grund für eine Freiheitsverkürzung bieten können.⁶⁴ Diese Grenze ist variabel. Wenn vertragliches Verhalten durch privatrechtliche Diskriminierungsverbote individuellem Belieben entzogen wird, ist dies ein Grenzziehungsvorgang, durch den sich die Grenze zwischen Privatem und Öffentlichem zulasten des Privaten verschiebt.⁶⁵ Ob die Verschiebung zulässig ist, ist keine Frage "privater Tabuzonen",⁶⁶ sondern eine Frage der Verhältnismäßigkeit der Beschränkung grundrechtlich geschützter Freiheit.⁶⁷

Privatheit ist damit allein deskriptiv zu verstehen:⁶⁸ Handlungsfreiheit besteht nicht, weil Tätigkeiten privat sind, sondern umgekehrt können Tätigkeiten dann als privat gelten, wenn der Gesetzgeber sie privatautonomer Gestaltung überlassen hat.⁶⁹

⁶⁴ Ähnlich R. Uerpmann (Fn. 63), 195 ff.; s. auch H. Dreier (Fn. 43), 35 f. Grundrechtsdogmatisch gesprochen, ist dies kein Vorgang der Schutzbereichsdefinition, sondern der Schutzbereichsbeschränkung aufgrund grundrechtlicher Gesetzesvorbehalte. Dass die Grenze zwischen der Herrschaft des Individuums und der Autorität der Gesellschaft auf gesetzlicher Verfügung oder Übereinkommen beruhe, hat bereits J. S. Mill (Fn. 50), 103, dargelegt, dessen Geist die Kritiken der Diskriminierungsverbote merklich atmen.

⁶⁵ Instruktiv K. L. McCaw (Fn. 3). Das Aufbegehren gegen diese Grenzverschiebung ist möglicherweise auch deshalb so groß, weil sie aus dem Gemeinschaftsrecht kommt, also gerade aus jener Rechtsordnung, die den Bürger über Jahrzehnte vorwiegend als ("bourgeoisen") Marktteilnehmer wahrzunehmen schien; s. U. K. Preuß Der EU-Staatsbürger – Bourgeois oder Citoyen?, in: Winter (Hrsg.) Das Öffentliche heute, 2002, 179 ff., der den EU-Bürger alter und neuer Fasson auf seine Ähnlichkeit mit Smends "Bourgeois" analysiert. S. allerdings zu den berechtigten Zweifeln an der historischen Richtigkeit der Qualifizierung als ursprünglich "bloßen Marktteilnehmer" S. Kadelbach Unionsbürgerschaft, in: v. Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 539 (541 ff. mwN). Hat der Marktbürger bereits früher begonnen, für sich die Sphäre des Öffentlichen zu "erobern", so dringt mit den Diskriminierungsverboten nun allerdings umgekehrt das Öffentliche in die Sphäre des Bürgers ein. Dies ist neu.

⁶⁶ Als Tabuzonen könnten allenfalls die Wesensgehaltsgarantien des Art. 19 Abs. 2 GG wirken

⁶⁷ S. auch R. Alexy (Fn. 24), 491.

⁶⁸ Ebenso R. Uerpmann (Fn. 63), 73. Mit ähnlicher Tendenz auch die Feststellung bei M. Ruffert (Fn. 21), 55: Das Konzept der Privatrechtsgesellschaft beschreibe die grundsätzliche Orientierung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft an der gesellschaftlichen Selbstregulierung durch privatrechtliche Regelungen zwar treffend typologisch, könne jedoch nicht zur Beantwortung verfassungs- oder privatrechtlicher Einzelfragen herangezogen werden.

⁶⁹ R. Uerpmann (Fn. 63), 73.

cc) Die Verteidigung der privaten Sphäre gegen öffentliche Intervention klingt nun noch in einer verwandten, weiteren Facette des Privatheits-Arguments an, wenn geltend gemacht wird, die Diskriminierungsverbote griffen in die Sphäre des Moralischen über, die nicht verrechtlicht werden dürfe. Auch insoweit ist jedoch verfassungsrechtlich entgegenzuhalten, dass die Grenze zwischen Moral und Recht nicht ein für alle Mal feststeht, dass der Gesetzgeber sie vielmehr zugunsten des Rechts verschieben kann. Was ehemals eine bloße Frage der Moral war, kann eine Frage des Rechts werden und umgekehrt.

Auch jenseits verfassungsrechtlicher Überlegungen ist der "Verrechtlichungs-Einwand" übrigens problematisch. Die "urliberale"72 Idee, private Beziehungen seien vor Verrechtlichung der Verhaltensnormen zu schützen, erweist sich zunehmend als ambivalent.⁷³ Die Vorstellung, die Öffentlichkeit könne sich durch Nichtintervention neutral gegenüber privaten Gerechtigkeitsvorstellungen verhalten, ist Illusion.⁷⁴ Der Verzicht auf die Kodifizierung eines Handlungsverbots ist in seiner Wirkung nicht neutral, sondern privilegiert die Auffassung, die Handlung sei zulässig:75 Die Auffassung, private Diskriminierung sei nicht zu beanstanden, ist ebenso eine moralische Position wie die Behauptung des Gegenteils. Zwar trifft die Nichtkodifizierung des Diskriminierungsverbots keine direkte Aussage über die Richtigkeit der beiden moralischen Auffassungen. Angesichts der faktischen Gegebenheiten wird sich ohne rechtliche Kodifizierung eines Diskriminierungsverbots im Konfliktfall jedoch stets derjenige durchsetzen, der diskriminieren möchte. Darum begünstigt die öffentliche "Nichtintervention" seinen Standpunkt. Das bedeutet nicht, dass die bestehende rechtliche Privilegierung automatisch revidiert werden müsste. Es zeigt aber, dass der Verzicht auf Verrechtlichung von

⁷⁰ S. etwa *K.-H. Ladeur* The German Proposal of an "Anti-Discrimination"-Law, 3 German Law Journal No. 5 (2002), abrufbar unter: http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=152 (Stand: 1. Dezember 2004); *E. Picker* (Fn. 49), 543. Ausführlich dazu *A. Koppelman* Antidiscrimination Law & Social Equality, 1996, insbesondere 177 ff.

⁷¹ *J. Lüdemann* Edukatorisches Staatshandeln, 2002, 17, stellt fest, dass "die Geschichte des modernen Staates auch die Geschichte der zunehmenden Verrechtlichung ehemals ungeschriebener Verhaltensregeln ist".

⁷² Aktuell und umfassend zur philosophischen Diskussion um die fortbestehende Notwendigkeit der Trennung zwischen privat und öffentlich *B. Rössler* (Fn. 52).

⁷³ Zu dieser Ambivalenz B. Rössler (Fn. 53), insbesondere 110 mwN.

⁷⁴ Grundlegend und folgenreich für die Diskussion um "neutrales Recht" die Kritik an vermeintlich "neutralen" Perspektiven von *I. M. Young* Justice and the Politics of Difference, 1990, 58 ff. Dazu näher *G. Britz* (Fn. 50), 233, 252 ff. mwN. S. auch *U. Sacksofsky* Steuerung der Familie (Fn. 10), 1899, am konkreten Beispiel der Besteuerung des Einkommens von Ehepartnern.

⁷⁵ U. Sacksofsky (Fn. 53), Rn. 356.

Gerechtigkeitsfragen nicht wirkungsneutral ist und der abstrakte "Verrechtlichungs-Einwand" damit hinsichtlich seiner eigenen Prämissen auf schwachen Füßen steht.

dd) Ein letzter Einwand gegen Diskriminierungsverbote aus dem Themenkreis der Privat-Öffentlich-Dichotomie lautet, die Diskriminierungsverbote forderten eine bestimmte Gesinnung im Sinne einer inneren Gewissensüberzeugung ein. Yelangten die Diskriminierungsverbote "Gesinnung", zeigte sich darin tatsächlich der die Unterscheidung zwischen Legalität und Moralität ignorierende Gesinnungsstaat, was nicht zuletzt wegen Art. 4 GG verfassungsrechtlich bedenklich wäre. Dass dies geschieht, ist jedoch nicht zu sehen. Es wird durch privatrechtliche Diskriminierungsverbote weder Zuneigung zu den Geschützten noch Wertschätzung für bestimmte Lebensstile, noch die innere Gewissensüberzeugung von der Richtigkeit des Diskriminierungsverbots verlangt. Ye swird auch nicht verlangt, so zu tun, als sei man von der Richtigkeit überzeugt. So wäre auch nach Festschreibung eines Diskriminierungsverbots eine öffentliche Stellungnahme gegen das Diskriminierungsverbot zulässig. Begründet wird vielmehr eine αμβere Verhaltenspflicht gegenüber Dritten,

⁷⁶ Vgl. E. Picker (Fn. 43), 880: "übertriebenes Gutmenschentum"; ders. (Fn. 49), 540 f.: "Moralverordnende Intervention"; C. Schmelz "Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner – Kommentar, ZRP 2003, 67: gegen "gute Policey"; T. Fahr (Fn. 7), 727: "Umerziehungsversuche"; J. Braun (Fn. 6), 424: "Diktatur der Werte", "neuer Totalitarismus"; F.-J. Säcker (Fn. 4), 287: "Richtnormen für das moralische Verhalten".

⁷⁷ W. Hennig/S. Baer (Fn. 2), 171, 173. Wenn im Rahmen der konkreten Anwendung der Diskriminierungsverbote dennoch nach Differenzierungsmotiven gefragt werden muss (dazu sehr kritisch F.-J. Säcker [Fn. 4], 287), sind dem Vorwurf der Freiheitsfeindlichkeit zwei Argumente entgegenzuhalten: Erstens ergibt sich die Notwendigkeit der Motiverforschung daraus, dass um des Freiheitsschutzes willen nicht jede Handlung, die für eine geschützte Person nachteilig ist, allein deshalb untersagt werden soll. Insbesondere bei der Auswahl eines Vertragspartners soll das Diskriminierungsverbot nicht dazu führen, dass automatisch derjenige ausgewählt werden muss, der eines der verpönten Merkmale aufweist. Ausgeschlossen werden soll bloß, dass gerade das Diskriminierungsmerkmal den Ausschlag gegen seine Auswahl gegeben hat. Diese freiheits sichernde Unterscheidung kann jedoch nur getroffen werden, wenn die Gründe für die Auswahlentscheidung in Zweifelsfällen bekannt werden. Deren Offenbarung ist darum Obliegenheit im eigenen Interesse. Dies betrifft vor allem singuläre Vertragsabschlüsse. Bei standardisierten Entscheidungen lässt sich eine Diskriminierung auch ohne "Motiverforschung" ermitteln; vgl. D. Schiek (Fn. 32), 345. Zweitens wird nicht nach der Gesinnung, sondern allein nach dem für die Entscheidung ausschlaggebenden Kriterium gefragt. Welche Gesinnung die Auswahl des Kriteriums geleitet hat, bleibt unerheblich.

⁷⁸ Zur hiermit angesprochenen Unterscheidung zwischen Legalität und Moralität I. Kant Die Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Metaphysik der Sitten III, 1990 (Reclamausgabe), 53: "Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Le-

Diskriminierung – notfalls auch gegen innere Neigung und Überzeugung – zu unterlassen.⁷⁹ Man kann das politisch für überzogen, gar für ganz falsch halten – "Gesinnungsterrorismus" ist es nicht.

Im Ergebnis macht die Kennzeichnung von Bereichen als "privates Handeln" und "private Moral" weder Handeln noch Moral gegen Diskriminierungsschutzvorschriften rechtlich immun.

4. Steht der rechtliche Schutz vor ökonomischer Inpflichtnahme privatrechtlichen Diskriminierungsverboten entgegen?

Ein letzter rechtlicher Einwand, der gegen privatrechtliche Diskriminierungsverbote erhoben werden könnte, knüpft an die ökonomische Belastungswirkung an, die einige spezielle Diskriminierungsverbote möglicherweise entfalten.

Verhinderung ökonomisch rationalen Verhaltens durch Diskriminierungsverbote

Die ökonomische Belastungswirkung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote ist in der stark auf "private Freiheit" zugeschnittenen Verteidigung privater Autonomie im Hintergrund geblieben. Ro Tatsächlich tritt sie auch bloß bei einer speziellen Auswahl von Diskriminierungsverboten auf. Sie resultiert aus der Verhinderung ökonomisch rationalen Verhaltens. Die negative Konnotation von "Diskriminierung" mag suggerieren, Diskriminierungsschutz betreffe nur Verhaltensweisen, die auf Abneigung oder Vor-

galität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben. Die Pflichten nach der rechtlichen Gesetzgebung können nur äußere Pflichten sein, weil diese Gesetzgebung nicht verlangt, dass die Idee dieser Pflicht, welche innerlich ist, für sich selbst Bestimmungsgrund der Willkür des Handelnden sei und, da sie doch einer für Gesetze schicklichen Triebfeder bedarf, nur äußere mit dem Gesetze verbinden kann".

⁷⁹ W. Hennig/S. Baer (Fn. 2), 173; s. bereits U. Sacksofsky Gleichberechtigung (Fn. 10), 287 mwN. Dass es zur Effektuierung der Diskriminierungsverbote f\u00f6rderlich w\u00e4re, wenn die Menschen von deren Richtigkeit auch im Inneren \u00fcberzeugt w\u00e4ren, steht auf einem anderen Blatt. Zu edukatorischen Zwecken der Richtlinien E. Eichenhofer Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, DVBI 2004, 1078 (1084). Zur selben Diskussion in Großbritannien M. MacEwen Housing, Race and Law: The British Experience, 1991, 61. Interessant, wenn auch zu Recht ohne "harten" Befund, die \u00dcberlegungen zu verfassungsrechtlichen Grenzen edukatorischen Staatshandelns bei J. L\u00fcdemann (Fn. 71), 102 ff.

⁸⁰ G. Rüpke (Fn. 44), 28f., hat im Hinblick auf das Privateigentum dargelegt, dass ökonomische Konflikte anderer Natur sind als Streitigkeiten um Privatheitsverletzungen.

⁸¹ Dazu D. König/A. Peters (Fn. 14), Rn. 45.

urteil gegen Träger bestimmter Merkmale beruhen. Rez Bereits heute geht der privatrechtliche Diskriminierungsschutz jedoch weiter und erfasst auch einige Differenzierungen, die Ausdruck ökonomisch rationalen, nicht aber von Abneigung und Vorurteil getragenen Verhaltens sind. Differenzierendes Verhalten kann ökonomisch rational sein, wenn sich aus Sicht des Vertragspartners das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aufgrund besonderer Umstände ungünstiger darstellt als in anderen Vertragsverhältnissen. Die Erzwingung gleichmäßigen Verhaltens, das ökonomisch unvernünftig ist, führt dann u. U. zu einer finanziellen Belastung.

Zu denken ist etwa an das Verhältnis von Lohn zur potenziell verringerten Produktivität bei der Beschäftigung behinderter Arbeitnehmer oder auch jüngerer Arbeitnehmerinnen mit Aussicht auf Mutterschaft. Für beide Gruppen gilt mittlerweile von der Einstellung über die Entlohnung bis zur Kündigung ein Diskriminierungsverbot, das die Berücksichtigung potenzieller oder tatsächlicher Produktivitätsminderung grundsätzlich verbietet. Auch eine Verpflichtung privater Versicherungen zur Verwendung einheitlicher Bedingungen für Frauen und Männer würde

 $^{^{82}}$ Im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch wird dies als "taste-based" discrimination bezeichnet.

⁸³ Zur idealtypischen Gegenüberstellung beider Diskriminierungsarten für das Arbeitsrecht E. Kocher Vom Diskriminierungsverbot zum "Mainstreaming" – Anforderungen an eine Gleichstellungspolitik für die Privatwirtschaft, RdA 2002, 167 (169); G. Thüsing Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote, RdA 2003, 257 ff., mit umfassenden Nachweisen.

^{84 §§ 611}a, 612 Abs. 3 BGB verbieten Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsverhältnis. Zu den Kosten, die aus Schwangerschaft und Mutterschaft einer Arbeitnehmerin resultieren können, M. Adams Das Bürgerlich-rechtliche Benachteiligungsverbot gemäß § 612 III BGB, JZ 1991, 534ff.; M. Schlachter Wege zur Gleichberechtigung, 1993, 31 f.; G. Thüsing (Fn. 83), 259. – Zu denken ist an Lohnfortzahlungspflichten bei Beschäftigungsverboten während der Schwangerschaft (§ 11 MuSchG); Freistellungspflichten bei Inanspruchnahme von Elternzeit (§ 15 BErzGG) oder Teilzeitarbeit (§ 8 Abs. 1 TzBfG, § 15 Abs. 4-7 BErzGG), die möglicherweise Kosten durch Organisationsaufwand verursachen, der daraus resultiert, dass die Mutter dem Betrieb nicht zur Verfügung steht. Dazu H. Kube Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 18. 11. 2003, 1 BvR 302/96, JZ 2004, 358 (361); T. Aubel Diskriminierung von Frauen durch finanzielle Belastung des Arbeitgebers, RdA 2004, 141 (147). Die eigenständige Belastung durch Freistellungspflichten erkennt auch BVerfGE 109, 64 (90), an. - Ähnliches gilt für die Beschäftigung Behinderter mit bestimmten Krankheiten wegen eines erhöhten Krankheitsrisikos. Dazu BVerfGE 109, 64 (94f.). Hier gestand die Rechtsprechung dem Arbeitgeber bislang zu, "rechtliche und wirtschaftliche Tragweite und betriebliche Auswirkungen der Einstellung schwerbehinderter Arbeitnehmer" bei der Einstellung zu berücksichtigen, s. nur BAGE 81, 120 (124, 128). Mit § 81 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB IX wurde im Jahr 2001 jedoch eine § 611a BGB vergleichbare Regelung geschaffen.

diese aus – freilich bestrittener⁸⁵ – Sicht der Versicherungswirtschaft angesichts unterschiedlicher Risiken zu ökonomisch unvernünftigem Verhalten zwingen.⁸⁶ Allgemein ist "rationale Differenzierung" vor allem bezüglich der Merkmale Geschlecht, Alter⁸⁷ und Behinderung⁸⁸ denkbar.⁸⁹

⁸⁵ Die Berechtigung der differenzierenden Ausgestaltung der Versicherungsbedingungen wird sowohl mit normativen Argumenten als auch aufgrund tatsächlicher Annahmen bestritten. Dazu C. Schmidt Die Frauenprämie in der privaten Krankenversicherung im Lichte des Gleichberechtigungsgrundsatzes, 1989; M. Wrase/S. Baer Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung – ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?, NJW 2004, 1623 ff.; M. Körner Unisex-Tarife und Entgeltgleichheitsgrundsatz bei der Riester-Eichel-Rente, NZA 2004, 760 ff.; dies. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Riester-Eichel-Rente, AuR 2004, 287 ff. Gegen die normative Annahme, die Differenzierung benachteilige Frauen, BVerfG, NJW 1994, 785 (785 f.); K. Riesenhuber/J.-U. Franck (Fn. 47), 535. Umfassend zur Problematik D. Schiek (Fn. 32), 214 ff.

⁸⁶ Nach Auffassung der privaten Versicherungswirtschaft führen Unisex-Tarife dazu, dass Männer im Vergleich zu Frauen im Durchschnitt angesichts statistisch geringerer Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen und kürzerer Lebenserwartung ein schlechteres Preis-Leistungs-Verhältnis eingehen, als es ihrem Risiko entspräche, PKV Publik 2003, 100. Streitig war auch die Wirkung von Differenzierungsverboten bei der Kfz-Haftpflichtversicherung. Der Gesetzgeber hat es den Versicherungsunternehmen trotz statistisch signifikant höherer Schadenshäufigkeit verboten, von Kfz-Haltern aus bestimmten Ländern höhere Prämien ("Balkantarif") zu verlangen (§ 81e VAG). S. dazu Rundschreiben des Bundesaufsichtsamts für Versicherungswesen zum Verbot der Diskriminierung von Ausländern gemäß § 81 Abs. 2 iVm § 81e VAG, VerBAV 1995, 372 ff. Auch in diesem Differenzierungsverbot wird eine falsche Risikoverteilung gesehen, die zudem zu Wettbewerbsverzerrungen unter den Versicherern führe, vgl. H.-J. Papier (Fn. 23), 483 f. Gegen Zulässigkeit des "Balkantarifs" hingegen D. Schiek (Fn. 32), 210 ff.

⁸⁷ Zum für das deutsche Recht neuen Diskriminierungsmerkmal "Alter" *M. Schmidt/D. Senne* Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2002, 80ff.

⁸⁸ Ökonomisch rationales Verhalten liegt in aller Regel vor, wenn der Arbeitgeber nicht auf eigene Kosten behindertengerechte Arbeitsplätze schafft. Auch dies kann aber nach Art. 5 RL 2000/78/EG Diskriminierung sein.

⁸⁹ Zutreffend stellt G. Thüsing (Fn. 83), 261, fest, dass in den Bereichen Rasse, ethnische Zugehörigkeit und sexuelle Identität eine Differenzierung idR nicht auf ökonomischen Erwägungen, sondern auf feindseliger Haltung o.ä. beruht. Eine Ausnahme bilden Diskriminierungen infolge diskriminierender Kundenwünsche – im Arbeitsrecht auch der Belegschaftswünsche; zu Letzterem M. Adams (Fn. 84), 536; G. Thüsing (Fn. 83), 258. Diese sind wegen ihres von Abneigung geprägten Hintergrunds intuitiv leichter als "klassische" Diskriminierung zu fassen. Auch hier ist die Beachtung des Diskriminierungsverbots jedoch unter Umständen ökonomisch nicht rational. Zur Rechtfertigungsfähigkeit darauf beruhender Diskriminierung differenzierend mit Beispielen aus der Rechtsprechungspraxis G. Thüsing Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer – Zur Unverzichtbarkeit i.S.d. § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB, RdA 2001, 319 (323 f.); ders. (Fn. 83), 263; s. auch W. Hennig/S. Baer (Fn. 2), 171. Dieser Problem-

Sachbereiche, in denen eine solche Differenzierung in Betracht kommt, sind u.a. das private Versicherungsrecht und das Arbeitsrecht.

"Soziale Inpflichtnahme" als Folge der Verhinderung ökonomisch rationalen Verhaltens

Problematisch am Verbot ökonomisch rationaler Differenzierung ist nicht deren Ziel; die Legitimität des Antidiskriminierungsziels steht auch hier außer Frage. 90 Problematisch ist vielmehr, dass Einzelne, nämlich die

kreis wird auch berührt bei der Frage, ob einer Verkäuferin, die sich entschließt, ein Kopftuch zu tragen, gekündigt werden kann, weil dies Kunden abschrecke, BVerfG vom 30. Juli 2003, 1 BvR 792/03, Tz. 11, 24.

90 Es lassen sich zahlreiche Gründe anführen: Es kann ökonomisch rationale Differenzierung unter Umständen die gleichen Ausgrenzungseffekte haben wie sonstige Diskriminierungshandlungen; s. allgemein zur Ausgrenzungswirkung von Diskriminierung unten II. 3. Man kann die aus ökonomisch rationaler Differenzierung resultierende Ungleichheit schlicht für "ungerecht" halten, insbesondere wenn ökonomisch quantifizierbare Unterschiede zwischen Frauen und Männern mit der potenziellen Mutterschaft einer Frau zusammenhängen. Ökonomisch rationale Differenzierungen werfen zudem Probleme auf, weil sie häufig auf statistischen Annahmen beruhen: Eine verallgemeinernde Differenzierung benachteiligt jene, bei denen die Prognose nicht zutrifft. Dazu M. Schlachter (Fn. 84), 32; D. Neumark Wage Differentials by Race and Sex: The Roles of Taste Discrimination and Labor Market Information, Industrial Relations 38 (1999), 414 (416); F. Schauer Profiles, Probabilities and Stereotypes, 2003, 145; M. Wrase/S. Baer (Fn. 85), 1625. – Ökonomisch rationale Differenzierungen lassen sich zudem nicht exakt von sonstigen Diskriminierungsformen trennen. Insbesondere im Bereich der Arbeitsverhältnisse bestehen hier komplexe Wechselwirkungen, die aus ökonomischer Sicht vor allem für die Geschlechterdiskriminierung beleuchtet wurden. So dürfte es einen kausalen Kreislauf geben zwischen 1. der Dominanz traditioneller familiärer Aufgabenteilung, 2. der darum vom Arbeitgeber jüngeren Frauen entgegengebrachten Vermutung, sie werden künftig Familienaufgaben übernehmen, 3. der entsprechenden Benachteiligung von Frauen durch Arbeitgeber, 4. dem mehr oder weniger "freiwilligen" Rückzug von Frauen aus dem Erwerbsleben und damit 5. wiederum der Aufrechterhaltung des traditionellen Musters der Verteilung von Familienaufgaben. So scheint etwa in die berufliche Weiterbildung von Frauen oft in der Annahme weniger investiert zu werden, eine Frau werde ohnehin nicht dauerhaft zur Verfügung stehen, was sich in tatsächlich geringerer Produktivität und damit in der - ökonomisch rationalen - Verringerung beruflicher Aufstiegschancen von Frauen niederschlägt und so den Anreiz für den Rückzug aus dem Berufsleben erhöht. Zu diesen Zusammenhängen aus ökonomischer Sicht etwa M. Gunderson Male-Female Wage Differentials and Policy Responses, Journal of Economic Literature 1989, 46 (48 mwN); H. Prey Die Entwicklung der geschlechtsspezifischen Lohndifferenz in Westdeutschland 1984-96, Nr. 57 der Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, 1999, 3 mwN; M. Jungbauer-Gans Der Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern in selbständiger und abhängiger Beschäftigung, KZfSS 51 (1999), 364 (366 mwN); E. P. Lazear/S, Rosen Male-Female Wage Differentials in Job Ladders, Journal of Labor Economics 8 (1990), 106ff.; W. Franz

vom Diskriminierungsverbot betroffenen Vertragspartner, mehr oder weniger zufällig⁹¹ ökonomisch für die Realisierung des öffentlichen Diskriminierungsschutzziels aufkommen müssen, ohne die Belastung automatisch am Markt weitergeben zu können.⁹² Dies bildet nicht nur einen starken Umgehungsanreiz, sondern wirft auch die Frage auf, wie weit die Inpflichtnahme Einzelner zur Realisierung öffentlicher Zwecke gehen darf. Sucht der Sozialstaat in der Mitwirkung einzelner Privater eigene Entlastung, so ist dies nicht unproblematisch.93 Im Diskriminierungsschutzrecht ist die soziale Inpflichtnahme allerdings eher ein - wenn auch interessantes - Spezialphänomen, das nur beim Verbot ökonomisch rationaler Differenzierung auftritt und keinesfalls für das gesamte Rechtsgebiet charakteristisch ist. Man könnte diese sozialen Inpflichtnahmen als "sozialstaatlichen Sonderbereich" des Diskriminierungsschutzrechts bezeichnen. Die auch im Diskriminierungsschutzrecht noch zu erwartende rechtspolitische Diskussion um die Inpflichtnahme Einzelner zu sozialstaatlichen Zwecken wird auf die Fragen hinauslaufen, inwieweit die individuelle ökonomische Inpflichtnahme mit solidarischen Umlage- und Ausgleichssystemen zu verbinden ist oder darüber hinaus partiell sogar durch öffentliche

Arbeitsmarktökonomik, 5. Aufl. 2003, 336f. mwN. Aus der juristischen Literatur *D. Schiek* (Fn. 32), 299f. mwN; *E. Kocher* (Fn. 83), 169; *F. Schauer* ebenda, 151 ff. mwN; *M. Schlachter* (Fn. 84), 30, 32 mwN; *G. Thüsing* (Fn. 83), 259. Ähnlich für rassistische Diskriminierung *D. A. Strauss* The Law and Economics of Racial Discrimination in Employment, 79 Georgetown Law Journal 1991, 1619 (1629), sowie *R. Nickel* (Fn. 18), 91.

⁹¹ Dass etwa den Arbeitgeber die Mutterschaft einer Arbeitnehmerin im Vergleich zu anderen Unternehmern "zufällig" und ungleichmäßig trifft, bedeutet für den einzelnen Arbeitgeber eine besondere Last, weil diese Kosten zum Wettbewerbsnachteil führen können. § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 LFZG sieht darum für Kleinunternehmen mit nicht mehr als 20 Mitarbeitern ein Ausgleichs- und Umlageverfahren für die Aufwendungen des einzelnen Arbeitgebers für Zahlungen nach §§ 11 und 14 Abs. 1 MuSchG vor. Zum "Zufalls"- und zum Wettbewerbsproblem C.-W. Canaris Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, 86; J. Neuner (Fn. 31), 1823; H.-J. Papier (Fn. 23) (zum Wettbewerbsnachteil von Versicherungsunternehmen, denen eine risikoadäquate Prämienkalkulation untersagt ist); s. auch BAGE 81, 120 (128), bezüglich der Beschäftigung (zunächst unerkannt) Schwerbehinderter. Zu einer gleichmäßigen Lastentragung der Arbeitgeber kommt es bei Beschäftigungs quoten für Schwerbehinderte, die jedes Unternehmen formal gleichmäßig belasten; dazu G. Thüsing (Fn. 83), 262; dafür wohl auch F. Bydlinski Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht, ÖZöR 12 (1962-63), 423 (450). Die Quote verhindert allerdings im Einzelfall keine Diskriminierung und wirft zudem bekanntlich neue Gleichbehandlungsprobleme auf.

⁹² Zur Bedeutung der Kostenabwälzungsmöglichkeiten für die rechtliche Bewertung C.-W. Canaris (Fn. 91), 98.

⁹³ Allgemein kritisch zu einer solchen Aufgabenverlagerung *J. Neuner* (Fn. 18), 234f.; *K. Riesenhuber/J.-U. Franck* (Fn. 47), 535; kritisch aus ökonomischer Perspektive *G. Brink-mann* Einführung in die Arbeitsökonomik, 1999, 215.

Transfersysteme ersetzt werden sollte. Sowohl im Arbeitsrecht⁹⁴ als auch im Versicherungsrecht⁹⁵ ist diese Diskussion bereits angestoßen.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Inpflichtnahme

Einen verfassungsrechtlichen Kern dieser Problematik bildet die grundrechtliche⁹⁶ Rechtfertigung der ökonomisch belastenden Inpflichtnahme des Vertragspartners.⁹⁷ Die Verfassungsmäßigkeit der Inpflichtnahme muss sich im Einzelnen an den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erweisen.⁹⁸ Dies bedeutet insbesondere, dass es einen legitimieren-

⁹⁴ Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber in der Mutterschaftsgeldentscheidung einen weiten Spielraum für die Auswahl ein, wer die Lasten der dort für notwendig erachteten Kompensation tragen soll, BVerfGE 109, 64 (84ff.). Denkbare Ausgleichsmodelle sind abstrakt dargestellt bei C.-W. Canaris (Fn. 91), 92. In der Literatur wird teilweise eine Steuerlösung gefordert: so für das (das Diskriminierungsverbot für den Arbeitgeber unter Umständen kostspielig machende) Mutterschaftsgeld E. Eichenhofer Zuschuss zum Mutterschaftsgeld durch den Arbeitgeber, BB 2004, 382 (384); H. Kube (Fn. 84), 360; T. Aubel (Fn. 84), 146; ebenso für die weiteren "Kosten" des § 612 Abs. 3 S. 2 BGB M. Adams (Fn. 84), 538, und dem folgend M. Schlachter (Fn. 84), 208; ähnlich C. Scharpf Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld, AuA 2004, 48. Daneben kommt die Schaftung von Solidareinrichtungen in Betracht, durch die die Kosten auf alle Arbeitgeber anteilig umgelegt werden, so dass der Sonderopfercharakter für den einzelnen Arbeitgeber entfällt; vgl. BVerfGE 77, 308 (337); 85, 226 (236); C.-W. Canaris (Fn. 91), 110.

⁹⁵ So wird die mit Unisex-Tarifen verbundene Einführung von "Umverteilungselementen" in ein Finanzierungsverfahren, das auf versicherungsmathematischen Grundlagen beruht und dem Grundsatz der Risikoäquivalenz verpflichtet ist, kritisiert (s. PKV Publik 2003, 100) und ein Ausgleich durch unmittelbare Transferleistungen für vorzugswürdig gehalten, K. Riesenhuber/J.-U. Franck (Fn. 47), 535.

⁹⁶ Zentraler Prüfungsmaßstab ist dafür Art. 12 Abs. 1 GG, sofern man in der ökonomischen Belastungswirkung einen eigenständigen Grundrechtseingriff sieht. Man könnte wegen des Sonderopfers des zufällig betroffenen Arbeitgebers auch an den allgemeinen Gleichheitssatz denken, *J. Neuner* (Fn. 18), 234; ders. (Fn. 31), 1823; C.-W. Canaris (Fn. 91), 108 ff. Der damit eng verbundende Gesichtspunkt des Wettbewerbsnachteils wird jedoch bereits von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst, sofern dieser für anwendbar gehalten wird. Das kann hier offen bleiben.

⁹⁷ Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit von Inpflichtnahmen allgemein instruktiv M. Elicker Der Grundsatz der Lastengleichheit als Schranke der Sonderabgaben, Inpflichtnahmen und Dienstleistungspflichten, NVwZ 2003, 304ff. mwN.

⁹⁸ Ohne rechtlichen Ertrag bleibt dabei die neuerdings wieder verwendete Formel von der "Sozialpflichtigkeit der Unternehmen", BVerfGE 109, 64 (88). Wie "Privatheit", als deren Umkehrung "Sozialpflichtigkeit" verstanden werden kann, ist auch diese deskriptive, nicht präskriptive Begrifflichkeit und kann einen Grundrechtseingriff für sich genommen nicht rechtfertigen. Es gibt weder eine Regel, dass das Individuum für soziale Zwecke *ohne weiteres* in die Pflicht genommen werden darf, noch dass es *nicht* für soziale Zwecke in die Pflicht genommen werden dürfte. Beides ist – wie "Privatheit" – eine Frage verhältnismäßiger Grundrechtseingriffe im Einzelfall. Ähnlich das deskriptive Verständnis "sozialgebundener Freiheit" bei *G. Dürig* Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrts-

den Grund dafür geben muss, warum gerade der Vertragspartner ökonomisch für das gesetzliche Diskriminierungsschutzziel aufkommen soll. Die sachlich verwandte Dogmatik der nichtsteuerlichen Abgaben zur Finanzierung besonderer Finanzbedarfe stellt hier die Verantwortungsbeziehung der Belasteten zu der zu finanzierenden Aufgabe in den Vordergrund. 199 In den Diskriminierungsfällen wird eine solche Verantwortungsbeziehung der Inpflichtgenommenen zur spezifischen Situation der Diskriminierungsgeschützten jedoch in der Regel zu verneinen sein. 100

Der Verantwortungszusammenhang bildet aber nicht den einzig denkbaren Grund für die Rechtfertigung der Inpflichtnahme Einzelner. ¹⁰¹ Ein anderer Grund besteht darin, dass nur die Inpflichtgenommenen die erforderliche Leistung erbringen können. ¹⁰² Solche "Unvertretbarkeit" besteht in den hier relevanten Konstellationen häufig: Der Arbeitsvertrag kann nur vom Arbeitgeber, der Versicherungsvertrag nur vom Versicherungsunternehmen geschlossen werden. Damit scheint das Problem der Inpflichtnahme gelöst zu sein. ¹⁰³

Allerdings ließe sich mit ersten Stimmen in der Literatur die aus der Inpflichtnahme für eine unvertretbare Leistung resultierende finanzielle Belastung – die eben gerade die Besonderheit des Verbots ökonomisch ra-

staat, JZ 1953, 193 (196f.); ähnlich O. Bachof Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 37 (42).

⁹⁹ Zum Erfordernis einer "Finanzierungsverantwortung" bei Abgaben, die zur Deckung eines besonderen Finanzbedarfs erhoben werden, zuletzt BVerfG vom 18. Mai 2004, 2 BvR 2374/99, Tz. 76, 100, 104, ständige Rechtsprechung; s. nur *J.-P. Schneider* in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.) AK-GG, Art. 105 Rn. 20 (Stand: 2001). Das Kriterium wird auch außerhalb der Abgabenrechtsdogmatik zur Beurteilung von Geldleistungspflichten verwendet, zuletzt zum Arbeitgeberbeitrag zum Mutterschaftsgeld BVerfGE 109, 64 (88). Bereits früher hat das BVerfG Lohnfortzahlungspflichten am Verantwortungszusammenhang gemessen, BVerfGE 77, 308 (334, 337) (Bildungsurlaub); 85, 226 (235) (Sonderurlaub).

¹⁰⁰ So aber BVerfGE 109, 64 (88f.), zum Mutterschaftsgeld. Dagegen *E. Eichenhofer* (Fn. 94), 384; *W. Leisner* Arbeitgeber als Geburtshelfer; der Mutterschutzbeschluss des BVerfG, BB 2004, Heft 7, Die Erste Seite; *H. Kube* (Fn. 84), 360; *T. Aubel* (Fn. 84), 146; s. auch *G. Thüsing* (Fn. 83), 260.

¹⁰¹ Vgl. die Zusammenstellung bei U. Volkmann (Fn. 26), 398f.

¹⁰² Dies gilt als "Preis für die privatrechtlich verfasste Wirtschaftsordnung", in der sich der Staat in großem Umfang der Möglichkeit begeben habe, "die ihm obliegenden distributiven Aufgaben selbst mit Hilfe seiner eigenen Wirtschaftsunternehmen wahrzunehmen", C.-W. Canaris (Fn. 91), 98f., 119 f.; J. Neuner (Fn. 18), 236 f.; ders. (Fn. 31), 1823; J. Mohr Schutz vor Diskriminierungen im europäischen Arbeitsrecht, 2004, 267 f. Dem Gedanken folgend auch M. Fries (Fn. 15), 258.

¹⁰³ Dies rechtfertigt auch die nicht ökonomische Sonderbelastung duch freiheitsbeschränkende Diskriminierungsverbote, so dass in soweit der Sonderlastaspekt hinter den sonstigen Fragen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs zurücktritt.

tionaler Differenzierung ist – durchaus in Geld ausdrücken, so dass die ökonomische Inpflichtnahme als vertretbare Leistung reformuliert werden könnte. 104 Für diese "sekundäre" Kostenlast könnte nach einem eigenständigen Rechtfertigungsgrund gefragt werden, der dann eben nicht mehr "Unvertretbarkeit der Leistung" lauten könnte. Man wäre damit auf das Kriterium der Verantwortungsbeziehung als rechtfertigenden Grund zurückgeworfen. Weil dieses regelmäßig unerfüllbar ist, wäre die Inpflichtnahme durch ökonomisch belastende Diskriminierungsverbote zumeist verfassungswidrig bzw. müsste kompensiert werden.

Die ökonomisierende Abkoppelung der verfassungsrechtlichen Beurteilung finanzieller Lasten von der Beurteilung der primären Verhaltenspflichten ist jedoch bislang aus guten Gründen unterblieben: Wollte man dies konsequent hinsichtlich aller kostenträchtigen, fremdnützigen Verhaltenspflichten betreiben, wäre zwecks Kompensation der kaum selbständig rechtfertigbaren Kostenlasten eine riesige "Kostenbewertungsund -ausgleichsmaschinerie" in Gang zu setzen – sofern der Staat auf Versuche solcher Verhaltenssteuerung nicht gänzlich verzichten wollte.

Damit ist der Ökonomisierungsgedanke allerdings nicht vollständig erledigt. Fest steht bloß, dass für die sekundäre Kostenlast eines Diskriminierungsverbots kein eigenständiger Rechtfertigungsgrund verlangt werden kann. Vielmehr wird die Kostenlast insoweit vom rechtfertigenden Zweck der unvertretbaren Primärlast gedeckt. Damit wird jedoch die "sekundäre" Kostenlast des Diskriminierungsverbots verfassungsrechtlich nicht belanglos. Die Primärlast ist regelmäßig ein Grundrechtseingriff, der mindestens die allgemeine Handlungsfreiheit berührt und darum insbesondere hinsichtlich der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigungsbedürftig ist (s. I. 3. b) bb)). Die Kostenbelastung ist dabei als Kriterium für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Primärpflicht, hier also des Diskriminierungsverbots, in Rechnung zu stellen. Dies gestattet differenzierende Lösungen. Bei unzumutbarer Kostenlast ist ein Ausgleich der Belastung geboten. 105

Generelle verfassungsrechtliche Unzulässigkeit kann der kompensationslosen Inpflichtnahme Einzelner durch Diskriminierungsverbote damit jedoch nicht bescheinigt werden.

¹⁰⁴ Vgl. H. Kube (Fn. 84), 361. Zu diesem Gedanken allgemein M. Elicker (Fn. 97), 307.

¹⁰⁵ Die Verpflichtung des Arbeitgebers, Arbeitsplätze gegebenenfalls behindertengerecht zu gestalten (Art. 5 RL 2000/78/EG), wäre unverhältnismäßig, wenn sie kompensationslos bliebe. Art. 5 RL 2000/78/EG stellt die Verpflichtung jedoch unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, deren Wahrung dann fingiert wird, wenn eine staatliche Kompensation erfolgt. Für Ausgleichspflichtigkeit solcher Lasten auch *J. Neuner* (Fn. 31), 1823.

Zieht man nun verfassungsrechtliche Gesamtbilanz, ist der rechtliche Befund dünn. Die Entscheidung über die Einführung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote ist im Wesentlichen politischer Natur. Dies erklärt den ungewohnten Stil der Auseinandersetzung um die Einführung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote: Wenn sich die Entscheidung juristischer Bewertung weitgehend entzieht, können profunde rechtliche Argumente nicht erwartet werden.

II. Neuartigkeit privatrechtlicher Diskriminierungsverbote

Eine zweite bemerkenswerte Eigenschaft privatrechtlicher Diskriminierungsverbote ist deren neuartiger Regelungsgehalt. Die Kritiker scheinen das wahrhaft "Revolutionäre" allerdings eher intuitiv zu erahnen, als dass sie es präzise benennen würden. Irreführende Zuordnungen zu anderen Rechtsentwicklungen erschweren es, das Ungewöhnliche an den Diskriminierungsverboten sofort zu erfassen. Erst die Enthüllung des tatsächlich neuen, wenn auch nicht rechtlichen Spannungsverhältnisses privatrechtlicher Diskriminierungsverbote zur Privatautonomie macht aber erklärlich, warum sie auf solch starken Widerstand stoßen.

Deutung der Diskriminierungsverbote als Fortentwicklung des sozialstaatlichen "Rechts der Ungleichgewichtslagen"

Privatrechtliche Diskriminierungsverbote werden überwiegend als sozialstaatliche Regelungen gedeutet. ¹⁰⁶ Gegner und Befürworter stellen die Diskriminierungsverbote in eine Linie mit den umstrittenen Privatautonomie-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, namentlich der Handelsvertreter-¹⁰⁷, der Bürgschafts-¹⁰⁸ und der Ehevertragsentschei-

¹⁰⁶ H. Reichhold Gesellschaftsentwicklung durch ein neues Sozialprivatrecht?, Öffentliche Antrittsvorlesung vom 3. Februar 2003, Tübingen (unveröffentlicht); F.-J. Säcker (Fn. 4), 288: Überformung des allgemeinen bürgerlichen Rechts mit "sozialethischen Moralvorstellungen"; J. Neuner (Fn. 55), 60: "sozialstaatliche Konzeption des Grundgesetzes"; S. Baer "Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2002, 290 (292): "sozialstaatlich abgefederter Liberalismus"; ausführlicher J. Mohr (Fn. 102), 189 ff.; D. Schiek (Fn. 2), 138 f., will einerseits den Diskriminierungsschutz aus dem "sozialstaatlichen Ghetto" herausholen, stellt ihre Überlegungen aber andererseits in die Linie der "Materialisierungsdebatte" (s. unten Fn. 111), die im Wesentlichen unter sozialstaatlichen Vorzeichen geführt wird.

¹⁰⁷ BVerfGE 81, 242 (254ff.).

¹⁰⁸ BVerfGE 89, 214 (231 ff.).

dung^{109,110} Diese Entscheidungen, die als Entwicklung¹¹¹ hin zu einem Schuldvertragsrecht der Schwachen¹¹², einem Recht der Ungleichgewichtslagen¹¹³ beschrieben werden, sollen nun in den privatrechtlichen Diskriminierungsverboten eine Fortsetzung finden.¹¹⁴

Durch die sozialstaatliche Interpretation und die Verknüpfung mit dem Recht der Ungleichgewichtslagen wird aber der eigene Charakter der Diskriminierungsverbote verdeckt. Die Kritiker glauben, sie hätten es lediglich mit einer neuen Ausprägung des Rechts der Ungleichgewichtslagen zu tun, von dem sie bereits wissen, dass sie es nicht schätzen. Tatsächlich hat der – nur am Rande sozialstaatliche – Diskriminierungsschutz jedoch mit dieser älteren Rechtsentwicklung wenig zu tun. Löst man sich von der sozialstaatlichen Deutung und wendet sich dem innovativen, eigenständigen Charakter zu, brauchen die Diskriminierungsverbote einerseits die Kritik an der Privatautonomie-Rechtsprechung nicht mehr gegen sich gelten zu lassen. Andererseits enthüllt dies aber erst deren

¹⁰⁹ BVerfG, NJW 2001, 957.

¹¹⁰ Vgl. H. Dreier (Fn. 53), Rn. 63; B. Schöbener/F. Stork (Fn. 2), 61 f.; S. Baer (Fn. 106), 292; M. Mahlmann Gerechtigkeitsfragen (Fn. 18), 59 f.

¹¹¹ Die Zivilrechtswissenschaft diskutiert dies seit einigen Jahrzehnten als "Materialisierung der Vertragsfreiheit". S. nur die Nachweise bei *M. Bäuerle* (Fn. 24), 138 ff.; *C.-W. Canaris* Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 200 (2000), 273 ff.; *D. Schiek* (Fn. 32), 305 ff. mwN; *C. Heinrich* (Fn. 28); *U. Knobel* Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, 2000, 98 ff. mwN. Zur historischen Dimension *S. Hofer* (Fn. 36). Das Bundesverfassungsgericht hat in der Bürgschaftsentscheidung unter Berufung auf *Wieacker* dem Modell formaler Vertragsfreiheit die aus seiner Sicht vorzugswürdige "materiale Ethik sozialer Verantwortung" gegenübergestellt, BVerfGE 89, 214 (233). Kritisch gegen diese "Einmischung" in den zivilrechtlichen Theorienstreit etwa *J. Schapp* Privatautonomie und Verfassungsrecht, ZBB 1999, 30 (35).

⁸⁶⁰ff.

¹¹³ D. Medicus (Fn. 35), 18: "Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen"; früher bereits M. Lieb Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?, AcP 178 (1978), 196 ff.

¹¹⁴ H. Reichhold (Fn. 106): "Frucht jenes soziologischen Rollenrechts"; s. auch F.-J. Sä-cker (Fn. 4), 288; ähnlich C. Schmelz (Fn. 76), 67. Z.T. wird der "Schwachenschutz" auch als Argument zur Verteidigung von Diskriminierungsschutzvorschriften angeführt: T. Wölft "Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner – Kommentar, ZRP 2003, 297.

¹¹⁵ S. nur die berühmte zivilrechtliche Kritik von *W. Zöllner* (Fn. 28). "Entschärfend" aus zivilrechtlicher Perspektive dagegen etwa *C.-W. Canaris* (Fn. 111), 296 ff.

¹¹⁶ Insgesamt wird gerade die Hinwendung Europas zum "Sozialen" nicht uneingeschränkt positiv gesehen. Dazu J. Schwarze Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents, EuZW 2004, 135 (140); M. Nettesheim Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 2004, 511 (518, 545).

eigentliche Brisanz; es entfällt die an und für sich durchaus akzeptierte¹¹⁷ sozialstaatliche Begründung für Einschränkungen der Vertragsfreiheit: Dass die Geschichte der Privatautonomie die ihrer *legitimen*, sozialstaatlich motivierten Begrenzungen ist, ist heute Gemeinplatz.¹¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht hatte es mit dem Recht der Ungleichgewichtslagen in den Augen vieler eben bloß etwas übertrieben.

Das besondere Spannungsverhältnis der Diskriminierungsverbote zur Privatautonomie rührt nun also ironischerweise daher, dass sie gerade nicht diesen "vertrauten" sozialstaatlichen Charakter sonstiger Beschränkungen der Vertragsfreiheit teilen.¹¹⁹

2. Abgrenzungen

a) Einwände gegen sozialstaatliche Deutung

Das "sozialstaatliche" Etikett passt jedenfalls dann nicht, wenn man an einem traditionellen Sozialstaatsverständnis festhält. "Klassischer" sozialstaatlicher Schutz zielt auf das Ökonomische,¹²⁰ auf – zumindest mittelbar¹²¹ ökonomische – Umverteilung¹²² von den Habenden zu den Bedürftigen. Dies trifft auf die Verbote ökonomisch rationaler Differenzierung zu (s. oben I. 4.). Diese sind jedoch der sozialstaatliche "Sonderbereich" des Diskriminierungsschutzrechts. Im Übrigen begründen Diskriminierungsverbote keine ökonomischen Transferleistungspflichten. Sozial-

¹¹⁷ Vgl. R. Zippelius (Fn. 23), 13: "Der Sozial- und Wohlfahrtsstaat lässt es sich angelegen sein, auch noch ... dem sozial Schwächeren den Grundrechtsschutz des Gleichheitssatzes zu Lasten der Privatautonomie zu gewähren".

¹¹⁸ S. oben Fn. 35.

¹¹⁹ Ebenso *D. Schiek* (Fn. 32), 307f.; *U. Davy* Der Gleichheitssatz des österreichischen Rechts und Menschen mit Behinderung, FS Funk, 2003, 63 (90).

¹²⁰ Allgemein zur ökonomischen Zielrichtung des Sozialstaatsprinzips *H. F. Zacher* Das soziale Staatsziel, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 35, 72. *R. Nickel* (Fn. 18), 52 ff., weist darauf hin, dass es auch in der Diskussion um "Gleichheit" traditionell um ökonomische Ungleichheiten geht. Weitergehend jetzt *D. Schiek* in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.) AK-GG, Art. 20 Abs. 1–3 Rn. 56 (Stand: 2001): "... sozialstaatliche Verantwortung für weitere, neue, vorgeblich als privat verstandene Probleme: ... Alltagsrassismus und Ausgrenzung sozialer Randgruppen ...".

¹²¹ Zahlreiche sozialstaatliche Vorschriften des Privatrechts begründen Verhaltenspflichten, die zwar nicht unmittelbar Geldleistungspflichten sind, jedoch bei ökonomisierender Betrachtung der Pflichten mittelbar distributive Effekte haben, *C.-W. Canaris* (Fn. 91).

¹²² H. F. Zacher Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DÖV 1970, 3 (5), bezeichnet als "soziale" Umverteilung jene Umverteilung, "die menschenwürdige Existenz sichern und Wohlstandsdifferenzen sowie ökonomisch bedingte Abhängigkeiten mildern und abbauen soll".

staatliche Handlungserfordernisse im klassischen Sinne werden durch die Diskriminierungsverbote geradezu vermieden: Wenn Diskriminierungsverbote etwa dafür sorgen, dass ältere, behinderte, weibliche, homosexuelle oder fremdländisch wirkende Arbeitnehmer, die im Vollbesitz ihrer Schaffenskraft sind, nicht vorurteilsbedingt am Zugang zu Beschäftigung gehindert werden, werden staatliche Transferleistungen gerade nicht benötigt.¹²³

Nur wo, wie ausgeführt, ein Vertragspartner wegen eines vergleichsweise ungünstigeren Leistungs-Gegenleistungsverhältnisses einen Vertrag unter ökonomischen Gesichtspunkten nicht zu gleichen Bedingungen schließen würde, geht mit dem Verbot der Diskriminierung in der Tat ein Stück sozialstaatlicher Funktion vom Staat auf einen Privaten über, der hier im weiteren Sinne eine ökonomische Transferleistung¹²⁴ zu erbringen hat.¹²⁵ Für diese begrenzte und überschaubare Fallgruppe passt das sozialstaatliche Etikett, ansonsten jedoch nicht.

b) Unterschiede zum "Recht der Ungleichgewichtslagen"

Dass die Diskriminierungsverbote im Übrigen auch keine Fortsetzung der Rechtsprechung zu den Ungleichgewichtslagen sind, lässt sich in formaler und materieller Hinsicht zeigen. Formal betrachtet ging es in diesen Entscheidungen um den Schutz vor Vertragsbindung, wohingegen die Diskriminierungsverbote Schutz vor Vertragsverweigerung¹²⁶ bezwecken. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben die Bindungswirkung des Vertrags relativiert, indem sie in Ungleichgewichtslagen vom Vertrag befreien¹²⁷ und damit den schwächeren Vertragspartner vor der

¹²³ Die Vermeidung staatlicher Transferleistungserfordernisse dürfte ein Motiv für die Richtlinie 2000/78/EG gewesen sein, s. J. Mohr (Fn. 102), 190 mwN.

¹²⁴ Zu den distributiven Effekten privatrechtlicher Diskriminierungsverbote *J. Mohr* (Fn. 102), 267.

¹²⁵ Angedeutet bei E. Picker (Fn. 43), 881.

¹²⁶ Hier erweist sich das von D. Suhr (Fn. 38), 534, formulierte Freiheitsparadigma der "Freiheit der Menschen durch Menschen" als passend, ohne dass sich daraus verfassungsrechtliche Konsequenzen ableiten ließen; treffend weist W. Cremer (Fn. 21), 189, den Ausführungen Suhrs "defensiv-explikativen Charakter" zu.

¹²⁷ BVerfGE 89, 214 (232); 81, 242 (255). Dabei überzeugt die Anknüpfung an das Grundrecht der Privatautonomie des Schwachen (BVerfGE 89, 214 [232]) nicht ohne weiteres. Tatsächlich wird durch diese Rechtsprechung kaum die Privatautonomie des Schwächeren geschützt, sondern der schwächere Vertragspartner vor ihren Folgen – nämlich vor der Bindung an den Vertrag; so treffend *G. Manssen* (Fn. 40), 145. Dass Privatautonomie nicht ohne weiteres die passenden Schutzgüter bietet, zeigt auch *M. Ruffert* (Fn. 21), 338 mwN; s. auch *W. Cremer* (Fn. 21), 494ff.

Bindung an seine Vertragspflicht bewahren;¹²⁸ vor allem hier setzt die Kritik an den Entscheidungen an.¹²⁹ Demgegenüber stellt das Diskriminierungsverbot die Nichteingehung einer Vertragspflicht durch den anderen – in den Ungleichgewichtslagen wäre dies der stärkere – Vertragspartner in Frage. Diskriminierungsverbote lassen damit die auf der Fiktion eigenverantwortlichen Handelns beruhende Bindung an die einmal willentlich¹³⁰ übernommene eigene Pflicht unangetastet.

Auch in der Sache bestehen Unterschiede zum Recht der Ungleichgewichtslagen.¹³¹ So ist die Zielsetzung der privatrechtlichen Diskriminierungsverbote als Schutz der "Schwachen"¹³² nur unzureichend charakterisiert. In den Ungleichgewichtslagen zeichnet sich die "Schwäche" der unterlegenen Partei durch informationelle, intellektuelle oder materielle *Defizite* oder auch dadurch aus, dass der unterlegene Vertragspartner auf die nachgefragte Leistung angesichts ihrer spezifischen Eigenschaften oder aufgrund der Angebot-Nachfrage-Relation stärker *angewiesen* ist als der andere auf die Gegenleistung.¹³³ Angewiesenheit oder Defizite müssen bei Diskriminierungsopfern nicht unbedingt bestehen.¹³⁴ Zwar gehen Ungleichgewichtslagen und Diskriminierungsanfälligkeit tatsächlich häufig Hand in Hand und können sich wechselseitig bedingen. Gleichwohl besteht ein konzeptioneller Unterschied.

¹²⁸ S. dazu den treffend gewählten Titel von S. Lorenz Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997. S. auch W. Cremer (Fn. 21), 477.

¹²⁹ D. Medicus (Fn. 35), 19 ff.; W. Kahl Die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffangtatbestand, in: Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, Bd. II (im Erscheinen), § 122 Rn. 45 mwN; W. Zöllner (Fn. 28), 3; C. Hillgruber Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, AcP 1991, 69 (85); F. Hufen Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, 105 (122). Kritisch zum methodischen Vorgehen der Feststellung einer Ungleichgewichtslage in der Handelsvertreterentscheidung G. Hermes Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, NJW 1990, 1764 (1767).

¹³⁰ Zur konzeptionellen Bedeutung der Willensbindung für die Vertragsfreiheit S. Lorenz (Fn. 128), 15 ff.; C. Heinrich (Fn. 28), 50 f.

¹³¹ Zutreffend D. Schiek (Fn. 32), 307 f.

¹³² S. dazu die monografische Darstellung von *E. v. Hippel* Der Schutz des Schwächeren, 1982, der hierzu Arbeitnehmer, Mieter, Verbraucher, Kinder, Frauen, Alte, Behinderte, Arme, Entwicklungsländer und künftige Generationen zählt.

¹³³ Der letzte Aspekt wird zutreffend von D. Medicus (Fn. 35), 19, hervorgehoben.

¹³⁴ K. v. Koppenfels Das Ende der Vertragsfreiheit?, WM 2002, 1489 (1492); J. Neuner (Fn. 55), 61 f. Richtig wird zwischen dem Ziel des "vertraglichen Interessenausgleichs" und den anders gelagerten Zielen "diskriminierungsspezifischer Gesetzgebung" auch bei M. Bäuerle (Fn. 24), 403 f., differenziert. Dass sich Diskriminierungsschutz nicht auf die Fälle des Machtungleichgewichts beschränkt, wird auch von R. Nickel (Fn. 18), 130, und T. Bezzenberger (Fn. 55), 406 f., zutreffend hervorgehoben.

Diskriminierungsverbote schützen – sofern man sich außerhalb des "sozialstaatlichen Sonderbereichs" des Diskriminierungsschutzrechts bewegt – nicht diejenigen, die bereits "schwach" an einen Markt herantreten. Sie schützen vielmehr jene, die wegen einer bestimmten Gruppenzugehörigkeit oder auch der bloßen Zuschreibung¹³⁵ einer solchen Zugehörigkeit im Geschäftsverkehr nachteilig *behandelt* werden.¹³⁶ Die Betroffenen bringen hier zunächst keine Schwäche mit. Sie sind oder gelten vielmehr als Träger eines tatsächlichen oder zugeschriebenen Merkmals. Das Merkmal bildet nicht für sich genommen eine Schwäche, sondern ruft erst in Form des – sei es vorsätzlichen, sei es arglosen¹³⁷ – Verhaltens des Vertragspartners einen Nachteil hervor. Diskriminierungsverbote gleichen damit, kurz gesagt, nicht Schwäche aus, sondern schützen vor Benachteiligung.

3. Innovativer Gehalt der gegenüber sozialstaatlichen Zielen verselbständigten Diskriminierungsverbote

Es kann nun der eigene Charakter der Diskriminierungsverbote genauer beschrieben werden. Es handelt sich dabei trotz erkennbarer Nähe zu grundlegenden Verfassungspostulaten nicht um eine verfassungsrechtliche Diskriminierungsschutzkonzeption. Vielmehr wird eine rechtspolitische Diskriminierungsschutzkonzeption beschrieben, wie sie wohl auch jenen Gesetzesvorhaben zugrunde liegt, die den Anlass der Auseinandersetzung bilden. Ob man die Konzeption für überzeugend hält, ist also eine politische Frage.

Nimmt man die eigenen Ziele der gegenüber sozialstaatlichen Zielen "verselbständigten" Diskriminierungsverbote in den Blick, bezwecken diese in erster Linie nicht die Beseitigung materieller Mangellagen,¹³⁸ sondern dienen dem Schutz diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor nachteiliger Behandlung, ganz unabhängig davon, worin der Nachteil besteht.

¹³⁵ Zur Kritik am Konstruktionscharakter "ethnischer Zugehörigkeit" näher *G. Britz* (Fn. 50), 104ff. mwN; zusätzlich zu den Merkmalen Geschlecht und Behinderung *D. Schiek* (Fn. 32), 29ff.

¹³⁶ Vgl. *U. Sacksofsky* Gleichberechtigung (Fn. 10), 312 f.; *S. Baer* (Fn. 106), 293; so bereits *J. Salzwedel* (Fn. 23), 345.

¹³⁷ Diskriminierung setzt eine Diskriminierungsabsicht nicht voraus, s. statt vieler D. König/A. Peters (Fn. 14), Rn. 57 ff.

¹³⁸ Die "existenzielle Angewiesenheit" einer Person auf eine Vertragsleistung dürfte demgegenüber als Charakteristikum "sozialen Privatrechts" angesehen werden, s. nur E. Eichenhofer (Fn. 35), 862. Freilich können in Diskriminierungsverboten beide Zielsetzungen zusammentreffen, sofern Diskriminierungshandlungen sowohl materielle Mangelsituationen als auch Ausgrenzungswirkungen hervorrufen.

Im Kern geht es beim Diskriminierungsschutz nicht um die Versorgung mit materiellen Gütern, die Diskriminierten vorenthalten würden: nicht um die Wohnung an sich, nicht um die Ware an sich, nicht um die Versicherung an sich. Ziel der Diskriminierungsverbote ist vielmehr der Schutz bestimmter Personen vor Benachteiligung als solcher.¹³⁹ Es kann nach dieser Konzeption die Verweigerung eines Wohnungsmietvertrags wegen der fremden Erscheinung des Interessenten eine Diskriminierung sein, auch wenn andere dem Abgewiesenen in nächster Nähe zwanzig vergleichbare Wohnungen vermieten würden.¹⁴⁰

Das Diskriminierungsverbot konstituiert ein im Gleichheits-¹⁴¹, nicht im Versorgungsgedanken wurzelndes, eigenständiges¹⁴² Recht¹⁴³, von Diskriminierung durch Mitmenschen verschont zu bleiben.¹⁴⁴ Geschützt werden jene Personen, von denen man annimmt, dass sie aufgrund der (vermeintlichen) Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe regelmäßig Benachteiligungen erfahren.¹⁴⁵ Die Benachteiligung solcher Personen soll unterbunden werden, weil sie unabhängig von ökonomischen Mangellagen "Ausgrenzung" bedeutet.¹⁴⁶ Die gegen Ausgrenzung gerichtete Dis-

¹³⁹ Zutreffend K. v. Koppenfels (Fn. 134), 1492: "... Zwang zum Vertragsschluss nicht deswegen ..., weil Güter oder Dienstleistungen vorenthalten werden, bei denen das Interesse der Gesamtheit es verlangt, dass der Einzelne an den betreffenden Gütern teilhat, sondern weil in der Ablehnung des abzuschließenden Vertrages eine unzulässige Benachteiligung ... liegt".

¹⁴⁰ Ähnlich zum österreichischen Recht U. Davy (Fn. 119), 90: "Diskriminierung soll unterbleiben, auch wenn es ein anderes Bad, ein anderes Restaurant oder ein anderes Kino gibt".

¹⁴¹ Gleichheit ist hier im allgemeinen Sinne, also gerade nicht im spezifischen Sinne "sozialer Gleichheit" gemeint. S. hingegen zum Zusammenhang von Gleichheit und sozialer Gerechtigkeit *S. Huster* Rechte und Ziele, 1993, 408 ff.

¹⁴² Hingegen exemplarisch für die bisherige Akzessorietätserwartung an Diskriminierungsschutz in Vertagsverhältnissen *J. Pietzcker* Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, FS Dürig, 1990, 345 (349 f.).

¹⁴³ Den Rechtscharakter hebt U. Davy (Fn. 119), 107, hervor.

¹⁴⁴ Es besteht teilweise, jedoch längst nicht vollständige Deckungsgleichheit zum Schutzgut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; ausführlicher *R. Nickel* (Fn. 18), 145 mwN; s. bereits oben Fn. 18. Was spezifisches Schutzgut des Diskriminierungsverbotes ist, ist streitig, *D. König/A. Peters* (Fn. 14), Rn. 51 mwN.

¹⁴⁵ Die besondere Diskriminierungsgefährdung bestimmter Gruppen hat der Verfassungsgeber durch Art. 3 Abs. 2 und 3 GG grundsätzlich anerkannt; vgl. *L. Osterloh* (Fn. 22), Rn. 244.

¹⁴⁶ S. Begründung der Kommission zum Vorschlag der Rassismusrichtlinie, KOM (1999) 566 endgültig, 6: "Wenn Menschen der Zugang zu Waren und Dienstleistungen ihrer Wahl verwehrt wird, kann dies im günstigeren Fall nur der Selbstachtung der Betroffenen schaden, im ungünstigsten Fall kann dies jedoch eine noch stärkere soziale Aus-

kriminierungsschutzkonzeption beruht auf der Idee, jede Person habe einen moralischen Anspruch, mit gleicher Achtung behandelt zu werden wie jede andere, und dieser Anspruch werde durch Diskriminierung, die an bestimmte Gruppenmerkmale anknüpft, beeinträchtigt.¹⁴⁷ Aus dieser Perspektive gilt Diskriminierung als Verletzung:¹⁴⁸ Wer einen Vertragsschluss zu gleichen Bedingungen wegen eines verpönten Merkmals verweigert, unterlässt nicht bloß eine Leistung, sondern greift durch Ausgrenzung aktiv in die Interessen eines anderen ein. Das Diskriminierungsverbot erhält damit abwehrenden Charakter, so dass es – wollte man es einer der Staatszielbestimmungen zuordnen – beim Rechtsstaat besser aufgehoben wäre als beim Sozialstaat.

Diese abstrakte Einforderung diskriminierungsfreien Vertragsverhaltens ist für das deutsche Recht¹⁴⁹ ungewohnt.¹⁵⁰ Zwar gibt es im Zivilrecht stete Bemühungen, insbesondere in Zusammenhang mit der Lehre vom Kontrahierungszwang,¹⁵¹ spezielle Fallgruppen herauszuarbeiten, in denen Diskriminierung im Vertragskontext sittenwidrig ist. Im Vordergrund steht jedoch wiederum die sozialstaatliche Ermöglichung des Ge-

grenzung zur Folge haben"; W. Hennig/S. Baer (Fn. 2), 170: "Erfahrungen der sozialen Ausgrenzung". Ebenso S. Baer (Fn. 10), 218; dies. (Fn. 106), 293; D. Schiek (Fn. 32), 37; J. Neuner (Fn. 55), 61 f.; E. Eichenhofer (Fn. 79), 1083 f.

¹⁴⁷ So aus philosophischer Sicht jüngst S. Gosepath (Fn. 18), insbesondere 128, 168 ff., der das Diskriminierungsverbot auch in privaten Beziehungen gelten lässt, ebenda, 171 ff. Ähnlich S. Huster Buchbesprechung, Der Staat 2003, 145 (147), der damit allerdings keine Aussage zur Geltung in privaten Beziehungen trifft: "... grundlose Ungleichbehandlung [verletzt] den jedermann zustehenden Achtungsanspruch ... Diskriminierungsverbote beruhen ... darauf, dass eine diskriminierende Differenzierung als solche mit dem gleichen Wert aller Bürger regelmäßig nicht vereinbar ist".

¹⁴⁸ In diesem Sinne U. Davy (Fn. 119), 107: "Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz schafft ... Verletzte". Dass grundsätzlich das Unterlassen eines Vertragsschlusses als "Schädigung" aufgefasst werden kann, hat bereits H. C. Nipperdey Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, 57 ff., gezeigt.

¹⁴⁹ S. nur BGHZ 70, 313 (325): Zivilrechtlich relevant sind danach "... allenfalls bestimmte Verstöße gegen Art. 3 GG, die aus besonderen Gründen als anstößig empfunden werden ...". S. aber *T. Bezzenberger* (Fn. 55), der begründet, dass *ethnische* Diskriminierung "nicht nur unter besonderen Umständen des Einzelfalls, sondern grundsätzlich und *als solche* ... gegen die guten Sitten" verstößt und rechtfertigungsbedürftig ist (Hervorhebung durch *Verfasserin*).

¹⁵⁰ Die Zivilrechtswissenschaft hat selbständige Diskriminierungsverbote auch im Rahmen der Debatte um die "Materialisierung der Vertragsfreiheit" nicht thematisiert; so auch *D. Schiek* (Fn. 32), 295, 308, die nun allerdings eben diese Thematisierung vornimmt.

¹⁵¹ Grundlegend H. C. Nipperdey (Fn. 148), aus neuerer Zeit J. Busche Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, insbesondere 151 ff.

nusses von Gütern und Leistungen.¹⁵² Ein verselbständigtes Diskriminierungsverbot wird im allgemeinen¹⁵³ Zivilrecht kaum anerkannt.¹⁵⁴ Im Grundsatz gilt vielmehr nach wie vor, dass die Vertragsschließenden von Nichtdiskriminierungspflichten frei sind.¹⁵⁵ Diskriminierungsverbote schaffen darum ein neues und eigenes Spannungsverhältnis zur Vertragsfreiheit.¹⁵⁶

Dass leidenschaftlich gestritten wird, ist vor diesem Hintergrund nicht mehr ganz so verwunderlich. Es vollzieht sich hier eine Grenzverschie-

¹⁵² L. Raiser Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 (1946), 75 (97); J. Busche (Fn. 151), 151 ff.; C. Heinrich (Fn. 28), 232 mwN; E. Picker (Fn. 49), 544. M. Wolf Gleichbehandlungsgrundsatz und Privatrechtliches Teilhaberecht, FS Raiser, 1974, 596 (609 ff.), bezieht dies über den engen Bereich der lebensnotwendigen Güter der Daseinsvorsorge hinaus auch auf sonstige zum allgemeinen Lebensstandard gehörende Güter und Leistungen. Regelmäßig wird dabei eine besondere Machtposition einer Vertragsseite vorausgesetzt; L. Raiser (Fn. 28), 8; H. C. Nipperdey Grundrechte und Privatrecht, FS Molitor, 1962, 17 (28 ff.); F. Bydlinsky (Fn. 28), 33; C. Heinrich (Fn. 28), 232; T. Bezzenberger (Fn. 55), 404. Diese resultiert insbesondere aus fehlendem Wettbewerb, s. L. Raiser Gleichheitsgrundsatz, ebenda, 93 f.; H. Otto Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, 150; BVerfG, FamRZ 1989, 1047. Den Meinungsstand im Schrifttum zusammenfassend J. Busche (Fn. 151), 291.

¹⁵³ Das Arbeitsrecht kennt vergleichsweise weitgehende Gleichbehandlungsgebote, die allerdings – mit Ausnahme des Verbots der Geschlechterdiskriminierung (§ 611a BGB) und neuerdings auch des Verbots der Diskriminierung Schwerbehinderter (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX) – erst nach Begründung eines Arbeitsverhältnisses gelten. Diese sind jedoch eher dem sozialstaatlichen, nicht dem verselbständigten Diskriminierungsschutz zuzuordnen.

¹⁵⁴ Zurückhaltende Beurteilung der Reichweite von §§ 138, 826 BGB als "Antidiskriminierungsrecht" auch bei *R. Nickel* (Fn. 18), 129 ff.

¹⁵⁵ Unzulässig sind nach verbreiteter Auffassung allerdings auch Diskriminierungen aus rassistischen Gründen, sofern sie im Einzelfall das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzen, wenn etwa Güter öffentlich angeboten und dann bestimmten Personengruppen willkürlich vorenthalten werden; s. nur H. Otto (Fn. 152), 150; T. Göksu Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, 2003. Dies kommt dem Ausgrenzungsgedanken in der Sache sehr nahe. Gleichwohl geht nach bisherigem Verständnis das zivilrechtliche und erst recht das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht nicht so weit, dass jede nachteilige Behandlung von Personen mit einem verpönten Diskriminierungsmerkmal gleich als Persönlichkeitsrechtsverletzung angesehen würde. Im allgemeinen Zivilrecht wird dieser Gedanke denn auch im Wesentlichen auf rassistische Diskriminierung beschränkt und selbst hier noch an besondere Voraussetzungen geknüpft.

¹⁵⁶ Damit bricht auch die zweite Verteidigungslinie gegen die Kodifizierung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote zusammen, die nicht deren usurpatorischen Charakter, sondern vielmehr umgekehrt geltend macht, Diskriminierungsverbote seien überflüsxsig, weil sie im Zivilrecht längst Geltung besäßen. So in der Tendenz K. v. Koppenfels (Fn. 134), 1492 ff. mwN. Allgemein zum Phänomen und zur Erklärung der gleichzeitigen Behauptung von Reform- und Traditionscharakter ein und derselben Norm K. F. Röhl Rechtssoziologie, 1987, 249 mwN.

bung zwischen als privat und als öffentlich wahrgenommenen Sphären an einem neuralgischen Punkt.

III. Normierung moralisch kontroverser Verhaltensanforderungen durch privatrechtliche Diskriminierungsverbote

Eine dritte Besonderheit der privatrechtlichen Diskriminierungsverbote besteht darin, dass sie nicht irgendeine innovative Neuregelung treffen, sondern dass eine Regel für zwischenmenschliches Verhalten statuiert wird, deren Bedeutung schon als bloß "moralische" Norm höchst streitig ist. Dass damit im Kern um eine Gerechtigkeitsfrage gestritten wird, erklärt einerseits, warum voraussichtlich folgenarmes Recht solchen Widerstand auslösen kann, lässt jedoch andererseits die Grenzen spezifisch "juristischer" Kritik an privatrechtlichen Diskriminierungsverboten noch einmal deutlich hervortreten.

Kontroverse um grundlegende Verhaltensanforderungen als Kern der Auseinandersetzung

Die Auseinandersetzung scheint zunächst alle Merkmale einer irrationalen Diskussion um bloß symbolisches Recht aufzuweisen: Nach verbreiteter Einschätzung werden die vertraglichen Diskriminierungsverbote keine allzu große Effektivität entfalten. 157 Vor allem in den Vertrags-

¹⁵⁷ S. nur G. Thüsing (Fn. 83), 260: Diskriminierung wegen des Geschlechts, 262: Diskriminierung wegen einer Behinderung; E. Eichenhofer (Fn. 79), 1084 mwN. Das bestätigen auch ausländische Erfahrungen mit Diskriminierungsverboten, s. zu Großbritannien M. MacEwen (Fn. 79), 377 ff.; S. Fredman Discrimination Law, 2002, 6, 161 ff., 194. Geringe Effektivität mangels Beweisbarkeit hielt W. Leisner (Fn. 19), 359, bereits der Kritik an der unmittelbaren Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 GG entgegen. - Nicht abschließend gelöst ist die Frage, wie sich (privatrechtliche) Diskriminierungsverbote durch verfahrens- und organisationsmäßige Ausgestaltung effektuieren lassen. Zu den z.T. in den Diskriminierungsschutzrichtlinien bereits angelegten verfahrens- und organisationsrechtlichen Vorschriften zählen Beweislastregelungen, Bestimmungen über die Einrichtung spezieller Überwachungsbehörden, Verpflichtungen zum Dialog mit Nichtregierungsorganisationen und die Einführung von Verbandsklagemöglichkeiten. Allerdings dürften sich Diskriminierungswillige auch auf die meisten Verfahrensanforderungen ohne große Anstrengung einstellen können. Zu Verfahrensregelungen P. Rädler (Fn. 18); S. Scholz Lohngleichheit durch Verfahren, 2000; E. Kocher Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten, Streit 2003, 139ff. (alle zur institutionellen Ausgestaltung des Diskriminierungsschutzes und zur Erweiterung von Klagemöglichkeiten). S. außerdem D. König Die drei EG-Antidiskriminierungsrichtlinien: Dialog mit den Nichtregierungsorganisationen - ein Mittel zur effektiven Bekämpfung von Diskriminierungen?, EuR 2004, 132ff. mwN; A. Röthel Beweislast

beziehungen kleinen Stils sind Diskriminierungen nur schwer nachzuweisen. Wer nicht gerade "töricht"¹⁵⁸ handelt, wird den Diskriminierungsverdacht regelmäßig entkräften können.¹⁵⁹ Die Chance der Beweisbarkeit privater Diskriminierung steigt bei serienmäßigen Vertragsschlüssen größerer Unternehmen, weil sich hier eher diskriminierende Tendenzen aufzeigen lassen.¹⁶⁰ Die härteste Auseinandersetzung erfolgt nun aber gerade um die "kleinen", als besonders "privat" empfundenen Vertragsgeschäfte. Es mögen die Befürworter privatrechtlicher Diskriminierungsverbote auf eine verhaltenssteuernde Wirkung der Verbotsnormen hoffen, die unabhängig von der gerichtlichen Durchsetzungsfähigkeit eintreten kann.¹⁶¹ Dieser Effekt allein erklärt aber noch kaum die starke Ablehnung seitens der Gegner. Auch die ökonomische Relevanz scheint im Kern der Auseinandersetzung um privatrechtliche Diskriminierungsverbote wenig zu interessieren. Man könnte darum meinen, die Diskussion habe sich von der Politik auf einen wohlfeilen¹⁶² Nebenkriegsschauplatz locken las-

und Geschlechterdiskriminierung, NJW 1999, 611 ff. Bedeutend ist auch die Frage nach der Sanktion unzulässiger Diskriminierungshandlungen, dazu *B. Steinbrück* Geldentschädigung bei ethnischen Diskriminierungen – Punitive damages als zivilrechtliche Sanktion?, Jura 2004, 439 ff.; *T. Hoppe* Europäischer Schutz vor sexueller Diskriminierung beim Zugang zur Arbeit, ZEuP 2002, 78 (83 ff.), mit rechtsvergleichendem Überblick.

¹⁵⁸ C. W. Canaris (Fn. 91), 99 a.E.

¹⁵⁹ Vgl. *U. Sacksofsky* (Fn. 53), Rn. 369, insbesondere Fn. 317; *C.-W. Canaris* (Fn. 19), 236; *J. Neuner* (Fn. 31), 1823: "allfällige Beweisschwierigkeiten"; s. auch *E. Picker* (Fn. 49), 543. Das Beweisproblem rührt daher, dass, wie gesehen (s. oben Fn. 77), nicht jede Handlung, die für eine geschützte Person nachteilig ist, allein deshalb untersagt werden darf. Darum muss zur Feststellung des Diskriminierungscharakters einer mehrdeutigen Handlung unter Umständen nach den schwer zugänglichen Differenzierungsmotiven gefragt werden.

¹⁶⁰ Am ehesten gelingt dies bei standardisierten Verträgen wie etwa im Versicherungsrecht, vgl. *K.-H. Ladeur* (Fn. 70).

¹⁶¹ Zum Potential rechtlicher Normen zu "sittenbildender Kraft" aus rechtssoziologischer Sicht K. F. Röhl (Fn. 156), 276f. mwN.

¹⁶² Effektive Maßnahmen des Diskriminierungsschutzes kämen den Staat teuer zu stehen. Erforderlich wären zum einen Ausgleichsmechanismen, die möglichst im Rahmen öffentlicher Transfersysteme ökonomische Lasten, wie etwa Mutterschaftskosten, von den Schultern beider Vertragspartner nehmen. Zum anderen bedürfte es einer verstärkten Anstrengung um eine "Kontextsteuerung" zur Beseitigung jener Bedingungen, aus welchen sich die ökonomische Diskriminierungsanfälligkeit, etwa von Frauen am Arbeitsmarkt, maßgeblich speist. Als Kontext in diesem Sinne gelten bezüglich der Benachteiligung von Frauen im Berufsleben all jene "Bedingungen, die [Frauen] daran hindern, eine vergleichbare Produktivität wie Männer am Arbeitsmarkt überhaupt erst anbieten zu können. Dies können Ausbildungshindernisse, überkommene Rollenvorstellungen, fehlende Transferleistungen des Staates und vieles andere mehr sein", s. M. Adams (Fn. 84), 539. Ähnlich zur Situation Behinderter V. Neumann Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, DVBI 1997, 92 (99).

sen. 163 Scheinbar paradoxerweise sind es aber häufig ein und dieselben Personen, die den Übergriff der Diskriminierungsverbote ins Privatleben bemängeln und zugleich die – also durchaus erkannte – reale Folgenlosigkeit solcher Gesetze rügen.

Um die Wirkung der Diskriminierungsverbote dürfte es am Ende jedoch weniger gehen als um etwas ganz anderes: Privatrechtliche Diskriminierungsverbote haben eine Doppelfunktion. Einerseits sind sie Instrument zur Überwindung privater Diskriminierung. Dass sie als solche nur begrenzt effektiv sind, wissen sowohl die Befürworter als auch die Gegner. Andererseits sind die Diskriminierungsverbote aber auch Normen, die besagen, "was gesollt ist"164 bzw. "was nicht gesollt ist". Es ist wohl dieser normierende, nicht der instrumentelle Charakter der Diskriminierungsverbote, um den gestritten wird. Es geht um die Kodifizierung bzw. Verhinderung einer neuen¹⁶⁵ Verhaltensnorm, die aus Sicht ihrer Gegner bislang nicht einmal als "nur moralische" Norm Gültigkeit besaß. 166 Die Frage, ob es geboten ist oder nicht, bei Vertragsgeschäften über eigene Abneigungen gegen bestimmte Personengruppen hinwegzusehen, bildet den eigentlichen Kern der Auseinandersetzung. Dass man bezüglich einer solchen Verhaltenspflicht (und sei sie auch bloß moralischer Art) geteilter Meinung sein kann, liegt auf der Hand. Es treffen hier sehr unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen aufeinander.

2. Rationalität der Auseinandersetzung um die (real folgenarme) Kodifizierung kontroverser Verhaltensanforderungen

Damit verliert die Debatte *einerseits* ihren Phantomcharakter. Zu beobachten ist hier nicht die irrationale Befassung eines über die realen ge-

¹⁶³ Pointiert K.-H. Ladeur (Fn. 70). Allgemein zur "Kostengünstigkeit" als Erklärung für symbolische Gesetzgebung R. Steinberg Symbolische Umweltpolitik unter besonderer Berücksichtigung der Beschleunigungsgesetzgebung, in: Hansjürgens/Lübbe-Wolff (Hrsg.) Symbolische Umweltpolitik, 2000, 63 (83 ff. mwN).

¹⁶⁴ Zu diesem Verständnis von "Norm" R. Alexy (Fn. 24), 43 ff., 72.

¹⁶⁵ In aller Klarheit ist dies als historischer Vorgang herausgearbeitet von K. L. McCaw (Fn. 3).

¹⁶⁶ Deutlich etwa *C. Tomuschat* (Fn. 15), 710f.: "It may well be feasible that a State abstain from any discrimination on any ground. That private citizens, however, should behave in the same way is simply unsound *even as an objective to be aimed at.* ... everyone may state his private or political preferences and aversions. ... In sum, private life is essentially based on distinctions which intimately relate to the lists of forbidden criteria" (Hervorhebung durch *Verfasserin*). AA aus philosophischer Sicht *S. Gosepath* (Fn. 18), 171 ff.

setzlichen Steuerungswirkungen getäuschten Publikums mit bloß symbolischen Akten der Politik. 167 Vielmehr ist es die dem Grunde nach plausible, unmittelbar politische Auseinandersetzung um kontroverse Verhaltensnormen an sich. Die Auseinandersetzung hat sich zwar an den Richtlinien und dem Gesetzentwurf entzündet. Der Vorgang der Gesetzesentstehung und sein mediales Umfeld bieten jedoch nunmehr bloß noch den "Austragungsort" einer unabhängig von den realen Gesetzesfolgen sinnvoll führbaren Auseinandersetzung um grundlegende Verhaltensanforderungen. Diese Auseinandersetzung ist ein politischer Vorgang, dessen Berechtigung nicht durch die reale Folgenarmut eines dabei entstehenden Gesetzes verloren geht.

3. Grenzen juristischer Argumentation angesichts des "moralischen Kerns" der Auseinandersetzung

So berechtigt der Streit damit dem Grunde nach ist, so unzureichend bleiben andererseits notgedrungen die "juristischen" Beiträge zu dieser Auseinandersetzung. Wenn die Auseinandersetzung im Kern dadurch bedingt ist, dass unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen aufeinander treffen, ist mit rechtlichen Argumenten naturgemäß nichts auszurichten. Das Recht beantwortet die Frage nach der richtigen Moral eben nicht.

Die Kritik verschleiert, wie wenig Juristen qua Profession zur Beantwortung dieser Kernfrage beitragen können, indem sie vom "moralischen Charakter" ihres eigenen Standpunkts ablenkt. Die vermeintliche Autorität der ambivalenten Recht-und-Moral-Dichotomie bemühend, wird so getan, als gehe es gar nicht um den *Inhalt* der Diskriminierungsverbotsnormen, sondern als gründe die Kritik allein auf dem formalen Bedenken gegen die Verrechtlichung moralischer Normen im Allgemei-

¹⁶⁷ Üblicherweise hat die Rede von "symbolischem Recht" die Konnotation eines getäuschten Publikums, dem der Gesetzgeber erfolgreich eigene Steuerungsleistungen vorspielt. S. nur *R. Steinberg* (Fn. 163), 64; *B. Hansjürgens/G. Lübbe-Wolff* Symbolische Umweltpolitik, in: dies. (Hrsg.) Symbolische Umweltpolitik, 2000, 11 (11f.): "... politische Inszenierung mit Bluff-Effekt ...", die "nur unter der Voraussetzung funktioniert, dass sie nicht von einer breiteren Öffentlichkeit als solche durchschaut wird ..."; ebenda, 12: "... ungedeckte Steuerungsprätention, der erzeugte falsche Schein, die nur vorgespiegelte politische Leistung, die Täuschung der Adressaten über das, was die jeweilige politische Aktivität wirklich bewirke ...". *G. Lübbe-Wolff* Erscheinungsformen symbolischen Umweltrechts, in: Hansjürgens/dies. (Hrsg.) Symbolische Umweltpolitik, 2000, 25 (25): "Umweltrecht wird ... als symbolisch bezeichnet, sofern es nicht als Instrument der Steuerung fungiert, sondern als Medium zur Vermittlung der Botschaft, dass gesteuert werde".

nen. 168 Das formale, rhetorisch vom konkreten Norminhalt gelöste Argument, mit den privatrechtlichen Diskriminierungsverboten greife das Recht unzulässig in die Sphäre des Moralischen über, mag aus Juristenfeder zunächst überzeugender klingen als die unverblümt politische Äußerung eines moralischen Standpunkts. Es bleibt die Position der Kritik indes eine Haltung zum *Inhalt* des Diskriminierungsverbots: Für die Allermeisten dürfte das formale Argument, die private Sphäre sei von Verrechtlichung freizuhalten, ohnehin bloß Hilfsargument oder gar vorgeschoben sein, um ihren inhaltlich ablehnenden Standpunkt gegenüber den Diskriminierungsverboten stärker erscheinen zu lassen. Stießen die Diskriminierungsverbote in der Sache auf Zustimmung, führte der bloße Schritt ihrer Verrechtlichung kaum zu dem hier erlebten Aufbegehren.

Auch jene, die es mit dem formalen Einwand ernst meinen, die also nicht bloß ihren ablehnenden inhaltlichen Standpunkt kaschieren, bringen jedoch in Wirklichkeit mehr als eine bloß formale Position zum Ausdruck. Die Forderung, eine bestimmte Verhaltensnorm möge nicht verrechtlicht werden, sagt etwas über den (eher geringen) Stellenwert aus, der ihr als moralischer Norm beigemessen wird; zumal der "Verrechtlichungsverzicht", wie gesehen (I. 3. b) (cc)), faktisch die Durchsetzung eines moralischen Standpunkts erschweren kann. Der Stellenwert, den man einer Verhaltensnorm einräumt, dürfte mit der Verrechtlichungsneigung sehr eng zusammenhängen. So werden die meisten etwa die Verrechtlichung des für wichtig gehaltenen Körperverletzungsverbots, viele auch die des Beleidigungsverbots gutheißen; die wenigsten würden es hingegen befürworten, das Gebot, gebrechliche Personen über die Straße zu geleiten, in Gesetzesform zu gießen. Das Gebot, Diskriminierung beim Vertragsschluss zu unterlassen, scheint auf der Bedeutungsskala der Kritiker allenfalls in diese letzte Gruppe schwacher moralischer Pflichten zu fallen.

Über die Frage, welcher Stellenwert Diskriminierungsverboten als moralische Anforderung an menschliches Verhalten zukommen soll, wird

¹⁶⁸ S. beispielhaft für die beschriebene Position *K.-H. Ladeur* (Fn. 70): "... certainly nobody can be in favour of discrimination. However, in a liberal society there is a legal rationality which is different from morality and which cannot be ignored without provoking serious doctrinal and practical problems ..."; *E. Picker* (Fn. 49), 540: "In eindrucksvoller Zerrissenheit von moralischen Skrupeln und lebenskluger Folgenbedenkung schwankt [die Mehrheit der Nachdenklichen und Zweifelnden] zwischen Befürwortung und Ablehnung des neuen Gesetzes. Denn sie verabscheut zwar jede Diskriminierung. Sie ist deshalb bereit, deren Erscheinungen zu bekämpfen. Sie beargwöhnt jedoch ein striktes und strikt überwachtes Diskriminierungsverbot auch im Bereich des Privatrechts"; ähnlich *K. Hailbronner* (Fn. 2), 254.

man weiterhin streiten. Wer hierauf allerdings gerade von Juristen eine Antwort erwartet, überfordert die Erkenntnismöglichkeiten der Rechtswissenschaft.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Auf wissenschaftlichem Niveau kann die Frage nach der moralischen "Richtigkeit" privater Diskriminierungsverbote eher von der Moralphilosophie beantwortet werden. Philosophisch grundlegend neuerdings S. Gosepath (Fn. 18), insbesondere 171 ff. Auch die Ökonomie hat unter ihren eigenen normativen Prämissen etwas zur "Richtigkeit" privatrechtlicher Diskriminierungsverbote zu sagen. Aus der breiten rechtsökonomischen Literatur zu Diskriminierungsverboten L. P. Ambinder Dispelling the Myth of Rationality: Racial Discrimination in Taxicab Service and the Efficiacy of Litigation under 42 U.S.C. § 1981, 64 Geo. Wash. L. Rev. 1996, 342ff.; J. J. Donohue Is Title VII efficient?, 134 U. Pa. L. Rev. 1986, 1411 ff.; ders. Prohibiting Sex Discrimination in the Workplace: An Economic Perspective, 56 U. Chi. L. Rev. 1989, 1337ff.; R. A. Posner The efficiency and the efficacy of Title VII, 136 U. Pa. L. Rev. 1987, 513 ff.; D. A. Strauss (Fn. 90); G. Thüsing (Fn. 83), mwN. Die ökonomische Literatur zu Diskriminierungsverboten ist kaum zu überschauen. Beispielhaft sei auf drei Titel verwiesen: K. J. Arrow What has economics to say about racial discrimination?, Journal of Economic Perspectives, Spring 1998, Vol. 12, Issue 2, 91 ff.; J. A. List The Nature and Extent of Discrimination in the Marketplace: Evidence from the field, Quarterly Journal of Economics, Feb. 2004, Vol. 119, Issue 1, 49ff.; S. J. Lundberg/R. Startz Private Discrimination and Social Intervention in Competitive Labor Markets, 73 Am. Econ. Rev. 1983, 340ff.

Leitsätze der 2. Berichterstatterin über:

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie

- (1) Dass ein starkes Spannungsverhältnis zwischen Diskriminierungsschutz und Privatautonomie besteht, lässt sich an der Auseinandersetzung um die Aufnahme von Diskriminierungsverboten ins private Schuldvertragsrecht ablesen. Der in mehrfacher Hinsicht ungewöhnliche Charakter der Debatte ist auf drei Aspekte der Kodifizierung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote zurückzuführen (I.–III.):
- Indifferenz des höherrangigen Rechts gegenüber privatrechtlichen Diskriminierungsverboten
- (2) Die Einführung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote ist durch höherrangiges Recht weder umfassend aufgegeben, noch ist sie verboten.
- 1. Gebieten höherrangige Normen privatrechtliche Diskriminierungsverbote?
- (3) Weder das europäische Primärrecht noch das Völkerrecht verpflichten zu umfassendem privatrechtlichen Diskriminierungsschutz.
- (4) Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verpflichtet mangels Schutzpflichtfunktion nicht zum Erlass privatrechtlicher Diskriminierungsverbote. Hingegen hat Art. 3 Abs. 2 GG eine objektive Dimension, die mittelbar in die Privatrechtsverhältnisse hineinwirkt, dem Gesetzgeber jedoch viel Ausgestaltungsspielraum lässt.
- Steht die Vertragsfreiheit privatrechtlichen Diskriminierungsverboten entgegen?
- (5) Diskriminierungsverbote greifen in die Vertragsfreiheit bzw. in bereichsspezifische Grundrechte ein. Der Grundrechtseingriff ist jedoch grundsätzlich rechtfertigungsfähig.
- 3. Steht der rechtliche Schutz von "Privatheit" privatrechtlichen Diskriminierungsverboten entgegen?
- (6) Schlüsselbegriff der Kritik an den Diskriminierungsverboten ist das "Private", das gegen "öffentliche Intervention" verteidigt wird.

- (7) Der verfassungsrechtliche Schutz des Privaten geht jedoch im Ergebnis nicht über die Gewährleistungen des Privatsphärenschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG) hinaus.
- (8) Durch Zuordnung einer vertraglichen Handlung zum "Privaten" lässt sich kein spezifischer Freiheitsschutz erzielen. Die verfassungsrechtliche Grenze zwischen autonom bestimmtem Privathandeln und öffentlich reglementiertem Handeln steht weitgehend zur Disposition des Gesetzgebers: Ob eine Grenzverschiebung zulässig ist, ist nicht eine Frage "privater Tabuzonen", sondern der Verhältnismäßigkeit von Freiheitsbeschränkungen.
- (9) a) Auch aus der Unterscheidung zwischen Moral und Recht ergibt sich keine verfassungsrechtlich gegen "Verrechtlichung" geschützte Sphäre des Privaten
- b) Die Vorstellung, die Öffentlichkeit könne sich durch Nichtintervention gegenüber privaten Gerechtigkeitsvorstellungen völlig neutral verhalten, ist Illusion.
- (10) Diskriminierungsverbote sind nicht deshalb problematisch, weil sie eine innere Gesinnung verlangten. Sie begnügen sich mit "äußerer Gesetzesbefolgung".
- 4. Steht der rechtliche Schutz vor ökonomischer Inpflichtnahme privatrechtlichen Diskriminierungsverboten entgegen?
- (11) Einige Diskriminierungsverbote untersagen ökonomisch rationale Verhaltensweisen. Eine Differenzierung kann ökonomisch rational sein, wenn sich das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus Sicht des Vertragspartners aufgrund besonderer Umstände schlechter darstellt als in anderen Vertragsverhältnissen.
- (12) Durch die Verhinderung ökonomisch rationaler Differenzierung wird der Vertragspartner mehr oder weniger zufällig ökonomisch für die Realisierung des (insoweit sozialstaatlichen) Diskriminierungsschutzziels in die Pflicht genommen.
- (13) Die Inpflichtnahme ist Grundrechtseingriff und bedarf der Rechtfertigung. Forderte man eine Verantwortungsbeziehung des Inpflichtgenommenen zur spezifischen Situation des Diskriminierungsgeschützten, wäre eine kompensationslose Inpflichtnahme idR unzulässig. Die "Unvertretbarkeit" einer diskriminierungsfrei zu erbringenden Leistung ist jedoch eigenständiger Rechtfertigungsgrund, der auch die mit der unvertretbaren Leistung verbundene "sekundäre" ökonomische Belastung deckt. Diese sekundäre Last bleibt für die Beurteilung der Zumutbarkeit eines Diskriminierungsverbots relevant.

II. Neuartigkeit privatrechtlicher Diskriminierungsverbote

- (14) Die Diskriminierungsverbote weisen einen neuartigen Regelungsgehalt auf und finden im allgemeinen deutschen Zivilrecht keine Vorläufer.
- Deutung der Diskriminierungsverbote als Fortentwicklung des sozialstaatlichen "Rechts der Ungleichgewichtslagen"
- (15) Privatrechtliche Diskriminierungsverbote werden unpräzise als sozialstaatliche Regelungen gedeutet und in eine Linie mit den umstrittenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Recht der Ungleichgewichtslagen gestellt. Dabei bleibt der eigene Charakter der Diskriminierungsverbote unerkannt. Das besondere Spannungsverhältnis der Diskriminierungsverbote zur Privatautonomie rührt daher, dass sie gerade nicht den dem Grunde nach akzeptierten sozialstaatlichen Charakter sonstiger Beschränkungen der Vertragsfreiheit teilen.

2. Abgrenzungen

- a) Einwände gegen sozialstaatliche Deutung
- (16) Das sozialstaatliche Etikett passt nur zu ausgewählten Diskriminierungsverboten: "Klassischer" sozialstaatlicher Schutz zielt auf das Ökonomische, auf Umverteilung von den "Habenden" zu den "Bedürftigen". Dies trifft nur auf den sozialstaatlichen "Sonderbereich" des Diskriminierungsschutzrechts zu (s. These 12).
- b) Unterschiede zum Recht der Ungleichgewichtslagen
- (17) Das Recht der Ungleichgewichtslagen schützt den Unterlegenen vor der Bindung an seine Vertragspflicht. Diskriminierungsverbote bezwecken Schutz vor Vertragsverweigerung durch das Gegenüber.
- (18) Die "Schwäche"-Merkmale der Ungleichgewichtslagen (informationelle, intellektuelle, materielle Defizite oder Angewiesenheit auf die Vertragsleistung) müssen bei Diskriminierungsopfern nicht bestehen. Privatrechtliche Diskriminierungsverbote gleichen nicht "Schwäche" aus, sondern schützen vor Benachteiligung.
- Innovativer Gehalt der gegenüber sozialstaatlichen Zielen verselbständigten Diskriminierungsverbote
- (19) Die den Diskriminierungsverboten zugrunde liegende politische Diskriminierungsschutzkonzeption wurzelt im Gleichheits-, nicht im Versorgungsgedanken. Das Diskriminierungsverbot konstituiert ein eigenständiges

Recht, von Diskriminierung verschont zu bleiben. Ziel des Diskriminierungsverbots ist nicht der Schutz gegen Vorenthaltung bestimmter Güter, sondern der Schutz bestimmter Personen vor Benachteiligung als solcher. Das "verselbständigte" Diskriminierungsverbot ist eher dem Rechtsstaat als dem Sozialstaat zuzuordnen.

III. Normierung moralisch kontroverser Verhaltensanforderungen durch privatrechtliche Diskriminierungsverbote

- (20) Diskriminierungsverbote kodifizieren Verhaltensregeln und stoßen dabei auf kontroverse Gerechtigkeitsvorstellungen bezüglich der Anforderungen an privates Verhalten. Dass im Kern um eine Gerechtigkeitsfrage gestritten wird, erklärt einerseits, warum voraussichtlich folgenarmes Recht solchen Widerstand auslösen kann, lässt jedoch zugleich die Grenzen spezifisch "juristischer" Kritik an privatrechtlichen Diskriminierungsverboten deutlich hervortreten:
- (21) Die Auseinandersetzung trägt scheinbar irrationale Züge, weil sie sich gerade auf jene "nur symbolischen" Diskriminierungsverbote konzentriert, deren Verletzung sich kaum nachweisen lässt. Gestritten wird jedoch nicht um den erkanntermaßen schwachen instrumentellen, sondern um den normierenden Charakter der Diskriminierungsverbote. Diese kodifizieren eine Verhaltensnorm, die aus Sicht ihrer Gegner bislang nicht einmal als "nur moralische" Norm Gültigkeit besaß.
- (22) Einerseits ist eine Auseinandersetzung um die normierende Kodifizierung privater Diskriminierungsverbote trotz deren realer Folgenlosigkeit dem Grunde nach rational, weil in dieser Auseinandersetzung implizit der inhaltliche Streit um eine kontroverse Verhaltensnorm politisch ausgetragen wird.
- (23) Andererseits ist jedoch in einer Auseinandersetzung um Gerechtigkeitsvorstellungen mit rechtlichen Argumenten nichts auszurichten. Die juristische Kritik verschleiert, wie wenig juristische Argumente zur Beantwortung der Kernfrage des Konflikts beitragen können: Sie lenkt vom "moralischen Charakter" des eigenen Standpunkts ab, indem sie das (scheinbar) nur formale Bedenken gegen die Verrechtlichung moralischer Normen im Allgemeinen in den Vordergrund stellt (s. These 9 b).

3. Aussprache und Schlussworte

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie

Vorsitzender (Hufen): Liebe Kolleginnen und Kollegen. Wir stehen am Anfang der Diskussion zu zwei sehr spannenden Referaten, denen doch gemeinsam war, dass sie sich bei aller Spannung in bemerkenswerter Weise von der schrillen Aufgeregtheit einiger zivilrechtlicher Kollegen beim Thema "Diskriminierungsschutz und Privatautonomie" abhoben. Gestern und heute war schon viel von der Steuerungsfähigkeit des Rechts vor dem Hintergrund knapper Ressourcen die Rede. Ich bin exakt in dieser Situation, ich habe mehr Wortmeldungen als wir Zeit haben. Ich hoffe aber wie der gute Gesetzgeber auf die Einsichtsfähigkeit der Adressaten, dass sie ihr Kontingent ohne jede Diskriminierung - auch freiwillige Diskriminierung - nicht ganz ausschöpfen und dass wir insofern nicht formale Restriktionen der Zeit einführen müssen. Was die Gliederung der Diskussion angeht, meine ich, dass sich wieder die drei Gruppen Grundsatzfragen, verfassungsrechtliche Probleme und einzelne Fallgruppen der Diskriminierung anbieten. Ich habe zu den drei Gruppen eine ganze Reihe von Wortmeldungen. Herr Morlok ist der Erste, denn er hat sich zum Vergleich der beiden Referenten gemeldet und das hat man am Anfang immer gerne.

Morlok: Herr Vorsitzender, ich nehme an, der Vorstand hat dieses Thema ganz bewusst an den Schluss gesetzt, weil es so ein spannendes Thema ist, und er hat sich ganz bewusst diese beiden Referenten ausgesucht, in der offensichtlich richtigen Meinung, sie seien in der Sache verschiedener Auffassung. Das für mich Bemerkenswerte war, dass in dieser politisch so heiß umstrittenen Frage beide Referenten in den juristischen Themen zu identischen Ergebnissen kamen. Manche Thesen kann man direkt nebeneinander stellen, und weiß nicht, von wem sie sind. Das bringt mich dazu, ein doppeltes Lob auszusprechen: Zum Einen ein Lob für unsere Dogmatik. Offensichtlich ist es möglich, in politisch heiklen Fragen – wenn man unser Handwerkszeug solide beherrscht – als Jurist doch zu gleichen Ergebnissen zu kommen, auch wenn man in der Sache verschiedener Auffassung ist. Und zum Zweiten zeigt dieses Ergebnis natürlich auch, dass beide Referenten unser Instrumentarium perfekt beherrschen, dass sie ihre politischen Neigungen und Emotionen nicht ha-

ben durchschlagen lassen auf die iuristischen Ergebnisse. Im Ergebnis beider, dass es sich um eine rechtspolitische Frage handele - um die Frage, in welchem Ausmaß man die öffentliche Moral regulieren soll besteht auch kein Unterschied. Ein Unterschied ist freilich, was mit diesem Befund gemacht wird. In dieser Hinsicht fand ich sehr schön, dass Frau Britz einen Schritt weiter gegangen ist, indem sie gefragt hat: Welche Gründe mag es geben für oder gegen eine solche Stellungnahme des Rechts in moralischen Fragen? Das heißt auch, dass da, wo wir als Juristen am Ende sind, die vernünftige Diskussion nicht aufhören muss. Um auch noch etwas Kritisches zu fragen, Frau Britz: Sie haben ja die Trennung von Recht und Moral, wenn ich das richtig verstanden habe, als Argument verworfen mit dem wesentlichen Grund, die rechtliche Enthaltsamkeit sei moralisch nicht neutral. Das ist völlig richtig, dass sie nicht neutral ist. Aber ist nicht die Pointe der Trennung von Recht und Moral, dass eine moralisch einseitig bestehende, faktische Lage vom Recht eben hingenommen wird? Dankeschön.

Vorsitzender: Dankeschön, Herr *Morlok*. Die politischen Neigungen und Emotionen der Referenten sind – und waren – dem Vorstand unbekannt. Jetzt kommen wir zu weiteren Grundsatzfragen, dazu haben sich folgende Kollegen gemeldet: Herr *Ladeur*, Herr *Starck*, Herr *Kotzur* und Herr *Steiger*, in der Reihenfolge.

Ladeur: Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich möchte eine Anmerkung zu dem Referat von Frau Britz machen. Gestern haben wir - so habe ich jedenfalls das Referat von Herrn Enders verstanden - gehört, dass der Staat kraft seiner Sozialstaatlichkeit eigentlich verpflichtet ist, zu umfassender Herstellung von Chancengleichheit beizutragen. Da habe ich das Gegengewicht der liberalen Freiheitsrechte ein wenig vermisst, das wird dann letzten Endes nur noch zu einer Frage der Verhältnismäßigkeit und damit der Maßstabslosigkeit. Frau Britz ist noch etwas weiter gegangen, indem sie gesagt hat, dass das Private nur kraft Delegation frei ist; dann haben wir also Freiheit kraft öffentlicher Delegation. Das bedürfte vielleicht doch noch einer gewissen kritischen Einschränkung und dann bleibt schließlich nur noch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, und die Grundrechte werden völlig entleert. Frau Britz, sie haben leider noch einen sehr wichtigen verfahrensrechtlichen Aspekt nicht erwähnt - ich weiß allerdings nicht, ob der auch in dem neuen Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes noch enthalten ist; in dem alten war er jedenfalls enthalten. Ein solches Gesetz kann natürlich nur funktionieren, wenn man dem ersten fatalen Schritt - auf der materiell-rechtlichen Ebene - noch einen zweiten im Verfahrensrecht folgen lässt, und der bestand in dem ursprünglichen Entwurf – ich nehme an, dass er ietzt auch noch darin ist – in einer Vermutungsregel für die Diskriminierung. Das heißt also, jemand, der einen Vertrag abgeschlossen hat, mit einer Person, die nicht dem Diskriminierungsschutz unterliegt, und einen anderen dabei übergangen hat, muss beweisen, dass das nicht in böser, also diskriminierender Absicht erfolgte. Das ist eigentlich der fatale Aspekt, der in der Diskussion zu sehr zurückgetreten ist, und das hängt auch mit den grundsätzlichen Fragen nach der Art der Freiheit zusammen, die die Grundrechte gewährleisten. Da geht es eben nicht nur um den Schutz des Einzelnen gegenüber dem Staat, sondern es geht auch darum, dass Prozesse zwischen Bürgern nicht der Kontrolle des Staates unterliegen – aus den Gründen, die sich eben hier zeigen. Es ist eine Grenze der staatlichen, hier: gerichtlichen Fähigkeit zur Verarbeitung von Wissen zu berücksichtigen. Zwischen Individuen wird auch eine Vielzahl von impliziten Botschaften kommuniziert. Wenn dies im gerichtlichen Verfahren rekonstruiert wird, ist die Gefahr von Verfälschungen groß. Das führt zu einer Unberechenbarkeit jedenfalls für den durch die Vermutungsregel belasteten Vertragspartner. Man kann sich das ohne weiteres ausmalen, was das bedeutet, das wird auch von den Protagonisten teilweise eingeräumt. Letzten Endes ist es, und das führt auch zur Frage der Effektivität zurück, aber ein sehr problematisches Argument, zunächst eine neue Grundsatzregelung einzuführen, aber Einwände damit zu beantworten. dass das Gesetz eigentlich gar keine Wirkung haben werde, weil es von den Klugen leicht unterlaufen werden könne. Ich glaube in der Tat, dass das Gesetz gar keine besondere Wirkung haben wird. Das sollte uns aber nicht der Sorge entheben, die damit zusammenhängt, denn es wird letzten Endes dazu führen, dass die Vorsichtigen vermeiden werden, überhaupt in Kontakt zu einer der begünstigten Personen zu kommen, und nur die Dummen, die daran nicht denken, die einfach einen Aushang machen, wenn sie eine Wohnung anbieten, die werden unter dieses Gesetz fallen; die Schlauen werden von vornherein dafür sorgen, dass sie z.B. ihre Wohnungen im Bekanntenkreis anbieten, um sich gar nicht erst diesem Risiko auszusetzen. Die Sorge ist aber auch verständlich: Das muss man sich einmal vorstellen: Da hat ein Vermieter einen Vertrag abgeschlossen, und nun kommt jemand, der begünstigt ist, und sagt: "Ich verlange, dass meine Rechte aus dem Antidiskriminierungsgesetz beachtet werden." Das führt zu einer ganz erheblichen Verunsicherung der Vertragsbindung. Wie soll er die Vermutung der Diskriminierung widerlegen? Was kann er beweisen? Was muss er beweisen? Es gibt eben schon gute Gründe dafür, dass der Staat im Bereich des Privatrechts keine Motivforschung betreiben darf.

Vorsitzender: Vielen Dank, das war schon sehr speziell. Herr *Starck* stellt jetzt die Frage der Gesetzgebungslehre.

Starck: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich werde versuchen, nur das grüne Licht auszunutzen. Ich bedanke mich für zwei sehr anregende Referate und möchte der Kürze halber nur auf das Referat von Frau *Britz* eingehen. Zunächst einmal möchte ich als sehr positiv hervorheben, dass Frau *Britz* so deutlich unterschieden hat zwischen der sozialstaatlichen und der Antidiskriminierungslinie. Das sind zwei vollständig verschiedene Dinge – dies ist weitgehend anerkannt. Das andere, was im Prinzip auch richtig war, ist, dass Sie zwischen Moral und Recht unterschieden und hervorgehoben haben, dass das Recht moralische Kategorien aufnehmen kann. Unser ganzes Strafrecht, das Zivilrecht, die Interessenabwägungen im Umweltrecht usf. haben ihre Grundlage in der Moral; das ist schon immer so gewesen.

Ich aber habe Bedenken gegen das, was Sie dann gesagt haben, zu den verschiedenen Antidiskriminierungsregelungen. Sie haben gesagt, das sei für die Privaten gar nicht so schlimm, weil die Antidiskriminierungsregelungen weitgehend real folgenlos seien oder weil sie begrenzt effektiv seien. Denn der Nachweis der Diskriminierung werde regelmäßig scheitern. Sie müssen aber berücksichtigen, dass die Regelungen normierend wirken. Hinter der Kritik an diesen Regelungen vor allem durch die Zivilrechtler steckt die Befürchtung, dass im zweiten Schritt doch versucht wird, schärfer nachzuprüfen, und die Zivilrechtler mit ihrer scharfen Kritik Recht behalten. Wenn man aber den "zweiten Schritt" nicht in Betracht zieht, dann kommt doch die Gesetzgebungslehre in den Blick. Die Gesetzgebungslehre fordert, dass Gesetze so gemacht werden, dass sie effektiv sind. Wenn Sie jetzt die Qualität der Regelungen geradezu darin sehen, dass sie nicht effektiv sind, kann der ganze Ansatz nicht stimmen. Ich glaube, das können Sie uns nicht anbieten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Starck*. Herr *Kotzur* spricht zur kategorialen Scheidung der Grundrechtsbindung von Privatrecht und Vertragsrecht.

Kotzur: Vielen Dank. Beide Referate haben mich so außerordentlich beeindruckt, dass jedes Lob meinerseits vermessen wäre und ich nur eine kleine kritische Nachfrage an Herrn *Jestaedt* wage – und zwar zu den Thesen 10 bis 12, insbesondere zu These 11. Sie haben dort, im Ergebnis sehr überzeugend, eine Asymmetrie der Rechtfertigungslasten im Bereich der Grundrechtsbindung – Staat-Bürger-Verhältnis, Bürger-Bürger-Verhältnis – konstatiert. Ich frage mich, ob diese Asymmetrie nicht vielleicht doch grundrechtsgeprägt sein könnte. Sie haben als Prämisse eine kate-

goriale Scheidung der Grundrechtsbindung bei staatlich gesetztem Privatrecht und von Privaten gesetztem Vertragsrecht gewählt. Doch ist diese Scheidung tatsächlich so kategorial? Ist es nicht die Verfassung als solche - iede Verfassung, nicht etwa nur die europäische -, die einen "Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" eröffnet und den Bürgern damit genau jenen Gestaltungsfreiraum gibt, in dem sie selbst Recht zu setzen und Verträge zu schließen imstande sind? Dafür gewährt die Verfassung ihren Bürgern ja auch, wie das deutsche Grundgesetz in Art. 19 Abs. 4 GG und andere Verfassungen in vergleichbaren Klauseln, den effektiven Rechtsschutz. Erlauben Sie mir, meine Frage an einem etwas zugespitzten rechts- bzw. tatsachenvergleichenden Beispiel zu verdeutlichen: In den Vereinigten Staaten ist vieles "größer" und "besser" als bei uns, nicht nur die Supermärkte und Einkaufsmeilen. Es gibt auch großräumige private Siedlungen, die nicht auf öffentlichem Baurecht, sondern dem privatem Zusammenschluss der dort Wohnenden beruhen. Da sind immer diese "hübschen" Kontrollhäuschen aufgestellt, die für Sicherheit zu sorgen wollen. Sie sollen missliebige Eindringlinge jedweder Art abhalten. Den US-Supreme Court hat immer wieder einmal der Fall beschäftigt, ob durch solche "private housing areas" bzw. "private housing agreements" nicht allzu viel vom öffentlichen Raum privatisiert wird, denn die Siedlungen sind oft so groß wie bei uns ganze Dörfer oder Kleinstädte. Wenn dort nun keine Farbigen oder ethnischen Minderheiten wohnen, wenn dort nun keine politischen Stellungnahmen verbreitet werden dürfen, Demonstrationen nicht möglich sind, besteht dann nicht die Gefahr, dass die Grundrechte aus einem maßgeblichen Teil des öffentlichen Raums verdrängt werden? Ich frage mich: Wenn man bei der von Herrn Jestaedt vorgeschlagenen kategorialen Scheidung bleibt, wird dann nicht letztlich durch private Verträge ein Raum eröffnet, in dem für das Verfassungsrecht kein Raum mehr bleibt? Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Kotzur*. Das war schon eine gute Überleitung zu der nächsten Gruppe. Herr *Steiger* und Herr *Lange* haben sich zur Grundsatzfrage von Recht und Moral gemeldet.

Steiger: Vielen herzlichen Dank. Ich bedanke mich für beide Referate ganz herzlich. Die zunehmende Moralisierung des Rechts, die Sie vielleicht etwas beklagen, Herr *Jestaedt*, wenn ich diesen Leitsatz 20 und ihre Äußerung dazu richtig verstanden habe, ist etwas, was – Herr *Starck* hat das schon erwähnt – überall vorhanden ist, aber deswegen auch um sich greift bei uns, weil wir eben eine Pluralisierung der Moralvorstellungen haben und damit ein Aktionsfeld, in dem die Gesellschaft zusammenhält, nicht mehr ganz sicher ist. Dann weichen wir ins Recht aus. Das Verhält-

nis von Recht und Moral, das sieht man daran, ist, denke ich, zwar philosophisch-kategorial relativ klar – auch da würde ich sagen, nur relativ – aber es ist historisch immer neu zu bestimmen. Wir sollten gerade in unsere Diskussion auch die philosophischen und auch die historischen Dimensionen doch stärker einschließen. M.E. ist die Privatautonomie so, wie wir sie heute kennen - und da würde ich Ihnen auch ein wenig widersprechen, Herr Jestaedt - ein Ergebnis des 19. Jahrhunderts und natürlich in der Verwirklichung des Liberalismus und seiner Grundrechtsvorstellung, auch des Naturrechts vielleicht. Aber wenn wir etwas weiter zurückschauen und in andere Bereiche, dann ist gerade das Naturrecht ein Ansatz, in dem wir sehen, dass es sich so mit der Privatautonomie wie sie sich bei uns im BGB niedergeschlagen hat, aber dann mehr und mehr reduziert worden ist, vielleicht doch nicht immer – historisch jedenfalls – so eindeutig verhält. Aber das zweite ist, dass meines Erachtens es nun doch eine Frage des Rechts und nicht der Moral ist, mit der wir es hier zu tun haben. Und das versuche ich ganz kurz nur philosophisch mit dem Rückgriff auf Kants Definition des Rechts: Das ist nämlich die Vereinbarkeit der Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Prinzip der Freiheit. Und diese Freiheit ist die Freiheit der Menschen, nicht der Menschen mit irgendwelchen Kriterien. Hermann Jahrreiss hat in den frühen Jahren von den "gleich Freien" gesprochen. Das ist die Vorstellung: Der Mensch ist gleich frei. Wenn es sich nun ergibt, dass durch unser Recht oder das Verhalten von Menschen es plötzlich Anknüpfungspunkte im Verhalten gegeneinander und dann auch im rechtlichen Verhalten gegeneinander gibt, die nicht in der Vernunftgleichheit der Menschen - das ist ja der eigentliche Grund der Gleichheit, bei Kant jedenfalls und auch in der Naturrechtstradition - und der allgemeinen Freiheit ihren Grund haben, sondern in anderen Kriterien, dann ist es, glaube ich, eine Frage des Rechts, und insofern stimme ich Ihnen, Frau Britz, voll zu, dort eingreifen zu müssen - oder eingreifen zu dürfen um den sozialen Zusammenhang eines Staates und einer Gesellschaft aufrecht zu erhalten. Ich glaube insofern, und das ist nun der einzige Kritikpunkt, den ich eigentlich an sie zu richten habe, Frau Britz, ist es doch eine Frage der Rechtswissenschaften, zu denen die Rechtsphilosophie und die Rechtsgeschichte mit hinzugehören.

Lange: Ich kann mich ganz kurz fassen. Ich frage mich, ob dem Graben zwischen Moral und Recht hier nicht einfach zu viel Bedeutung beigemessen wird. Es besteht ja offenbar Einverständnis darüber, dass der Umstand, dass eine Frage eine Frage der Moral ist, sie nicht ohne weiteres der rechtlichen Regelung entzieht. Es kommt wohl auch darauf an, welche Freiheit, unterschiedliche moralische Vorstellungen zu vertreten,

man beanspruchen kann, und ich tue mich wirklich schwer, mir vorzustellen, dass jemand sich auf Moral beruft, wenn er eine Benachteiligung einer anderen Person wegen Alters, wegen Geschlechts, wegen der Rassenzugehörigkeit vornehmen will. Das scheint mir keine Frage der Moral zu sein, denn ich glaube, es besteht im Grunde genommen Einverständnis zwischen allen, dass man sich in diesem Punkt nicht darauf berufen kann. Es mag sein, dass hier andere Gesichtspunkte eine Rolle spielen, wie eine überzogene Vorstellung von einer Privatheit, derzufolge man auch für Positionen, die moralisch kaum vertretbar sind, Entscheidungsfreiheit haben möchte und sich insofern nichts vom Staat vorschreiben lassen will, aber das ist meines Erachtens ein anderer Aspekt. Also ich meine, dass der Graben, wie er diskutiert worden ist, zwischen Moral und Recht, nicht etwa dadurch respektiert werden müsste, dass rechtliche Regelungen hier verhältnismäßig ineffektiv bleiben, sondern ich denke, dass dieser Graben so gar nicht besteht.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Lange. Herr $Gro\beta$ hat sich zum rechtsstaatlichen und demokratischen Grundverständnis gemeldet und leitet damit über zu den konkreten verfassungsrechtlichen Themen.

Groß: Ich denke, wir sind uns einig, dass beide Referate von einem liberalen Grundrechtsverständnis ausgegangen sind, und wahrscheinlich würden auch beide - Referentin und Referent - bei konkreten Fallkonstellationen überwiegend zu vergleichbaren Ergebnissen kommen. Dennoch, denke ich, liegen unterschiedliche Konzeptionen der Grundrechte, aber letztlich auch der Staatsstrukturentscheidungen zugrunde, und ich will jetzt doch vom Bezug zum Generalthema des Sozialstaates ausgehen. Das traditionelle Thema des Sozialstaates ist ja die Schaffung der faktischen Voraussetzungen von Gleichheit. Wir sind es aber sehr stark gewohnt, das zu beziehen auf die ökonomische Heterogenität, auf die Unterschiede zwischen Arm und Reich, zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, ökonomisch benachteiligten und ökonomisch leistungsfähigen Gruppen. Hier geht es aber um andere Ungleichheiten. Hier geht es um soziale Heterogenität von Gruppen, die guer zu diesen Unterscheidungen liegen. Dort wird nicht unmittelbar auf staatliche Leistungen als Ausgleichsmechanismus zurückgegriffen, was unser traditionelles sozialstaatliches Verständnis ist, sondern den Beteiligten werden selber Rechte verliehen, um sich gegen Diskriminierung zu wehren. Auch das scheint mir aber letztlich ein sozialstaatliches Anliegen zu sein, um Gleichheit durchzusetzen. Es ist nur ein anderer Mechanismus, aber im Grunde genommen ein sehr moderner Mechanismus, nämlich nicht den Staat als Fürsprecher und als mit Leistungen Versorgenden einzusetzen, sondern den Staat als Regelungsinstanz, der den Betroffenen selbst Rechte verleiht, um sich gegen Ungleichbehandlung zu wehren.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Groß*. Als Überleitung vom rechtsphilosophischen zum konkreten staatsrechtlichen Teil hat sich Herr *Nettesheim* zum Thema Integration gemeldet.

Nettesheim: Herr Vorsitzender, sehr verehrte Kolleginnen und Kollegen, ich glaube Sie stimmen mir darin zu, dass wir zwei wahrhaft brilliante Referate gehört haben. Zunächst hat Herr Jestaedt in der ia von ihm doch bekannten Art messerscharf mit grundrechtsdogmatischem Ansatz die verfassungsrechtlichen Grenzen herausgearbeitet, die der Gesetzgeber auf europäischer und nationaler Ebene bei dem Erlass von Antidiskriminierungsgesetzen zu beachten hat. Anschließend und wunderbar ergänzend hat Frau Britz dann herausgearbeitet, welche verfassungstheoretischen Erwägungen hinter dem Diskriminierungsschutz stehen. Und ich gebe Ihnen ganz Recht und wollte gerne daran anknüpfen. Sie haben den Begriff "Ausgrenzung" erwähnt – ich würde es positiv formulieren, dass hinter dieser Gesetzgebung die Idee der Integration steht, einer Integration von Gruppen, die aus mannigfaltigen Gründen benachteiligt sind. Der verfassungstheoretische Zusammenhang von Integration und Diskriminierungsschutz tritt deutlich hervor, wenn man einen Blick in die amerikanische Verfassungsrechts- und Verfassungstheoriediskussion wirft und zur Kenntnis nehmen muss, dass die Antidiskriminierungsgesetzgebung dort der Überwindung gesellschaftlicher Spaltungen, der Einbeziehung von bislang gesellschaftlich nicht integrierten Gruppen, ja auch der Durchsetzung gleicher gegenseitiger Anerkennung als Mitglieder einer politischen Gemeinschaft diente. Antidiskriminierungsgesetzgebung sollte der Fragmentierung der politischen Gemeinschaft entgegenwirken und hatte deshalb eine zutiefst demokratische Funktion. In ihr spiegelte sich das Wissen, dass ohne Chancengleichheit im Wirtschaftlichen alle Gleichberechtigung bei den politischen Partizipationsrechten verpuffen müsste. Antidiskriminierungsgesetzgebung bildete den Kern einer - in den letzten Jahren immer weiter ausgebauten - Rechte-basierten Politik moralischer Anerkennung. Dies geschah allerdings vor einem Staats- und Gesellschaftsverständnis, das sich tiefgreifend von unserem Verständnis unterscheidet. Zwar liegt der Versuch einer Übertragung dieser Gesetzgebung nach Europa nahe; man muss sich allerdings der andersgearteten rechtlichen und gesellschaftlichen Ausgangslage ebenso wie der Unterschiedlichkeit der Probleme bewusst sein. Nicht immer scheint dieses Bewusstsein in hinreichendem Maße entwickelt. Zwar setzt die Europäische Union heutzutage in Art. 13 des EG-Vertrags, darüber hinaus aber auch

in ihrer Rechtsetzung stark auf dieses Instrument. Dies allerdings in einer Situation, in der die im Amerika der fünfziger Jahre vorliegenden Spaltungen nicht zu verzeichnen sind. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welchen Zweck die Union damit verfolgt? Es scheint mehr um die Verstärkung der europäischen Identität der Bürger Europas als der Überwindung tatsächlicher Gräben innerhalb einer politischen Gemeinschaft zu gehen. In anderen Worten: Der Diskriminierungsschutz hat vertikale, nicht aber horizontale Funktion. Insofern muss man ihn in den Kontext der Diskussion über demokratische und sonstige Legitimation in Europa stellen. Inwieweit steigert die EU durch derartige Aktivitäten wirklich ihre demokratische Legitimation? Mir ist zweifelhaft, ob sich die Grundursache der Distanz zwischen der Union und ihren Bürgern durch eine derartige Politik der Sicherung horizontaler Anerkennung wirklich beseitigen lässt. - Auch mit Blick auf die deutsche staatsrechtliche Diskussion stellt sich, sehr verehrte Kolleginnen und Kollegen, die Frage, inwieweit das von uns diskutierte Instrument in der Verfassungskultur der Bundesrepublik einen Platz haben kann. Auf der einen Seite spricht manches für die Annahme, dass man in Zeiten, in denen die Bindungswirkung der Idee der Nation zurückgeht und sich gesellschaftliche Heterogenität sowie eine Pluralisierung der Lebensstile ausbreiten - erinnern wir uns an die Diskussion in St. Gallen -, über die Zweckmäßigkeit Rechte-basierter Integrationsmittel zur Absicherung der Rolle als gleichberechtigtes Mitglied der Gemeinschaft und zur Beseitigung von Benachteiligungen nachdenken muss. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass die Antidiskriminierungsgesetzgebung iedenfalls in Bereichen, in denen die gesellschaftliche Diskussion über das, was moralisch geboten ist, so offen ist, möglicherweise einen höheren Preis hat (nämlich einen Verlust an selbstbestimmter Freiheit), als sie Gewinn erzielt. Es geht nicht abstrakt um das Verhältnis von Recht und Moral; es geht auch nicht um Verschiebungen zwischen diesen Kategorien; es geht vielmehr um die Frage: Kann ein solches Integrationsmittel angesichts der Umstrittenheit der in der Antidiskriminierungsgesetzgebung thematisierten Fragen in unserer Gesellschaft wirklich integrierend wirken? Ein letzter Punkt: Wenn man das so begreift, dann scheint es mir hier letztlich nicht um rechtsstaatliche Fragen, sondern um demokratietheoretische Fragen zu gehen - wohl wissend nicht im Sinne eines engen, dogmatischen Demokratiekonzepts, wie Herr Jestaedt es in seiner Dissertation entfaltet hat, wohl aber im Sinne der Entfaltung und Sicherung der gleichen Anerkennung aller Bürger in einer politischen Gemeinschaft. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Nettesheim*, für das hier besonders wichtige Stichwort "Integration". Herr *Schoch* jetzt zur Grundrechtsdogmatik unseres Themas.

Schoch: Verehrte Kolleginnen und Kollegen, ich möchte zur grundrechtlichen Fundierung des Referats von Frau *Britz* einige Fragen stellen. Vorweg gestehe ich, dass ich vieles nicht verstanden habe, füge aber gleich hinzu, dass das wohl an mir liegt. Zunächst eine Vorbemerkung: Frau *Britz*, Sie haben vielfach mit Unterstellungen und Spekulationen über die Motive der an der Diskussion Beteiligten hantiert. Ich möchte ausdrücklich zu Protokoll geben, dass ich nicht zu denjenigen gehöre, die formale Argumente vorschieben, obwohl sie in Wahrheit inhaltliche Einwände zum Thema "Diskriminierungsschutz" haben.

Erster Punkt: Ich habe Zweifel an der Richtigkeit Ihrer These 7. Sie haben den Schutz des Privaten in einer Art "Entdifferenzierung" allein Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet. Wir kennen jedoch viele Bereiche des Privaten, die nicht nur durch Art. 2 Abs. 1 GG und – was hier vielleicht keine große Rolle spielt – Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG geschützt sind, sondern es gibt gerade im Zusammenhang mit unserem Thema eine ganze Reihe von Verhaltensweisen, die zumindest durch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sind. Deshalb bitte ich um Aufklärung, warum Sie den Schutz des Privaten auf Art. 2 Abs. 1 GG reduzieren und die anderen grundrechtlichen Schutzbereiche ausblenden.

Zweiter Punkt: Mein zentraler Einwand bezieht sich auf Ihre These 8. Man könnte sagen, es handelt sich dabei um eine Argumentation auf der Linie der Glykol-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Der Freiheitsschutz (Schutzbereich, Schutzgehalt) wird vom Gesetzgeber definiert; also: Grundrechtsschutz schon auf der Schutzbereichsebene nach Maßgabe des Gesetzes! Sie haben dazu davon gesprochen, dass der Gesetzgeber die Grenzen festsetzt. Wenn das richtig ist, haben wir konsequenterweise keinen Grundrechtseingriff. Die weitere Konsequenz im Sinne des liberalen Grundrechtsverständnisses wäre, dass wir keine Rechtfertigung brauchen. Jetzt sprechen Sie aber in These 8 nicht nur von der Bestimmung des Freiheitsschutzes durch den Gesetzgeber, sondern – am Ende der These – auch von Freiheitsbeschränkungen und von dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Ich bitte um Aufklärung, welche Rolle dem Gesetzgeber nun in Ihrem Konzept zukommt.

Dritter Punkt: Eng zusammen damit hängen Ihre Thesen 11 und – vor allem – 13. Bei der ökonomisch motivierten Inpflichtnahme Privater sprechen Sie, ganz traditionell, vom Grundrechtseingriff und von der Rechtfertigungsbedürftigkeit. Nun sind wir also, wenn ich das richtig verstehe, im traditionellen grundrechtlichen Schutzkonzept. Meine Frage

lautet: Wieso erfolgt die klassische Grundrechtsprüfung nur unter dem ökonomischen Aspekt? Wo ist das Ökonomische verfassungsrechtlich privilegiert? Mir erschließt sich nicht, wieso andere Verhaltensweisen anders behandelt werden sollen. Sie sprechen in Ihren Thesen ausdrücklich nur ökonomisch motivierte Verhaltensweisen an; wieso sollen diese privilegiert sein?

Vierter Punkt: Ganz kurz nur; ich habe Zweifel an der Richtigkeit Ihrer These 19, dass also der Diskriminierungsschutz um seiner selbst Willen besteht. Wir wissen, dass das Europarecht sehr stark funktional ausgerichtet ist. Es geht der Richtlinie 2000/43/EG um den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Ich bitte um Erläuterung, warum Sie das Ziel der Richtlinie auf den Schutz vor Benachteiligungen als solchen reduzieren.

Letzter Punkt: Mit Verlaub, Frau *Britz*, zu Ihrer Aussage, wer sich schlau verhalte, entziehe sich dem ganzen Regelungsgeflecht; Konsequenz: die Dummen trifft es. Sie haben das, Frau *Britz*, zweimal erwähnt. Ich meine nicht, dass das eine Kategorie ist, mit der wir verfassungsrechtlich arbeiten sollten, dass es beim Diskriminierungsschutz letztlich auf die Klugheit oder Schläue der Menschen ankommt und andere eben anders behandelt werden. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Schoch, für diese kritischen Bemerkungen zu Frau Britz. Da trifft es sich sehr gut, dass Herr Geis jetzt kritische Bemerkungen zu Herrn Jestaedt angekündigt hat.

Geis: Nein, Herr Vorsitzender, verehrte Kolleginnen und Kollegen, das wird ganz maßvoll. Ich fand beide Referate sehr gut und anregend; aus Zeitgründen beschränke ich mich auf Herrn Jestaedt, und zwar These 18 und 19. Ich fand es sehr verdienstvoll, dass hier gewissermaßen der abstrakte Konflikt Diskriminierung contra Privatautonomie herunter gebrochen wird auf Maßstäbe, mit denen man auch dann im Einzelfall den Konflikt lösen kann. Sicherlich muss man da vielleicht noch das eine oder andere austarieren, aber das gibt doch gewisse Handlungsdirektiven bei der Abwägung zwischen beiden Rechtsgütern. Nur deswegen allerdings eine kleine kritische Anmerkung zu These 19, Spiegelstriche 3 und 4. Wenn das Hauptproblem der Konflikt zwischen Diskriminierung und Diskriminierungsverbot und Privatautonomie ist, und ein Maßstab dann dafür die grundrechtlich geschützte Haltung sein soll, wozu ja die Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG - mindestens Art. 2 Abs. 1 GG - auch zählt, dann haftet dem etwas Zirkelschlussartiges an: Hier wird der Konflikt und der Maßstab im Sinne einer petitio principii verbunden. Man müsste dann vermutlich das grundrechtlich geschützte Element konkretisieren, also z.B. auf Religionsfreiheit, kommt dann natürlich wieder in

die andere Schwierigkeit, etwa Sätze wie "Scientologen kaufen nur bei Scientologen" usw., wieder abgrenzen zu müssen. Hier müsste man vielleicht etwas präzisieren, welcher Art diese grundrechtlich geschützten Haltungen oder Lebensweisen sind – qualifiziert vermutlich.

Der nächste Spiegelstrich – da habe ich auch gestutzt – und zwar die "unbefangene Wahrnehmung der Vertragsfreiheit". Das bringt eine ganz andere Flanke in die Diskussion, fast rechtsanthropologisch: Welcher Vertragspartnertyp wird vorausgesetzt? Ich habe mir gedacht, das ist so etwa der Vertragspartner Typ "Hans im Glück", der hier zur Abgrenzung herangezogen wird – die Märchenfigur wohlgemerkt, nicht der Finanzminister. Was ist hier mit der Unbefangenheit? Das ist ja hier ein abgrenzender Rechtsbegriff und den müsste man sicherlich konkretisieren, ansonsten ist das ganze irgendwie eine vertragsparadiesische Utopie. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Geis.* Herrn *Dederer* als Nächstem geht es um den Kernbereich privater Lebensgestaltung, bevor dann eine Gruppe sich um die Dogmatik der Diskriminierungsverbote kümmern will; das sind Herr *Classen*, Herr *Streinz* und Frau *Mager*.

Dederer: Wir haben zwei sehr spannende, spannungsreiche Vorträge gehört, ich wollte mich aber nur an Frau Britz wenden und Ihren Argumentationsgang etwas stören. Ich setze an Ihre These 8 an: Sie schreiben. die verfassungsrechtliche Grenze zwischen autonom bestimmtem Privathandeln und öffentlich reglementiertem Handeln stehe zur Disposition des Gesetzgebers; ob eine Grenzverschiebung zulässig sei, sei nicht eine Frage privater Tabuzonen, sondern der Verhältnismäßigkeit von Freiheitsbeschränkungen. Ich habe an dieser Stelle eine Figur vermisst, die jetzt Herr Hufen gerade schon vorweggenommen hat, eine Rechtsfigur, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung beibehalten hat, nämlich den Kernbereich privater Lebensgestaltung, der ja dem Gesetzgeber entzogen ist, und zwar in der Weise entzogen ist, dass auch verhältnismäßige Grenzverschiebungen nicht mehr in Betracht kommen. Ich frage mich: Gibt es nicht doch vertragliches Handeln, das in diesen Kernbereich privater Lebensgestaltung fällt, vertragliches Handeln, bei dem die Parteien dann vollkommen willkürlich handeln dürften, gerade weil es eben in diesen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung fällt? Als Beispiel dachte ich nur an die Vermietung eines Zimmers in meiner eigenen Wohnung, beispielsweise an jemanden, der im Haushalt hilft, ist das nicht ein Fall privater Lebensgestaltung, der in den unantastbaren Kernbereich fällt? Ich wollte nur abschließend sagen, dass ich etwas unglücklich wäre, wenn Sie sich aus der dogmatischen Verantwortung mit dem Hinweis zögen, das sei einer der "harmlosen" Fälle, der vernachlässigenswert wäre, schon weil die Nachweisbarkeit der Diskriminierung nicht möglich sei. Danke.

Classen: Ich habe eine Frage nach der grundrechtlichen Fundierung von Diskriminierungsverboten; sie richtet sich vor allem an Herrn Jestaedt. Beide Referenten haben ausgeführt, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Ungleichheitslagen bei Vertragsschluss, etwa im Bürgschaftsfall, nicht passe. Das ist sicher richtig. Nur sind die Argumente, Herr Jestaedt, die Sie angeführt haben, mit einem Fragezeichen zu versehen. Sie haben angeführt, dass es bei den Diskriminierungsfällen nicht darum ginge, jemand von einer vertraglichen Bindung zu befreien, sondern im Gegenteil darum, jemanden zu einer solchen Bindung zu veranlassen. Nun sieht jedenfalls das Europarecht einen Kontrahierungszwang als Rechtsfolge in keinem Fall vor, und auch nationale Umsetzungsmaßnahmen haben bisher davon abgesehen. Das heißt: Wenn man einen Vertragsabschluss mit einem bestimmten Partner vermeiden will, kann man dies immer dadurch erreichen, dass man von dem Geschäft ganz Abstand nimmt. Das ist vielleicht in manchen Bereichen nicht unproblematisch. Trotzdem bleibt festzuhalten, dass niemand durch die Antidiskriminierungsvorschriften gezwungen wird, einen bestimmten Vertrag abzuschließen, der es nicht will.

Auch die These 15 – "Die Versagung der Mitwirkung an der privatrechtlichen Rechtskreiserweiterung lässt sich nicht in einen rechtskreisverkürzenden Übergriff umdeuten" – passt nicht ganz: Es geht hier gar nicht darum, ob eine Rechtskreiserweiterung oder eine Rechtskreisverkürzung vorliegt, weil ja gar nicht das Ergebnis den Ausschlag gibt, sondern die Begründung für eine bestimmte Entscheidung. Maßgeblich ist nicht, ob man jemanden eingestellt hat oder nicht, ob man einen Versicherungsvertrag abgeschlossen hat oder nicht, sondern warum man etwas getan oder auch nicht getan hat. Dahinter steht letztlich der Umstand, dass Freiheitsrechte und Gleichheitsrechte etwas Unterschiedliches sind. Dementsprechend muss auch der Schutz vor Gefährdung der Freiheit einerseits, der Schutz vor Missachtung der Gleichheit andererseits unterschiedlich funktionieren. Von daher gibt es natürlich keine Parallele, aber die Argumente, Herr Jestaedt, die Sie angebracht haben, passen nicht so ganz.

Eine letzte Bemerkung zu These 18 von Frau *Britz* mit der "Schwäche": Sicher stellt die Schwäche im Einzelfall nicht den entscheidenden Punkt dar. Aber ich denke doch, dass die Frage, welche Kriterien als Differenzierungsmerkmal verboten werden, auch damit zusammenhängt, welche Stellung eine bestimmte Gruppe in der Gesellschaft hat. Von daher geht es eben doch auch darum, wie schwach oder wie stark man ist. Verbotene

416

Kriterien in Bereichen, in denen gesellschaftlich starke Gruppen vorhanden sind, sind, jedenfalls auf der politischen Ebene, noch nie diskutiert worden. Das hat, glaube ich, auch seinen Grund.

Streinz: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich habe eine Frage an Frau Britz, und zwar im Anschluss auch an die Bemerkungen, die Herr Ladeur und Herr Starck schon gemacht haben. Sie sagten, dass in der, in der Tat heftigen, Diskussion - die Nachweise kann man in dem Aufsatz von Herrn Eichenhofer in den DVBI nachlesen - vor allem die Diskriminierungsverbote im Kleinen aufgegriffen wurden. Sie haben die Beispiele des Mietrechts genannt, obwohl diese wenig praktische Relevanz haben dürften, weil sie leicht umgangen werden könnten und der Nachweis einer Diskriminierung schwer fallen dürfte. Mietrecht ist glaube ich ein ganz gutes Beispiel, wobei die hauptsächlich Diskriminierten hier wohl Familien mit Kindern wären, wo manchmal in den Annoncen direkt steht, dass es zwecklos ist, in solchen Fällen überhaupt nachzufragen. Die Erklärung für den Ansatzpunkt im Mietrecht ist meines Erachtens - und das haben Sie auch deutlich gemacht -, dass es offensichtlich weite Kreise betrifft, eigentlich jeden betreffen kann, während sich die Folgen bei Unisex-Tarifen usw. zunächst beim Unternehmen und erst mittelbar beim Einzelnen zeigen. Ich meine, ein zweiter Punkt ist ein allgemeines Unbehagen gegenüber immer mehr zunehmender Regulierung, gegenüber dem Regulierungsstaat, vor allem via EU-Recht, Dies gibt es in vielen Bereichen, wenn man an Auswüchse im Verbraucherschutz denkt, verordnete Lebensmittel, Werbeverbote, etc. Und jetzt wird auch dieser Bereich aufgegriffen. Sie sagten: "Ausgestaltung des Privatrechts durch den Gesetzgeber". Sicherlich ist die Rechtsordnung durch den Gesetzgeber auszugestalten, aber die Frage ist, wo hier die Grenzen zu ziehen sind. Herr Schoch und Herr Dederer haben dies auch angesprochen. Wo ist die Grenze, warum regt man sich auf, dass die Türkei den Ehebruch bestrafen möchte, wenn dies Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist? Nun können Sie sagen, das ist die Privatsphäre, dort ist die Grenze erreicht. Jetzt zur Frage: Ist das bedeutungslos oder wird es praktische Bedeutung haben? Alleine der umfassende Rechtfertigungszwang, wenn man Art. 8 der Richtlinie 2000/43 liest, führt doch schon zu einem gewissen Unbehagen. Und ich bin auch sicher, dass dies das Entstehen von speziellen Wächtergruppen, Organisationen, die dann auch noch einen Anspruch auf staatliche Förderung erheben werden, provozieren wird. Und dies führt dann entsprechend den "Abmahn-Vereinen" zum Überwachungssystem, zum Überwachungsstaat, zu einer Überwachungs-Gesellschaft unter Aktivierung des Bürgers; übrigens auch im Einklang mit Tendenzen im EG-Recht zur Unterstützung desselben. Zur

praktischen Bedeutung, im Anschluss an Herrn *Ladeur*: Ich meine, dass diese Vermutungsregel, die wir in Art. 8 haben, durchaus ein Problem sein könnte. Dass jemand so blöd ist und in sein Vermietungsangebot hineinschreibt "Ausländer zwecklos" oder so etwas, das wird sich mit der Zeit geben. Aber wie ist es beispielsweise, wenn jemand fünf Vermietungen vorgenommen hat, und es war noch kein Ausländer, Bayer, Farbiger oder Preuße dabei? Oder wie ist es, wenn er fünf Bewerber hat, davon sind drei Ausländer, aber er hat einen Inländer genommen? Wie soll er dies jetzt rechtfertigen? Oder muss er dies dann rechtfertigen? Wo setzt dies aus? Trifft dies den Privaten ebenso? Dies ist also wohl doch nicht so bedeutungslos, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Dankeschön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Streinz*. Frau *Mager* nun zu Art. 3 Abs. 3 GG, dann Herr *Schachtschneider* gleichfalls zu Art. 3 Abs. 3 GG und Herr *Wolff* zum Diskriminierungsverbot.

Mager: Frau Britz, ich möchte Kritik üben an Ihrer These 4, und zwar insoweit Sie darin dem Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG jede Schutzfunktion und damit letztendlich die Wirkung zwischen Privaten absprechen. Ich will nun nicht so weit gehen, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG unmittelbare Wirkung zuzusprechen, wie dies manche tun. Ich kann aber auch Ihrer Argumentation nicht folgen. Sie haben gesagt, die Diskriminierungsmerkmale seien so heterogen, und es gebe so viele verschiedene Situationen, auf die Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Anwendung finde, deshalb lasse sich eine Schutzfunktion nicht begründen. Welches sind nun die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG: Geschlecht, Rasse, Heimat, Herkunft, Sprache, um nur diese zu erwähnen. Diese Merkmale mögen auf den ersten Blick heterogen sein, auf den zweiten Blick haben sie durchaus eine Gemeinsamkeit: Es handelt sich um Merkmale, die der Person anhaften, und derer sie sich nicht entledigen kann. Sie bilden die Person, ohne dass sie etwas über ihre Möglichkeiten und Fähigkeiten in den verschiedensten Rollen aussagen, aber es sind unabänderliche Merkmale. Und das bedeutet: sie konstituieren die personale Identität mit. Auf diesem Wege komme ich zu Art. 2 Abs. 2 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG - und ohne dass ich jetzt die Menschenwürde, gegen die man dann gar nicht mehr argumentieren kann, zu sehr betonen wollte - bin ich doch mit Art. 1 Abs. 1 GG in der Nähe sogar einer ausdrücklichen Schutzpflicht in unserem Grundgesetz. Und ich bin der Meinung, dass es nicht nur Schutzpflichten zugunsten des Körpers gibt, die Sie ausdrücklich anerkannt haben, sondern dass es sicherlich auch Schutzpflichten zugunsten der persönlichen Identität gibt. In diesem Sinne kann man dann auch Schutzpflichten im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 GG bilden. Danke.

Schachtschneider: Herr Vorsitzender, zunächst bitte ich um Diskriminierungsschutz, wenn ich mich zum dritten Mal bei dieser Tagung melde, aber es erscheint mir nötig: Die Vertragsfreiheit ist wesentlich, wenn auch nicht ausschließlich, durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Die so genannte Schrankentrias dieser Vorschrift ist in Wirklichkeit Teil der Freiheitsdefinition. Eine andere Freiheit als die, nach dem eigenen Gesetz, das aber auch das Gesetz aller anderen ist, zu leben, als die Freiheit zur praktischen Vernunft also, welche die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und insbesondere das Sittengesetz achten muss, wird nicht geschützt. Die Rechte und die verfassungsmäßige Ordnung dürften doch wohl in Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg ganz wesentlich in Art. 3 Abs. 3 GG formuliert worden sein. Niemand darf wegen des Geschlechts, seiner Rasse usw. benachteiligt oder bevorzugt werden. Das ist Teil unseres ordre public. Ich vermag nicht einzusehen, dass irgend jemand ein Gemeinwesen wollte oder will, in dem Menschen wegen der verbotenen Kriterien diskriminiert werden. Insofern ist Art. 3 Abs. 3 GG die wirkliche Grundlage und Rechtfertigung der Antidiskriminierungspolitik, für welche wir die Richtlinie der Europäischen Union nicht brauchen. In Art. 1 Abs. 3 GG steht nicht, dass nur der Staat an die Grundrechte gebunden sei; denn der Staat, das sind wir. Auch der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG ergibt nicht, dass die Diskriminierungsverbote nur den Staat binden. Die Auffassung, Staat und Gesellschaft seien getrennt, ist seit 1919 nicht mehr richtig. Wir leben in einer Republik, nicht mehr im vom monarchischen Prinzip bestimmten Konstitutionalismus. Das Sittengesetz ist nun einmal der kategorische Imperativ, auch wenn das kaum jemand einzusehen vermag. Wie soll denn wohl der kategorische Imperativ anders materialisiert werden als durch die Diskriminierungsverbote? Eine kleine Nebenbemerkung zum Begriff der Moral. Wenn man schon das Wort Moral benutzt, dann sollte man zwischen einer materiellen Morallehre, also einem Moralismus, und einer formalen Morallehre kantianischer Prägung differenzieren. In Kants Ethik hat die Moral einen ganz bestimmten Standort, nämlich Triebfeder für die Sittlichkeit und damit die Einhaltung des Sittengesetzes zu sein. Sittlichkeit heißt zunächst Legalität. Die Referenten haben die Sprache des Moralismus benutzt. Schwierig an der Antidiskriminierungsrichtlinie ist die Beweislastumkehr. Die Diskriminierungsvermutung halte ich für rechtsstaatlich problematisch. Eine letzte Bemerkung: Es geht nicht um die verdeckten Diskriminierungen, sondern darum, dass in unserem Lande und in der ganzen Europäischen Union nicht offen diskriminiert wird. Deswegen wird Diskriminierung verboten. Dankeschön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Schachtschneider. Nun Herr Wolff, und dann kommen noch mehrere Meldungen mit grundrechtsdogmatischem Gehalt: Herr Sachs, Frau Iliopoulos, Herr Ruffert.

Wolff: Herr Hufen, mit Ihrer Vermutung hatten Sie, was meine Person angeht, vollkommen Recht. Wäre ich heute Nachmittag nach Hause gefahren, hätte ich es heute Abend sehr bereut. Ich habe eine Frage primär an Herrn Jestaedt, mehr eine Verständnisfrage. Herr Jestaedt, Sie unterscheiden sehr deutlich zwischen dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz und dem einfachrechtlichen Diskriminierungsschutz. Dies wirft die Frage auf: Wann liegt eine Diskriminierungsschutznorm vor? Wann kann ich eine offene Verbotsnorm zu einem Diskriminierungsverbot uminterpretieren? Daran schließt sich meine zweite Frage an: Ihre Kriterien der Thesen 18 und 19 sind Kriterien, um die Verfassungsmäßigkeit von Diskriminierungsnormen zu überprüfen. Kann ich sie auch heranziehen – die Frage liegt nahe – als Auslegungsnormen für die Frage, ob eine offene Verbotsnorm eine Diskriminierungsnorm ist? Ich hoffe, Sie werden die Frage verneinen. Eine offene Verbotsnorm ist z.B. § 138 BGB: Verträge, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig; dies ist eine offene Verbotsnorm, da sie nicht diskriminierungsspezifisch ist. Kann ich solch eine Norm in eine Diskriminierungsnorm uminterpretieren und kann ich dafür die Kriterien der Thesen 18 und 19 heranziehen? Sollten sie die Frage beiahen, was ich nicht hoffe, wären dann die Kriterien nicht auch Folgewirkungen der Schutzpflichten von Art. 3 Abs. 1 GG? Vielen Dank.

Sachs: Ich bin jetzt in der unglücklichen Lage, Dinge sagen zu wollen, die schon gesagt worden sind, jedenfalls teilweise. Ich könnte schweigen. Ich habe das schon wiederholt getan und will jetzt doch vor allen Dingen die Referate loben – das habe ich noch nie getan. Aber sie waren dermaßen anregend, in tausend Punkten, man könnte hier, glaube ich, längere Zeit reden, ohne einen Punkt der Kritik zu erwähnen. Das will ich jetzt trotzdem tun. Es ist schon erwähnt worden: Schutzpflichten, ich meine Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 GG, sollten sich leicht ableiten lassen. Die These 19 von Frau Britz ist ja fast schon so formuliert, sie bezieht das zwar auf das einfachgesetzliche Diskriminierungsverbot, aber es kann auch hochgezont werden auf Art. 3 Abs. 3 GG. Art. 3 Abs. 3 GG hat die Gleichheit als Schutzgut; warum sollen von Grundgesetzes wegen Leben, Körper, Eigentum geschützt werden oder die Ehre, das Persönlichkeitsrecht, aber nicht das Recht an der Gleichheit, an der gleichen Achtung aller? Man muss endlich einmal die Eigenständigkeit des Gleichheitsrechts erkennen; dann ergibt sich meines Erachtens zwangsläufig auch eine

Schutzpflicht, genauso wie bei allen anderen Grundrechten auch. Beide Referate haben dies anders sehen wollen. Im Ergebnis kommen wir natürlich trotzdem zum selben Ergebnis, weil Schutzpflichten ia praktisch nicht sehr viel hergeben. Das dazu. An Private gerichtete Diskriminierungsverbote sind natürlich, auch wenn sie auf Schutzpflichten beruhen. trotzdem Teil des einfachen Rechts, sie greifen in die Freiheit ein, müssen als Freiheitseingriffe gerechtfertigt werden. Ich denke, Herr Jestaedt, im Gegensatz zu Ihrer These 12 gilt das auch dann, wenn wir aus Generalklauseln diskriminierungsfeindliche Inhalte ableiten. Das ist dann Ausstrahlungswirkung, die ist im Grunde ia nur ein Reflex von Schutzpflicht einer vom Gesetzgeber bereits erfüllten Schutzpflicht. Da kommen wir zum selben Ergebnis auch in diesem Bereich. Dann fand ich sehr interessant die Unterscheidung von Frau Britz – dies ist auch schon angesprochen worden – zwischen den ökonomischen und den eher persönlich-privaten Bereichen. Diese halte ich auch für sehr wichtig und instruktiv. Ich meine nur gegenüber Ihrer These 8 sollte man doch einwenden – das ist auch schon gesagt worden -, dass der Freiheitsschutz ja dann doch davon abhängt, um welche Art von Freiheitsbetätigung, auf welchem Gebiet, es geht. Wenn wir an die Wohnungsvermietung denken, die alte Vermieterin, die sich vielleicht vor einem ganz großen jungen Mann fürchtet oder vielleicht umgekehrt dessen Schutz erhofft, dann nimmt sie halt Männer oder Frauen, ie nachdem, wie ihr persönlicher Geschmack ist. Oder in einer WG: Wen nehme ich als neuen Wohnpartner auf? Da muss ich doch nach meinen Vorurteilen entscheiden dürfen, da kann man mir doch nicht wirklich Vorschriften machen. Man kann es, der Gesetzgeber kann es tun, aber er muss sich rechtfertigen, Sie haben das gesagt: am Maßstab der Verhältnismäßigkeit. Nur: In diesen sensiblen Bereichen, meine ich, ist es schwierig mit der Verhältnismäßigkeit, und wir landen vielleicht sogar schon bei der Wesensgehaltgarantie. So wichtig der Schutz der Gleichheit ist, wichtig ist auch der Schutz der Privatautonomie im privaten Bereich. Gegenüber Ihrer These 10, Frau Britz, meine ich, dass Diskriminierungsverbote schon auch etwas mit dem Inneren zu tun haben, sich nicht in dem äußeren Verhalten erschöpfen. Warum? Wir müssen ja prüfen, ist ein Vertragsschluss jetzt nicht erfolgt wegen des Geschlechtes dieser Person oder vielleicht deswegen, weil sie schmutzige Schuhe hatte, als sie sich an der Zimmertür vorgestellt hat? Das ist also zwangsläufig mit Motivforschung, mit Gewissenserforschung verbunden, daran kommen wir in diesen Bereichen nicht vorbei, die Sie mit Recht aber als praktisch und ökonomisch wenig wichtig bezeichnet haben, das sehe ich schon genauso. Und damit habe ich doch alles, glaube ich, noch einmal wiederholt, was schon gesagt worden war. Vielen Dank.

Iliopoulos-Strangas: Meine Damen und Herren, gestatten Sie mir als "Außenstehende", einige Bemerkungen zu dem sehr anregenden Referat von Frau Britz zu machen. Zunächst möchte ich auf die Drittwirkungslehre hinweisen. Diese deutsche Theorie wurde nicht nur in die Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedstaaten übernommen, sondern hat in bestimmtem Umfang - als Frage nach der "horizontalen Wirkung" - auch die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR beeinflusst. Die Drittwirkungslehre und die schon frühe Deutung der Grundrechte als einer objektiven Wertordnung durch das Bundesverfassungsgericht spielen eine besondere Rolle für die hier diskutierten Fragen einer möglicherweise bestehenden Schutzpflicht des Gesetzgebers gegen Diskriminierungen im Privatrecht. Wichtig sind ferner das Völkerrecht und das Gemeinschaftsbzw. Unionsrecht als Rechtsquellen, die heutzutage immer stärker in das innerstaatliche Recht hineinwirken und mit ihm verflochten sind. Hier gilt es zu beachten, dass ein Staat, der einen inter- oder supranationalen Vertrag unterschreibt und ratifiziert, diesen dann tatsächlich einhalten und die danach garantierten Rechte verwirklichen will und - völkerrechtlich bzw. gemeinschafts- oder unionsrechtlich gesehen - auch muss. Schließlich hängt das Bestehen einer staatlichen Schutzpflicht meines Erachtens nicht davon ab, ob die einschlägige verfassungsrechtliche Bestimmung nur eine Staatszielbestimmung darstellt oder ein subjektives öffentliches Recht garantiert. Unter diesem Gesichtspunkt kann ich die These von Frau Britz zu Art. 3 Abs. 3 GG nicht teilen. Ich sehe das anders: Grundsätzlich besteht eine Schutzpflicht. Wie diese Schutzpflicht jeweils zu erfüllen ist, ist demgegenüber eine nachrangige politische Frage. In jedem Fall wäre es meines Erachtens verfassungsrechtlich zulässig, dass der Gesetzgeber die erörterten Diskriminierungsverbote auch im Privatrecht einführt. Ich sehe kein grundsätzliches verfassungsrechtliches Problem in einer solchen Gesetzgebung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gerichte seit langem - auch ohne ein ausdrücklich normiertes Diskriminierungsverbot im Privatrecht - Diskriminierungen im privatrechtlichen Handeln sanktionieren, und zwar über die guten Sitten, über Treu und Glauben oder über andere privatrechtliche Generalklauseln. Die Gerichte kommen damit schon jetzt zu Ergebnissen, zu denen auch die fraglichen gesetzlichen Diskriminierungsverbote führen müssten. Aus meiner Sicht ist es deshalb mehr eine Geschmacksfrage, auf welchem Wege Diskriminierungen zu verhindern sind. Auf jeden Fall aber wird ein Diskriminierungsverbot in praktischer Konkordanz mit anderen Grundprinzipien der Verfassung zu interpretieren sein. Dazu zählen insbesondere die Grundrechte, die zwar auch die Privatautonomie schützen, sie aber nicht schrankenlos gewährleisten. Unter diesem Blickwinkel muss es praktisch dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber überlassen bleiben, zu entscheiden, wie Diskriminierungen zwischen Privaten am besten zu bekämpfen sind. Aber dass eine diesbezügliche Schutzpflicht besteht, steht für mich außer Frage.

Vorsitzender: Vielen Dank, Frau *Iliopoulos*; mit der Betonung der Verantwortung des Gesetzgebers sind Sie nicht weit von den Referenten entfernt. Ich habe jetzt Herrn *Ruffert*, der schon angekündigt hat, dass er zum Bereich des Europarechts überleiten will, und in dem Bereich "Europa" und "Internationales Recht" werden Herr *Jochum*, Herr *Hillgruber* und Herr *Bryde* die nächste Gruppe bilden.

Ruffert: Vielen Dank. Ich habe zunächst noch eine Frage zu Art. 3 Abs. 3 GG an beide Referenten und möchte an die These 9b von Frau Britz anknüpfen: Die Vorstellung, die Verfassung könne sich durch Nichtintervention gegenüber privaten Gerechtigkeitsvorstellungen völlig neutral verhalten, ist Illusion. Wenn man die Seite der Diskriminierungsverbote in den Blick nimmt, dann kommt man zu dem gleichen Ergebnis wie Frau Mager, Herr Sachs und Herr Schachtschneider, dass eben vielleicht doch in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG "Kerne" enthalten sind, die über Schutzpflichten zu bewahren sind. Betrachtet man die Seite der Vertragsfreiheit und Privatautonomie, muss man die These von Frau Britz weiterdenken, dass Eingriffe in die Privatautonomie rechtfertigungsfähig sind, denn dann ist zu klären, wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelnen ausfällt, sodass möglicherweise doch eine verfassungsrechtliche Steuerung stattfindet. Zum Europarecht habe ich eine Frage an Herrn Jestaedt: Es ist gesagt worden, dass Primärrecht und Sekundärrecht sich nicht so zueinander verhalten wie Verfassungsrecht und einfachgesetzliches Recht. Was das Anwendungsvorrangverhältnis des Sekundärrechts vor dem Primärrecht betrifft, könnte ich mir das vorstellen. Es ist eben, etwa bei den Grundfreiheiten, zunächst auf Sekundärrecht zurückzugreifen, bevor man auf das Primärrecht kommt; das erschließt sich in der Annäherung an das Europarecht nicht sogleich. Ansonsten reicht mir aber das Argument, dass der Gerichtshof bisher noch keine Verordnung oder Richtlinie nach Grundrechtsprüfung aufgehoben hätte, nicht aus, um die Rangverhältnisse unterschiedlich zu fassen, zumal auch das Bundesverfassungsgericht ja nur wenige Gesetze wegen Grundrechtsverstoßes aufgehoben hat. Dankeschön.

Jochum: Ich möchte aus Gründen der Kürze der Zeit eine besondere Hervorhebung dieser hervorragenden Referate nicht vornehmen, sondern ich möchte direkt zur Sache kommen, und zwar habe ich etwas zur These 8 von Herrn *Jestaedt* zu sagen, der sagt, er hätte keine Bedenken an

der formellen Primärrechtskonformität der Richtlinien. Ich habe solche. Die Richtlinie wiederholt im Anwendungsbereich nämlich exakt die Formulierung des Art. 13 EG, indem sie sagt: "Im Rahmen der der Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt diese Richtlinie". Das ist für eine Richtlinie eine sehr billige Lösung, und ich meine auch: zu billig. Denn eine Richtlinie hat ja die Aufgabe, mitgliedsstaatliches Recht zu harmonisieren. Und für diese Harmonisierung hat die Gemeinschaft spezielle, begrenzte Einzelzuständigkeiten. Das heißt, wenn die Gemeinschaft mit Art. 13 EG agieren will, dann muss sie dies in Zusammenhang mit den ihr sonst übertragenen Kompetenzen tun. Sie muss genau darlegen, für welchen Bereich des Rechts die Richtlinie gelten soll und kann die nähere Bestimmung des Anwendungsbereichs nicht den Mitgliedstaaten überlassen Genau das hat sie hier nicht gemacht. Und deswegen bin ich der Meinung, dass eine so pauschale Aussage, wie dass man da "keine Bedenken" habe, so nicht zutreffend ist, und ich weiß auch nicht, angesichts der Rechtsprechung des EuGH zur Tabakwerberichtlinie, ob ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH für die Kommission nicht möglicherweise nach hinten losgeht. Die Konsequenz daraus - und das will ich noch ganz kurz sagen: Man kann sich also nicht hinter der formalen Umsetzungspflicht einer Richtlinie verstecken, wenn man grundlegende Änderungen im Privatrecht vornehmen will. Die Europäische Gemeinschaft hat die allgemeine Zuständigkeit zur Privatrechtsharmonisierung nicht. Das Verfassungsrecht kommt aber erst dort ins Spiel, wo die Gemeinschaft keine Kompetenzen hat; dazu will ich mich nicht äußern, da haben schon genug Leute etwas gesagt. Nur eins: Das Beschäftigungsprogramm für Rechtsanwälte, das hier geplant ist, wird nun leider nicht in allen Bereichen auf EG-Recht zu stützen sein. Vielen Dank.

Hillgruber: Erlauben Sie mir, ehe ich zu meiner europarechtlichen/verfassungsrechtlichen Frage an Herrn Jestaedt komme, doch zunächst noch einige Bemerkungen zum Referat von Frau Britz. Das von Ihnen, Frau Britz, in den Vordergrund gestellte Argument der Unwirksamkeit des hier betriebenen Diskriminierungsschutzes wendet sich meines Erachtens gleich in mehrfacher Hinsicht gegen Ihre eigene Argumentation. Erstens – darauf ist bereits hingewiesen worden – entbehrt es nicht der Pikanterie, dass ausgerechnet Sie, die Sie, rechtspolitisch jedenfalls, den Kampf gegen Diskriminierungen auf Ihre Fahnen geschrieben haben, sich an den römisch-rechtlichen Satz "ius vigilantibus est" halten, den selbst jene von Ihnen so heftig attackierten Privatrechtler, die die Privatautonomie verteidigen wollen, schon längst nicht mehr vertreten. Viel wichtiger aber scheint mir folgender Punkt zu sein: Wenn – worin ich Ihnen ja zustim-

men würde – dieser Diskriminierungsschutz ineffektiv ist, begründet gerade dies den Grundrechtsverstoß. Es handelt sich schlicht und einfach um einen ungeeigneten und damit im weiteren Sinne unverhältnismäßigen Eingriff, den der Gesetzgeber vornimmt. Schließlich ist das Argument auch insofern entlarvend, als es nämlich deutlich macht, dass es eben, entgegen Ihren Behauptungen, doch genau um nichts anderes als darum geht, Gesinnung abzupressen, denn wirksamer Diskriminierungsschutz ist damit ja gar nicht verbunden, also zu erzwingen, dass hier der Gesslerhut gezogen wird. Schließlich meine ich auch, dass man Ihren Versuch zurückweisen sollte, die von Ihnen zunächst selbst in den Bereich der Rechtspolitik oder Moral verwiesene Frage nach der Zulässigkeit oder Gebotenheit des Diskriminierungsschutzes sozusagen durch die Hintertür doch wieder in das Verfassungsrecht - oder war es vielleicht nur Verfassungspolitik? - hereinzuholen, indem Sie die Rechtsstaatsidee für die von Ihnen befürwortete Antidiskriminierungsgesetzgebung bemühen wollen. Nein, der Rechtsstaat beruht auf der Idee gleicher Freiheit, und die wird durch diese angeblichen Diskriminierungen gar nicht tangiert.

Jetzt aber zu Herrn Jestaedt, dessen Analyse des Verfassungs- wie Gemeinschaftsrechts ich zustimme; vielleicht mit der einen Ausnahme, dass Sie meines Erachtens die Reichweite und damit auch die Tragweite des gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsrechts letztlich doch etwas unterschätzen. Ich bin davon überzeugt, dass im Zuge des von Ihnen ia zu Recht betonten "harten" Diskriminierungskonzepts, das hier verfolgt wird, die Ausnahmetatbestände sehr restriktiv interpretiert werden, so dass ich wenig Vertrauen in deren begrenzende Wirkung setze. Wichtiger aber noch scheint mir folgende Frage zu sein: Wenn man Ihre Analyse einmal zugrunde legt, dass europarechtlich hier "nichts zu holen" ist, also das Primärrecht diese gemeinschaftsrechtliche Antidiskriminierungsgesetzgebung nicht verbietet, man aber andererseits Ihre verfassungsrechtliche Interpretation der Rechtslage ebenfalls für richtig hält, dann scheint mir doch ein gravierender Widerspruch zwischen der europarechtlichen und der verfassungsrechtlichen Lage aufzuscheinen. Ich will das nur ganz kurz deutlich machen an dem Stichwort der Rechtfertigungslast, das bereits fiel: Das Europarecht missachtet hier das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, verschiebt die Rechtfertigungslast: Nicht die freiheitsbeschränkende Auferlegung von Diskriminierungsverboten erscheint rechtfertigungsbedürftig, sondern umgekehrt die als angebliche Diskriminierung gebrandmarkte Freiheitsausübung. Führt dies aber nicht dazu, dass von einem im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 GG keine Rede mehr sein kann? Dann könnte sich in aller Schärfe die Frage stellen, ob hier nicht die Grenzen der verfassungsrechtlichen Integrationsfähigkeit auf Seiten

der Bundesrepublik Deutschland erreicht sind. Ganz kurz dazu nur noch das Stichwort "Bananenmarktentscheidung": Man kann mit guten Gründen aus der Bananenmarktentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ableiten, dass es möglich sein muss, geltend zu machen, dass nach der Einführung des neuen Art. 23 GG, "nach Maastricht" sozusagen, der Grundrechtsschutz unter das Niveau abgesunken ist, das ursprünglich von dieser Bestimmung als gegeben vorausgesetzt wurde, und Art. 13 EG und die darauf gestützte Antidiskriminierungsgesetzgebung haben meines Erachtens diesen Zustand herbeigeführt.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Hillgruber. Ich freue mich, dass Herr Bryde das Stichwort "Völkerrecht" auf seine Wortmeldung geschrieben hat.

Bryde: Ich bin insofern in einer schwierigen Situation, als ich sehr gerne mit Nachdruck Frau Britz These 23 zustimmen würde, dass unser Thema in erster Linie eine Frage der Politik und nicht des Rechts ist, und sie dann auch gegen einen Teil der Kritik verteidigen würde. Aber ich muss doch milde auch diese These kritisieren, und das nun nicht in meiner Eigenschaft - wie vielleicht der eine oder andere fürchtet - als Verfassungsrichter und verfassungsgerichtliches Eingreifen andeuten, sondern in meiner vergangenen Existenz als Völkerrechtler. Sie haben in einem Nebensatz die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik aus der Rassendiskriminierungskonvention und der Frauenkonvention erwähnt. Beide enthalten vollständig eindeutige Verpflichtungen. An den Grenzen sind sie sicher offen, aber dass beide die Drittwirkung ihrer Diskriminierungsverbote vorsehen, ist deutlich und zwar schon sehr früh, Mitte der 60er Jahre im Fall der Rassendiskriminierungskonvention; und dass beide die Mitgliedsstaaten, zu denen die Bundesrepublik gehört, verpflichten, ein Antidiskriminierungsrecht zu schaffen, scheint mir auch eindeutig zu sein. Die zuständigen Ausschüsse rügen auch die Abwesenheit einer entsprechenden Gesetzgebung jedes Mal, wenn die Bundesrepublik dort zu berichten hat. Und weil sie das nicht nur der Bundesrepublik gegenüber tun, ist auch Antidiskriminierungsgesetzgebung kein Amerikanismus oder Anglizismus, sondern inzwischen weitgehend internationaler Standard. Alle skandinavischen Länder haben entsprechende Gesetze, die westeuropäischen ebenfalls überwiegend. Ich finde es faszinierend, und nur deswegen habe ich mich gemeldet, dass die aufgeregte Diskussion: "Wird die Bundesrepublik wieder totalitär?" – und Sie haben das beide ja alles zitiert und teilweise auch gerügt - vor dem Hintergrund stattfindet, dass die Bundesrepublik seit dreißig Jahren völkerrechtlich verpflichtet ist, derartiges Recht zu schaffen, und vor dem Hintergrund,

dass international – wenn wir es verfassungsvergleichend betrachten – die Drittwirkung von Diskriminierungsverboten Standard ist, allerdings zugegebenermaßen nur für die Merkmale Rasse und Geschlecht, nicht sämtliche Diskriminierungstatbestände, die jetzt europarechtlich eingeführt worden sind. Ich glaube, das sagt etwas sowohl über die Effektivität von Völkerrecht in der Bundesrepublik wie über den Stand der öffentlichen Rechtsvergleichung.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Bryde.* Da die meisten Wortmeldungen zu Einzelthemen sich wieder mit sehr großem Erfolg in die Grundlagenteile eingeschmuggelt haben, haben wir nur zwei Meldungen von Kollegen zu Einzelthemen, die auch tapfer bekundet haben, dass sie zu einem Einzelthema reden wollten; das sind Herr *Häberle* zum Diskriminierungsrecht im Versicherungsrecht, und Herr *Biehler* zum Strafrecht.

Häberle: Verehrte Kolleginnen und Kollegen. Ich erlaube mir eine einzige, winzige konkrete "heiße" Frage an die beiden vortrefflichen Referenten, die übrigens in manchen Grundsatzfragen zum Glück auch antithetisch gearbeitet haben. Beide haben ein "Unwort des Jahres" gebraucht, dieses furchtbare, unsägliche Wort "Unisextarifrichtlinie" der EU. Dieses Wort gehört in eine neue Kategorie von Unworten, und ich bin glücklich, dass Sie gewiss viele Anführungszeichen gesetzt haben. Ich werde dieses Wort auch nur zitieren und nicht selbst gebrauchen. "Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage, weh Dir, das Du ein Enkel (Europäer) bist", könnte man abwandeln. Ich bitte im Blick auf die um sich greifende ideologische Verblendung um freundliche Aufklärung. Wir stehen vor dem versicherungsmathematischen Problem, inwieweit Mann und Frau im privaten Versicherungsrecht etwa bei Kraftfahrzeugen und bei Lebensversicherungen in den Tarifen, z.B. bei der Riesterrente, gleich bzw. differenziert behandelt werden sollen. Zwar bin ich ein bekennender Fußgänger, weiß aber gleichwohl, dass die Frauen viel besser, weil vorsichtiger Auto fahren als die Männer. Darum hat die herkömmliche Tarifgestaltung, die Tarife für die Frauen im Kraftfahrzeugverkehr bei uns bislang geringer angesetzt. Da ich ein Mann bin – nun im höheren Alter –, weiß ich sehr wohl, dass es bei der Lebensversicherung genau umgekehrt ist. Hier müssen die Frauen mehr bezahlen, weil sie durchschnittlich über 80 Jahre werden, wir Männer in Deutschland durchschnittlich nur 75,6 Jahre. Darf ich anfragen, Frau Britz, wie Sie mich ohne Benutzung des Unwortes "Unisex" in dieser Sache belehren können? Diese Frage gilt noch in stärkerem Maße Ihnen, Herr Jestaedt, auch wegen der Vertragsfreiheit.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr *Häberle*. Nur wenn Sie das Wort "Unisextarife" nicht mögen, dann dürfen Sie es auch nicht zitieren, sonst ist es europaweit bis nach Granada herum! Jetzt noch Herr *Biehler*.

Biehler: Sie haben sehr klar und pointiert die politische Natur dieses Diskriminierungsthemas herausgearbeitet, und ich bin Ihnen sehr dankbar dafür, denn ich glaube, das mit verfassungsrechtlichen Dingen zu sehr zu vermischen, ist eine große Gefahr in der Diskussion, die Sie sehr vermieden haben. Wenn man diesen Gedanken weiter geht, geht es eben uns Rechtswissenschaftlern darum, die richtigen Wege - oder auch Abwege zu erkennen, mit denen dieses Thema Diskriminierung, Diskriminierungsgesetz behandelt werden kann, und ob wir sozusagen die richtigen Handwerkszeuge hier zur Verfügung stellen. Wir wollen bei der grundrechtlichen Rechtfertigung der Antidiskriminierungsmaßnahmen natürlich jetzt nicht so sehr – als eine Inhaltsbestimmung des Eigentums – sagen, dass es darauf ankommt, hier der diskriminierten Gruppe eventuell ein bestimmtes Eigentumsrecht zu verschaffen an dem Eigentum anderer. Sondern es geht darum, ein Diskriminierungsmotiv hier zu erfassen und politisch zu stigmatisieren, das ist klar, und rechtlich eben mit einem Verfahren zu versehen. Und ich denke, da ist das Strafrecht wohl hier einmal in die Diskussion zu werfen, denn das Strafrecht ist als Gebiet geeignet, hier eben einen objektiven und subjektiven Tatbestand zur Verfügung zu stellen und den Kern der Sache anders zu kristallisieren, als die verschiedenen Einzelgebiete, die eben mit diesen vielfältigen Problemen, die wir heute angesprochen haben, behaftet sind und an einem gewissen Praxismangel natürlich schon ab initio leiden. Deswegen die kurze Anregung, vielleicht können Sie darauf dann spontan eingehen, ob das Strafrecht vielleicht hier nicht nur zusätzlich, sondern als Kernbereich geeignet sein könnte. Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Biehler*, für die schöne Abrundung. Jetzt haben die Referenten das Wort, Frau *Britz* und dann Herr *Jestaedt*.

Britz: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Damen und Herren, Ihnen danke ich zunächst ganz herzlichen dafür, dass Sie sich an der Diskussion zu dem Thema, das Herrn *Jestaedt* und mich lange beschäftigt hat, so intensiv beteiligt haben.

Es wurde sehr oft meine Differenzierung zwischen Moral und Recht angesprochen.

Hier muss ich zunächst einem Kollegen widersprechen, dem ich ganz besonders ungern widerspreche. Es wurde gemutmaßt, wir seien uns doch eigentlich alle einig, dass man, moralisch gesehen, nicht diskriminieren darf. Ich meine aber, dass diese Debatte belegt, dass wir uns überhaupt nicht einig sind. Ich habe den Eindruck, dass der Dissens hier so groß ist, wie er überhaupt nur sein kann. Um zu zeigen, dass Diskriminierung von vielen in vielen Konstellationen für legitim gehalten wird, greife ich einen Beitrag aus der Diskussion heraus, der ganz typisch ist. Es wurde in der Diskussion gesagt, man müsse doch selbst entscheiden dürfen, ob man in seine Wohnung einen starken Mann nehme – oder auch vielleicht gerade keinen Mann. Das ist eine – nachvollziehbare – Haltung, die tatsächlich ganz verbreitet ist, die aber Diskriminierung zulässt. Dann ist es aber gerade nicht so, dass wir uns alle einig sind, ich meine, das ist tatsächlich der Kern des Streits: dass wir uns moralisch nicht einig sind.

Es wurde sehr oft unterstellt, dass ich mich angesichts meiner Vermutung, dass diese Regelungen keine große Effektivität entfalten werden, mit diesen Regeln relativ schnell abfinden könne; dass also in der fehlenden Wirkung der Regelungen bereits deren Rechtfertigung liege. Das habe ich so nicht gemeint und so habe ich es auch nicht gesagt. Ganz im Gegenteil, im letzten Teil meines Referats habe ich versucht zu erklären, warum ich es für verständlich und rational halte, dass man sich über Regelungen streitet, von denen man keine große Wirkung erwartet: Es geht um Regelungen, die als moralische Regeln im Kern umstritten sind. Dann ist es aber vernünftig, sich darüber zu streiten, ganz unabhängig vom Effekt. Es lag mir also völlig fern, zu behaupten, dass die fehlende Effektivität einer Regelung bereits ihre Rechtfertigung sei.

Ich möchte bei dem Thema "Effektivität" weitermachen. Es ist mehrfach die Frage der Beweislast angesprochen worden. In der Tat, die Frage der Beweislast ist im privaten Diskriminierungsschutzrecht eine zentrale Frage. Der deutsche Gesetzgeber wird hierzu möglicherweise eine Regelung treffen, die nicht ganz dem entspricht, wie es vorhin dargestellt wurde. Ich lese kurz aus dem Gesetzentwurf vor: "Wenn im Streitfall der Gläubiger Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung vermuten lassen, trägt der Schuldner die Beweislast dafür, dass eine Benachteiligung nicht vorliegt oder die unterschiedliche Behandlung zulässig ist." Es genügt hiernach nicht, dass eine differenzierende Behandlung erfolgte; so wurde es vorhin dargestellt. Es müssen vielmehr darüber hinaus Tatsachen glaubhaft gemacht werden, die darauf schließen lassen, dass diese differenzierende Behandlung eine Diskriminierung war. Das ist wesentlich mehr. Es genügt also etwa nicht, dass der fremdländisch aussehende Wohnungsinteressent abgewiesen wurde; es genügt nicht, dass die Frau abgewiesen wurde, sondern da muss mehr her. Gedacht ist wohl etwa an folgende Konstellation: Ruft eine Person mit einem arabisch klingenden Namen an und fragt, "Ist die Wohnung noch zu haben?", und rufen anschließend noch fünf Personen mit Namen Müller. Meier usw. an und fragen, "Ist die Wohnung noch zu haben?", und stellt sich dabei heraus, dass dann, wenn mit deutschem Namen angerufen wird, die Wohnung noch zu haben ist, nicht aber, wenn mit arabischem Namen angerufen wird, dann könnte man anhand dieses Vorgangs glaubhaft machen, dass hier eine Diskriminierung vorliegt. Aber das ist wesentlich mehr als die pure Differenzierung.

Das ist aber noch nicht alles, was man zur Beweislast sagen muss. Ich glaube, hier liegt die wahre Crux. Es gibt keine Beweislastregel, die einerseits rechtsstaatlich hinnehmbar wäre und andererseits auch effektiv wäre. Wenn wir die Beweislastregeln so stricken wollten, dass die Diskriminierungsgeschützten davon profitieren, dann müssten sie nämlich genau das regeln, wovon ich eben gesagt habe, dass es so nicht werden wird: Bereits die pure Differenzierung müsste zur Beweislastumkehr führen. Das hielte ich nicht mehr für verhältnismäßig. Es besteht also ein echtes Dilemma: Die Regel, die für den Diskriminierungsschutz effektiv wäre, ist unzulässig; das was zulässig ist, ist nicht effektiv. Ich glaube nicht, dass es einen Zwischenweg gibt.

Ich bin mehrfach auf die Dogmatik angesprochen worden, die meinen Überlegungen zugrunde liegt; einerseits der Bereich Freiheitsrechte, andererseits der Bereich des Art. 3 Abs. 3 GG.

Zu den Freiheitsrechten: Zunächst wurde ich gefragt, ob das, was ich hier vertrete, verwandt sei mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - Glykol, Osho, Ich sehe keinen Zusammenhang, Ich folge einer Konzeption - und so habe ich es auch vorgetragen - flächendeckender Schutzbereiche, die nicht vom Gesetzgeber definiert werden. Was ich gesagt habe ist, dass wir mit dem Adjektiv "privat" nicht zu einem stärkeren Grundrechtsschutz kommen. Wir haben den ganz normalen Grundrechtsschutz des Art. 2 Abs. 1 GG, des Art. 12 GG, des Art. 14 GG; das sind hier die wichtigsten Grundrechte. Diese sind auf herkömmliche Weise anzuwenden. Bloß, Sie wissen alle: sie sind einschränkbar. Der Versuch, der darum unternommen wurde und auf den ich mich eingelassen habe, um ihn zu testen, ist, ob man, indem man bestimmte Freiheitsausübungen als besonders privat bezeichnet, den normalen Grundrechtsschutz stärken kann. Das habe ich verneint. Ich habe also nicht behauptet, dass die grundrechtlichen Schutzbereiche zur Disposition des Gesetzgebers stünden. Es ist vielmehr eine Frage der verfassungsrechtlichen Eingriffsrechtfertigung, inwiefern der Gesetzgeber Eingriffe vornehmen darf. Da bin ich auf einer ganz klassischen Linie, das ist wenig revolutionär. Ich habe lediglich zu zeigen versucht, dass wir mit dem Topos "privat" kein Stück weiter kommen als mit unserer, wie ich finde, starken Grundrechtsdogmatik.

Dass der Grundrechtsschutz in meiner Konzeption im Wesentlichen auf den Schutz durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinausläuft,

auch das wurde kritisiert, ist richtig beobachtet worden. Das ist tatsächlich ganz bewusst so gewählt. Ich halte den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Tat – das ist eine Stelle, an der Herr *Jestaedt* und ich wohl in der juristischen Einschätzung voneinander abweichen – für ein starkes Prinzip. Ich nehme zum einen an, dass er Entscheidungsergebnisse überprüfbar macht; zugegebenermaßen ist er dabei kein sehr starkes Kriterium. Er entfaltet aber zum anderen bereits im Vorfeld rationalisierende Wirkung. Das beobachten wir etwa bei der Richtlinie 2000/78. In dieser Richtlinie ist eine sehr belastende Regelung getroffen: Der Arbeitgeber muss, wenn er behinderte Arbeitnehmer beschäftigt, Arbeitsplätze behindertengerecht ausstatten. Das wäre für meine Begriffe unverhältnismäßig. Genau an dieser Stelle verpflichtet aber bereits die Richtlinie dazu, ganz grob gesagt, Verhältnismäßigkeitserwägungen anzustellen. Hier hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz also bereits im Vorfeld, bei der Gesetzgebung, rationalisierende Wirkung entfaltet. Ich halte ihn deswegen für stark.

Zu Art. 3 Abs. 3 GG: Ich glaube, dass wir gar nicht so weit voneinander entfernt liegen, sofern hier gesagt wurde, in Art. 3 Abs. 3 GG sei doch wegen der Schutzpflichten mehr drin. Die Bereiche, die Sie geltend gemacht haben, können wir über das allgemeine Persönlichkeitsrecht einfangen, das auch nach meiner Auffassung Schutzwirkung hat. Die krassen Diskriminierungsfälle sind also fassbar, insoweit können wir eine Schutzpflicht konstruieren. Ich habe hier allerdings eine sehr viel weitere Diskriminierungsschutzkonzeption vorgestellt. Und für diese, meine ich, trägt Art. 3 Abs. 3 GG rechtsdogmatisch nicht. Das müsste man gründlicher diskutieren.

Es ist das Völkerrecht angesprochen worden, und dafür bin ich besonders dankbar, denn es ist in meinem Referat der Zeitbegrenzung zum Opfer gefallen. Das Völkerrecht hat – und das habe ich kurz gesagt – zwei zentrale Übereinkommen zum Diskriminierungsschutz: Da ist zum einen der Schutz gegen Rassendiskriminierungen, der mir besonders am Herzen liegt, und zum anderen der Schutz gegen Frauendiskriminierung. Beide weisen, darüber kann man überhaupt nicht streiten, Drittwirkungsaspekte auf. Beim Schutz gegen Rassendiskriminierung ist die Reichweite sehr streitig, weil es auch dort kontroverse Öffentlichkeitsklauseln gibt, über deren Reichweite man sich überhaupt nicht einig ist. Das führt auch in der Praxis immer wieder zu Streit. Aber die Übereinkommen erfassen mit Rassen- und Frauendiskriminierung eben nur zwei Merkmale. Die Kritik der Zivilrechtler an den EG-Richtlinien und dem deutschen Umsetzungsentwurf hat sich vor allem daran entfacht, dass über diese Merkmale hinausgegangen wird.

Zum Schluss möchte ich noch auf die Überlegung eingehen, ob das Ganze nicht auch etwas mit Integration zu tun hat. Das halte ich für einen sehr interessanten Gedanken. Hier sind zu Recht zwei Ebenen von Integration unterschieden worden: einmal die europäische Ebene, einmal die nationale. Ich stimme der Vermutung zu, dass die Richtlinien als Versuch gedacht waren, ein Stück europäischer Identifikationsmöglichkeit zu schaffen; in der Annahme, das sei etwas, wo der EU-Bürger sich endlich nicht mehr nur als Marktbürger wahrgenommen sieht, sondern wo es in den Bereich des Politischen hineingeht. Nun ist dieser Versuch aber gerade bei uns nach hinten losgegangen. Bei uns war bislang die Empörung über diese Richtlinien sehr viel größer als der identifikationsermöglichende, integrierende Effekt.

Diesbezüglich nimmt Deutschland allerdings eine Sonderrolle ein, und das sollte man bei der ganzen Diskussion im Auge behalten; es ist in der Anmerkung zum Völkerrecht bereits angeklungen: Wir führen hier einen Sonderstreit: So groß, wie die Aufregung um diese neuen Gesetze bei uns ist, ist sie in keinem anderen Mitgliedstaat Europas, und das sollte dann vielleicht doch zu denken geben. Vielen Dank.

Jestaedt: Meine Damen und Herren, ich möchte Ihnen meinen Dank dadurch abstatten, dass ich jetzt nicht in wohlgesetzten Worten noch einmal zu einem allgemeinen Statement aushole, sondern dadurch, dass ich mich bemühe, auf alle kritischen Anmerkungen und Nachfragen einzugehen. Zunächst einmal: Ich werde meine Antwort in elf Punkte untergliedern. In den ersten drei Punkten geht es weniger um Dogmatik als vielmehr um Normen – und seien sie auch solche in statu nascendi. Das wird sich, glaube ich, relativ schnell abhandeln lassen.

Lieber Herr *Häberle*, ich denke, ich kann Ihre Befürchtung bezüglich der "Unwort-Richtlinie" zerstreuen. Denn die Einigung, die am 4. Oktober im Ministerrat stattgefunden hat, ist auf der Grundlage eines niederländischen Kompromissvorschlages erfolgt, der den Richtlinieninhalt in dem kritischen Punkt dramatisch entschärft hat. Das heißt, Sie dürfen das Geschlecht als versicherungsmathematischen Faktor einsetzen – ich verkürze etwas –, soweit es sich dabei um einen statistisch belegbaren Risikofaktor handelt. Ausgenommen sind insoweit Schwangerschaft und Mutterschaft: die dürfen Sie keinesfalls als versicherungsmathematisch relevantes Risiko einstufen; da wir dieses Ergebnis aber ohnedies mit Art. 6 Abs. 4 GG begründen können, brauchen wir uns insofern nicht an das Europarecht zu wenden.

Das Zweite: Herr *Jochum*, ich möchte es kurz und verletzend machen. Zur formellen Primärrechtskonformität der Richtlinie nur zwei Gesichtspunkte. Erstens: Die Richtlinie lautet – Sie sehen mich in der Rolle eines

Europarechtsverteidigers, das tue ich gerne – in Art. 3 Abs. 1: "Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt diese Richtlinie …". Die Richtlinie wiederholt hier schlicht den Text des Primärrechts. Sie wollen nicht im Ernst behaupten, dass Sie angesichts dessen eine Primärrechtswidrigkeit begründen können?

Der zweite Gesichtspunkt: Das Stichwort "Tabakwerberichtlinie". Da muss man, glaube ich, der Ehrlichkeit halber sagen, wenn man nicht die Entscheidung zur Tabakproduktrichtlinie hinzunähme, könnte man jenes Urteil in den vollkommen falschen Hals bekommen, könnte man glauben, der EuGH würde ernst machen mit der Kompetenzkontrolle zu Lasten der Gemeinschaft. Ich fürchte, wenn Sie die zweite Entscheidung zur Tabakproduktrichtlinie lesen, dann ist klargestellt, dass über den Art. 95 EG, sogar ungeachtet des Umstands, dass es im Vertrag Spezialbestimmungen gibt, der Gemeinschaft eine kaum gezügelte Kompetenz attestiert wird. Die diesbezüglichen Ausführungen habe ich aber in der Tat sehr kurz gehalten, weil ich anderes zu behandeln hatte als die formelle Primärrechtskonformität, die von niemandem in Zweifel gestellt wird – von fast niemandem.

Dritter Punkt: Art. 23 GG. Herr Hillgruber, da sehe ich mich nun in der Situation, auf der einen Seite Ihre Bedenken zu wesentlichen Stücken zu teilen, zum anderen aber muss ich dann doch denjenigen hervorkehren, der dem positiven Recht Rechnung tragen möchte. Art. 23 GG ist doch wohl zu verstehen als die Kodifikation der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, als Kodifikation der Solange-Judikatur. Diese Solange-Judikatur aber weist, meine ich - und da treffen wir uns vielleicht -, insoweit einen strukturellen Mangel auf, als die generelle Gleichartigkeit des Schutzes, die dort eingefordert wird, einfach gemessen wird an der Frage: Gibt es auf Gemeinschaftsebene gleichartige Grundrechte, und sehen die so ähnlich aus und "schmecken" die so ähnlich wie die grundgesetzlichen? Im Hintergrund bleibt demgegenüber die Frage, ob die Gemeinschaftsrechtsakte selbst daran gemessen werden. Die Akte der Mitgliedstaaten werden ja in deutlich stärkerem Umfange und mit anderen Konsequenzen, auch forensischen Konsequenzen, daran gemessen. Deswegen denke ich, das Problem liegt eher in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, die freilich in den Rang positiven Verfassungsrechts erhoben worden ist. Deswegen sehe ich mich im Moment außerstande, Ihren inhaltlich mehr als verständlichen Kritikpunkten positivrechtlich Rechnung zu tragen.

Vierter Gesichtspunkt: Frage zu These 19. Lieber Herr *Geis*: Präzisierung, natürlich. Ich habe das einmal in den Raum geworfen, die Schriftfassung enthält auch ein paar weitergehende Hinweise. Präzisierung, ja, vielleicht in zwei Richtungen; einmal gedacht ist an so etwas Ähnliches – Frau *Britz* hat es bereits angesprochen – wie die Sphärentheorie: Je enger wir an

den Persönlichkeitskern, die identitätsprägenden Merkmale, die man vor niemandem mehr zu rechtfertigen hat – nebenbei: die kleinste Minderheit ist das Individuum, das Unteilbare –, je näher man also an diesen Kern kommt, desto weniger brauchen Sie eine Legitimation für eine Differenzierung, desto weniger können Sie, umgekehrt, einen Diskriminierungsschutz, also ein Gleichbehandlungsgebot, rechtfertigen. Die angesprochene Richtlinie 2000/78/EG, die Rahmenrichtlinie, bringt das ja auch zum Ausdruck mit ihrer Bestimmung zur Tendenzschutzklausel, die zugunsten von Kirchen und sonstiger Tendenzbetriebe in diesem allgemeineren Sinne wirkt.

Zweitens: "Unbefangene Wahrnehmung" – nur ganz kurz das Stichwort. Ich dachte, da so viele Richter des Ersten Senats anwesend sind, dürfte ich hier verklausuliert, nicht boshaft, auf den chilling effect anspielen, wenn man ihn denn bei Art. 5 Abs. 1 GG aktiviert. Für die Meinungsfreiheit wird man ihn, denke ich, auch im Kontext der Antidiskriminierung aktivieren dürfen: Diskriminierungsverbote dürfen nicht einschüchternd wirken auf die Wahrnehmung von Grundrechtsfreiheiten.

Punkt fünf: Kontrahierungszwang. Herr Classen, diese Stelle in meinem Vortrag ist das Opfer einer Kürzung; der von Ihnen angesprochene Gedanke geht weiter: "substituiert oder in anderer Weise sanktioniert". Wenn Sie Schadensersatzpflichten daran knüpfen, wie Sie Ihre Vertragsfreiheit ausüben, ist das auch ein Grundrechtseingriff. Es geht also, erstens, nicht nur um den Kontrahierungszwang im engeren Sinne. Zweitens: § 319f Abs. 2 S. 1 des aus dem Bundesfamilienministerium stammenden Entwurfes eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes sagt eben: "Im Fall einer Vertragsverletzung kann der Gläubiger den Abschluss einen Vertrages nur verlangen, wenn dieser ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre." Also, vorgesehen ist ein Kontrahierungszwang, wenn auch nur eingeschränkt.

Dann sechstens: Art. 3 Abs. 3 GG, da waren mehrere Fragen, Frau Mager, auch Herr Ruffert. Dazu würde ich gerne die von Herrn Ruffert selbst und von Frau Osterloh vertretene These vom flankierenden Diskriminierungsschutz in den Raum stellen, also eines Freiheitsschutzes, der flankiert wird von den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG. Das finde ich eine sehr sympathische Idee. Es ist ja mehrfach angesprochen worden, dass man, je stärker man auf Art. 1 GG, auf die Menschenwürde, zusteuert, desto eher auch Schutzpflichten, also die Rundumwirkung der Verfassungsgebote, wird annehmen können. Nur ist die Frage, was über den Schutz, den das Persönlichkeitsrecht auf der einen Seite und namentlich die Religionsfreiheit auf der anderen Seite bereits vermitteln, hinaus mit dem flankierenden Schutz gewonnen ist. Ihre eigene Habilitationsschrift, Herr Ruffert, bleibt die Antwort da schuldig; ich selbst habe auch noch keine gefunden, ehrlich gesagt.

Siebter Bemerkungspunkt: Generalklausel, die offene Verbotsnorm. Kann man die uminterpretieren? Mit Verlaub, natürlich kann man das: Wenn man das Instrument der verfassungskonformen Auslegung, also der geläufigen Verwechslung der Rechtsinhalts- mit der Rechtsgeltungsfrage zur Anwendung bringt, ist das keine Schwierigkeit. Nur das halte ich für methodologisch unhaltbar. Aber noch einmal zur Klarstellung: Wenn Sie das begründen wollen, dann können Sie das mit der verfassungskonformen Auslegung natürlich tun – freilich mit der Folge, dass sie genau dort die Normebenen überspringen.

Achter Punkt: Die These des Naturrechts. Meine These 20 zu Recht und Moral ist zugegebenermaßen sehr kurz, ja verkürzend ausgefallen. Ich wollte sagen: Das ist eine rechtspolitische Problematik, und da muss man viel weiter denken.

Das Naturrecht, lieber Herr Steiger, fürchte ich, hilft uns hier aber auch nicht weiter. Der kantische Rechtsbegriff ist ein Begriff der Rechtsphilosophie und der Rechtsethik, er ist nicht Maßstab des positiv geltenden Verfassungsrechts. Eine Norm ist nicht deswegen verfassungswidrig, kann nicht deswegen in ihrem Gesetzesinhalt derogiert werden vom Verfassungsrecht, weil sie dem kantischen Rechtsbegriff widerspricht.

Nebenbei, das gilt dann auch für die weitere Bemerkung mit Art. 2 Abs. 1, der Trias und dem Sittengesetz, sowie Art. 3 Abs. 3 als dem ordre public. Hier wird, glaube ich, grundlegend verkannt, dass eben der Verfassungsstaat auf der Asymmetrie beruht, dem sogenannten rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip: dass eben der Einzelne sich zunächst einmal nicht zu rechtfertigen hat, sondern ganz im Gegenteil der Staat unter den demokratischen und grundrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen steht und handelt. Es geht also – das scheint mir wichtig zu sein – nicht um ein Ergebnis; es kann am Ende in vielerlei Punkten Ergebnisgleichheit bestehen, was die Diskriminierungsverbote angeht. Die Begründungen sind – entsprechend den unterschiedlichen Begründungslasten – jedoch ganz unterschiedlich. Und die sind eben manchmal nicht zu erbringen, beziehungsweise im einen Fall gelten sie unmittelbar qua Verfassung, im anderen Falle ist es auf der Grundlage einer politischen Entscheidung, die ihrerseits sich vor der Verfassung zu rechtfertigen hat.

Damit bin ich beim neunten Punkt: Beim "kategorialen Unterschied". Werden die Grundrechte nicht aus dem öffentlichen Raum verdrängt? Ich denke: nein. Noch einmal, es geht um Begründungen. Es geht nicht darum, dass grundrechtliche Wertungen nicht hineintransportiert werden könnten in Gesetze, die auch Private binden. Private sind sowieso nicht an Grundrechte gebunden, sie können ohnehin nur über die Transformation durch das Gesetz gebunden werden. Von daher sehe ich nicht das Problem einer Verdrängung grundrechtlicher Wertungen aus dem öffentlichen Raum.

Das leitet über zum vorletzten Punkt, zur These, den Sozialstaat einzusetzen, um Gleichheit durchzusetzen. Ich denke, Herr $Gro\beta$, ich kann mich dieser These nicht anschließen. Ich würde mich vielmehr jenen anschließen, die sagen: Aktivierung des Sozialstaatsprinzips, um die Störung des sozialen Miteinanders abzuwehren, um den sozialen Frieden, die Integration zu fördern. Von diesem Standpunkt aus lässt sich leicht erkennen, dass der Diskriminierungsschutz ein typisches Medium ist zur Integration heterogener Gesellschaften wie z.B. den Vereinigten Staaten von Amerika, zur Integration heterogener Ordnungen wie der Europäischen Gemeinschaft – denn die Marktzugangsfreiheiten sind ja zunächst einmal allesamt Diskriminierungsverbote. Warum denn? Wegen der Heterogenität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.

Und damit bin ich bei meinem letzten Stichwort. Herr Nettesheim hatte eine wunderbare Steilvorlage gegeben: In der Tat, man muss verfassungstheoretisch die Anschlussfähigkeit von Begriffen und Theoremen berücksichtigen. "Anglizismus", "Amerikanismus" - sehen Sie mir bitte die Pointierung nach, ich wollte es auf den Punkt bringen. Die Unterscheidung privat-öffentlich, private-public, ist keine Unterscheidung - ich denke, Frau Britz hat das sehr deutlich gemacht -, mit der wir verfassungstheoretisch so ohne weiteres etwas anfangen können. Unsere Unterscheidung ist die von Staat und Gesellschaft, von demokratisch rechtfertigungsfähiger, grundrechtsgebundener Staatsgewalt einerseits und zunächst einmal freier "Gewalt" des Privaten andererseits. Das sind unsere Probleme der Anknüpfung, und bei uns besteht eben das ganz große Problem: Können wir auf der Grundlage der importierten Unterscheidung von private-public eine vernünftige Grenze ziehen? Wir verfügen eben nicht über die Selbstsicherheit, die man im angloamerikanischen Umfeld besitzt. Ich darf insoweit zitieren aus der Presseerklärung des Rates vom 4. Oktober: Darin steht, dass es nur um Dienstleistungen und Güter gehe "offered outside the area of private and family life". Haben wir im Deutschen die Selbstsicherheit zu sagen, das sind begrenzungsfeste, aus sich heraus klar abgegrenzte Kategorien? Ich fürchte nein, und deswegen haben wir Anschlussschwierigkeiten. Dankeschön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Jestaedt. Was dem Diskussionsleiter nur bleibt, ist ein herzliches Wort des Dankes. Ich denke, in der langen Geschichte der Freitag Nachmittag-Diskussionen der Vereinigung war das ein ganz besonders lebendiger und durch hohe Präsenz ausgezeichneter Nachmittag und dazu haben vor allen Dingen die Referentin und der Referent sehr beigetragen, aber auch die ganze Diskussion. Die Veranstaltung ist geschlossen.