

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 334

**Die Grenzen
zulässiger Diskriminierung
im allgemeinen Zivilrecht**

Von

Jens C. Dammann



Duncker & Humblot · Berlin

JENS C. DAMMANN

Die Grenzen zulässiger Diskriminierung
im allgemeinen Zivilrecht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 334

Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht

Von

Jens C. Dammann



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main
hat diese Arbeit im Jahre 2004 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 30

Alle Rechte vorbehalten
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-11771-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2004 als Dissertation an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main angenommen. Der am 15. Dezember 2004 vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien ist nachträglich eingearbeitet worden. Gleiches gilt für die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Dank gebührt in erster Linie meinem Doktorvater und Lehrer Prof. Dr. Manfred Wolf, der mir seit meinen Tagen als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl ein stetes Vorbild und ein ebenso steter Förderer gewesen ist.

Gedankt sei auch Prof. Dr. Wolfgang Schön. Die vorliegende Dissertation ist im Wesentlichen während der Jahre entstanden, in denen ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter und später als Referent in der von ihm geleiteten Abteilung Rechnungslegung und Steuern des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München tätig war. Sein Denken hat mich in vielerlei Hinsicht beeinflusst und bereichert.

Bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Helmut Kohl, der das Zweitgutachten zu dieser Arbeit verfasst hat. Er ist mir schon während meiner Zeit als Student in Frankfurt ein wichtiger Lehrer gewesen.

Der Yale Law School schulde ich Dank dafür, dass ich nach dem Erwerb des LL.M. sowie des J.S.D. noch einmal als Visiting Scholar wiederkehren durfte. Dieser Aufenthalt hat es mir ermöglicht, die amerikanische Literatur zum Antidiskriminierungsrecht zu erschließen.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Frau Amina, unserem Sohn Jorn und unserer Tochter Jael.

Jens C. Dammann

Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
<i>Teil 1</i>	
Der verfassungsrechtliche Rahmen	29
Kapitel 1	
Verfassungsunmittelbare Diskriminierungsverbote	29
I. Die Frage nach der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 3 GG	30
1. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als Norm mit unmittelbarer Drittwirkung?	35
2. Exkurs: Die Gleichheitssätze als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB	36
II. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 GG	37
1. Die Deutung des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG als Verbot der Aberkennung der Menschenwürde	40
2. Die Staatsgerichtetheit der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde	45
Kapitel 2	
Art. 3 GG als Grundlage staatlicher Verpflichtungen zur Verhinderung von Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr	48
I. Die gesellschaftliche Dimension der Gleichheitssätze	49
1. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	49
2. Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG	50
3. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	52
4. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	53

5. Art. 3 Abs. 1 GG	59
a) Die Einwände gegen eine gesellschaftliche Dimension des Art. 3 Abs. 1 GG	60
b) Die Begründbarkeit der gesellschaftlichen Dimension des Art. 3 Abs. 1 GG	63
II. Die Verhinderung systematischer Diskriminierung als Ziel der Gleichheitssätze ...	66
1. Die Mehrdeutigkeit des Begriffs der Chancengleichheit	68
2. Grundsätzliche Überlegungen zur Präzisierung des Begriffs der Chancengleichheit	69
3. Die einzelnen Gleichheitssätze	71
a) Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	71
b) Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	74
c) Art. 3 Abs. 1 GG	75
d) Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG	75
e) Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	76
III. Die Annahme einer staatlichen Verpflichtung zur Verhinderung systematischer Diskriminierung	77
1. Die Auslegung der einzelnen Bestimmungen des Art. 3 GG	78
a) Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	80
b) Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG	81
c) Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	81
d) Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG	83
2. Der Rekurs auf die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten	84
a) Die positive Begründung der Anwendbarkeit der Lehre von den Schutzpflichten	85
b) Die Möglichkeit eines Umkehrschlusses aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	87
(1) Die Erwähnung von Schutzpflichten in einzelnen Freiheitsgrundrechten	88
(2) Die Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	88
(3) Die Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	89
IV. Chancengleichheit und Gewaltenteilung	91
1. Rechtsprechung und Literatur	92

Inhaltsverzeichnis	9
2. Stellungnahme	93
a) Präferenzbedingte Diskriminierung	95
(1) Präferenzbedingte Diskriminierung durch Unternehmen	97
(a) Diskriminierung durch Unternehmen im Falle funktionierenden Wettbewerbs	97
(b) Diskriminierung durch Unternehmen bei fehlendem Wettbewerb	98
(c) Zusammenfassung	99
(2) Präferenzbedingte Diskriminierung durch Verbraucher oder Arbeitnehmer	100
b) Instrumentale Diskriminierung	102
(1) Statistische Diskriminierung	102
(a) Statistische Diskriminierung auf der Grundlage zutreffender statistischer Aussagen	103
(b) Vermeintliche Unterschiede	105
(2) Rücksichtnahme auf das diskriminierende Verhalten Dritter	105
c) Ergebnis	107

Kapitel 3

Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG als Grundlage einer Verpflichtung des Staates zur Verhinderung von Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr 107

- | | |
|---|-----|
| I. Die Diskriminierung als Leugnung des Eigenwerts des Diskriminierungsopfers | 109 |
| II. Die Diskriminierung als Gefahr für die Grundlagen menschlicher Würde | 112 |

Teil 2

Schutz vor Diskriminierung im Rahmen der allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches 114

Kapitel 4

Die Entscheidung des Gesetzgebers für den grundsätzlichen Vorrang der Freiheit 114

- | | |
|---|-----|
| I. Die Relevanz der Fragestellung | 114 |
| II. Der allgemeine Gleichheitssatz | 117 |
| 1. Die Vorgaben des Antidiskriminierungsgesetzes | 118 |
| 2. Die vor Erlass des Antidiskriminierungsgesetzes bestehenden speziellen Diskriminierungsverbote | 119 |

3. Die gescheiterten Anläufe zur Verabschiedung umfassender Diskriminierungsgesetze	122
4. Die Aufhebung bestehenden Antidiskriminierungsrechts	125
a) Die Aufhebung des Diskriminierungsverbots im alliierten Dekartellierungsrecht	125
b) Die Aufhebung des Rabattgesetzes	127
5. Die Ubiquität des Konflikts zwischen Freiheit und Gleichheit	131
III. Art. 3 Abs. 3 S. 1 u. 2 GG	131
IV. Art. 3 Abs. 2 S. 1 u. 2 GG	132
V. Zusammenfassung	134

Kapitel 5

Marktmacht als Grund für die Annahme eines Vorrangs der Gleichheit vor der Freiheit 134

I. Diskriminierungsschutz im Rahmen des GWB	136
1. § 19 Abs. 4 GWB	137
a) Der Behinderungsmisbrauch gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB	137
(1) § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB als Schutzgesetz im Sinne des § 33 GWB ...	137
(2) § 134 BGB	138
b) Der Ausbeutungsmisbrauch gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB	140
(1) § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB als Schutzgesetz im Sinne des § 33 GWB ...	141
(2) Die Anerkennung eines Erheblichkeitszuschlages	144
c) Die Preisspaltung gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB	148
(1) Der Normzweck des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB	149
(a) Die Verhinderung überhöhter Preise	149
(b) Die Verhinderung einer Schädigung des Wettbewerbs durch Preisdifferenzierung	149
(c) Der Schutz der Marktgegenseite vor Diskriminierung	151
(2) Die Beweislastverteilung	152
(3) Die Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB im Falle des Fehlens missbräuchlicher Preise	154
(4) § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB als Schutzgesetz im Sinne des § 33 GWB ...	157
2. Die Diskriminierung im Rahmen des § 19 Abs. 1 GWB	157
a) Diskriminierung im Falle überhöhter Preise	157

Inhaltsverzeichnis	11
b) Die Verweigerung des Vertragsabschlusses	159
c) Diskriminierung ohne Preisüberhöhung oder Vertragsverweigerung	160
3. Zusammenfassung	161
II. Diskriminierung und Marktmacht im Rahmen des BGB	161
1. Die Angewiesenheit des Vertragspartners auf bestimmte Güter oder Leistungen	163
2. Die fehlende Disziplinierungswirkung des Wettbewerbs	164

Kapitel 6

Diskriminierung und asymmetrische Information	166
I. Ökonomische Grundlagen	166
1. AGB-Recht und Informationsökonomie	166
2. Die Bekämpfung informationeller Ungleichgewichte	169
II. Diskriminierende Klauseln und AGB-Recht	170
1. Der Vorbehalt des § 307 Abs. 3 BGB	170
2. Das Verbot unangemessener Klauseln	171
a) Diskriminierung als Benachteiligung	171
(1) Die Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Interessen	172
(2) Intransparenz als Nachteil	173
b) Die Unangemessenheit der Benachteiligung	175
3. Zwei Anwendungsfälle	177
a) Die VBL-Entscheidung des BGH vom 30. 9. 1998	177
b) Die Bundesbahnbeamten-Entscheidung des BGH vom 10. 9. 2003	179

Kapitel 7

Außerrechtliche Maßstäbe	181
I. Ethik	181
II. Herrschende Sozialmoral	183
1. Diskriminierung und Sozialmoral	185
2. Sozialmoral und gesetzgeberische Wertentscheidungen	186

Kapitel 8

Interessenabwägung und rechtsordnungsimmanente Wertungen	187
I. Die Einfallstore für eine allgemeine Interessenabwägung	187
II. Die Begründung eines Übergewichts der Interessen des Diskriminierungsopfers ...	189
1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	189
2. Einfachgesetzliche Vorgaben	190
a) Die Vorschrift des § 185 StGB	190
b) Das Schikaneverbot des § 226 BGB	191
c) Das Rassendiskriminierungsübereinkommen von 1966	193
3. Die Vornahme einer Abwägung in Abwesenheit besonderer Wertungsvorgaben	194

Teil 3

Der Schutz vor Rassendiskriminierung aufgrund der Richtlinie 2000/43/EG	196
--	-----

Kapitel 9

Der Begriff der unmittelbaren Diskriminierung in der Richtlinie 2000/43/EG	197
I. Der normative Kontext	198
1. Die Verwendung paralleler Definitionen in den Richtlinien 76/207/EWG, 2000/78/EG und 2004/113/EG	198
2. Die Notwendigkeit eines einheitlichen Verständnisses des Verbots der unmittelbaren Diskriminierung in den Richtlinien 76/207/EWG, 97/80/EG, 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG	200
II. Formales oder wertendes Verständnis?	204
1. Die Verwendung des missbilligten Unterscheidungskriteriums in Normen	204
2. Die nicht normierte Entscheidungsfindung	206
III. Der Formalismus der Literatur	207
1. Die Forderung nach einer ausdrücklichen Diskriminierung	208
2. Die Forderung nach einer vorsätzlichen Diskriminierung	209
3. Ausnahmen vom Direktheitserfordernis	210

IV. Die Rechtsprechung des EuGH zwischen Wertung und Formalismus	213
1. Rs. C-177/88 (Dekker)	213
2. Rs. C-179/88 (Hertz)	215
3. Rs. C-421/92 (Habermann-Beltermann)	218
4. Rs. C-32/93 (Webb)	220
5. Rs. C-400/95 (Helle Elisabeth Larsson)	222
6. Rs. C-136/95 (Evelyne Thibault)	222
7. Rs. C-394/96 (Mary Brown)	223
8. Rs. C-207/98 (Mahlburg)	225
9. Rs. C-66/96 (Dansk Handel)	226
10. Rs. C-109/00 (Tele Danmark)	228
11. Rs. C-438/99 (Jiménez Melgar)	230
12. Rs. C-320/01 (Wiebke Busch)	230
13. Zusammenfassung	232
V. Die Notwendigkeit eines wertenden Ansatzes	233
1. Das Kriterium der Ausdrücklichkeit	233
2. Die Forderung nach einer vorsätzlichen Diskriminierung	236
3. Der Direktheitsgrundsatz	238
VI. Die Reichweite des Verbots unmittelbarer Diskriminierung	239
1. Grundlagen	239
a) Die Chancengleichheit als Ziel des Verbots unmittelbarer Diskriminierung	239
b) Das Konzept der Chancengleichheit	240
c) Das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung als absolutes Verbot	242
2. Die möglichen Ursachen der Ungleichbehandlung	244
a) Die Vorstellung des Diskriminierenden von der Rasse beziehungsweise ethnischen Herkunft als zwingende Voraussetzung der Ungleichbehandlung	244
(1) Präferenzbedingte Diskriminierung	244

(2) Instrumentale Diskriminierung	245
(a) Die Vermeidung von Schutzbestimmungen	246
(b) Statistische Diskriminierung	248
(aa) Rückschlüsse auf unzulässige Entscheidungsfaktoren	248
(bb) Rückschlüsse auf zulässige Entscheidungsfaktoren	248
α) Die Verwendung zutreffender Annahmen	249
β) Die Verwendung unzutreffender Annahmen	253
(3) Kognitive Fehlleistungen	253
(4) Die irrtümliche Zuordnung einer Person zu einer diskriminierungs- gefährdeten Gruppe	256
b) Risiken einer Ungleichbehandlung, die eine Vorstellung des Diskriminie- renden von der Rasse beziehungsweise der ethnischen Herkunft nicht zwingend voraussetzen	258
(1) Die Berücksichtigung von Faktoren, die auf die Rasse oder ethnische Zugehörigkeit zurückgehen	258
(2) Rücksichtnahme auf Dritte	260
(a) Die Antizipation diskriminierenden Verhaltens Dritter	261
(b) Die Reaktion auf diskriminierendes Verhalten Dritter	261
3. Ergebnisse	263

Kapitel 10

Der Begriff der mittelbaren Diskriminierung in der Richtlinie 2000/43/EG

	264
I. Das normative Umfeld	265
1. Die Legaldefinitionen in den Richtlinien 76/207/EWG, 97/80/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG	265
2. Die Möglichkeit einer einheitlichen Auslegung der Verbote mittelbarer Dis- kriminierung	267
II. Die Eignung zur Benachteiligung	268
1. Der historische Hintergrund	268
2. Die „neuen“ Definitionen der mittelbaren Diskriminierung	270
a) Die Präambeln der Richtlinien 2002/73/EG, 2000/43/EG und 2000/78/EG	271
b) Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2000/43/EG	273

3. Die Konkretisierung des Merkmals der Eignung zur besonderen Benachteiligung	276
a) Das Fehlen konkreter Anhaltspunkte für eine Eignung zur besonderen Benachteiligung	276
(1) Die Insuffizienz der bloßen Möglichkeit einer Benachteiligung	277
(a) Der systematische Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG	277
(b) Die Entstehungsgeschichte	278
(aa) Rs. C-237/94 (John O'Flynn)	278
(bb) Rs. C-278/94 (Kommission/Belgien)	279
(cc) Rs. C-57/96 (H. Meints)	280
(2) Die Suffizienz einer im konkreten Fall nicht widerlegten abstrakten Gefahr	281
(3) Das Fehlen einer besonderen Benachteiligung im Einzelfall	282
(4) Das Fehlen einer typisierten Eignung zur Benachteiligung	283
(5) Zusammenfassung	285

Kapitel 11

Die Verteilung der Beweislast gemäß der Richtlinie 2000/43/EG	286
I. Das normative Umfeld	286
1. Die Beweislastregelungen in den Richtlinien 97/80/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG	286
2. Die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung	287
II. Rechtsprechung und Schrifttum	290
III. Stellungnahme	292
1. Die Glaubhaftmachung	293
a) Der Wortlaut der Richtlinie	293
b) Die Systematik	296
c) Die Begründung des Kommissionsvorschlages	297
d) Der Begriff der Glaubhaftmachung in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 97/80/EG	298
(1) Der Zweck des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 97/80/EG	299
(a) Rs. 96/80 (Jenkins)	300
(b) Rs. 170/84 (Bilka Kaufhaus)	301
(c) Rs. 109/88 (Danfoss)	302
(d) Rs. C-33/89 (Kowalska)	304

(e) Rs. C-184 / 89 (Nimz)	305
(f) Rs. C-127 / 92 (Enderby)	306
(g) Rs. C-400 / 93 (Dansk Industri)	309
(h) Zusammenfassung	310
(2) Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 97 / 80 / EG	311
(a) Die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses	311
(b) Die Gründe für die Wortwahl	312
e) Zusammenfassung	316
2. Die Beschaffenheit der Vermutungstatsachen	316
a) Eine Vorfrage zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Beweislastregelungen	317
b) Die Unhaltbarkeit der Wahrscheinlichkeitsthese	319
(1) Der Wortlaut	320
(2) Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 97 / 80 / EG	320
(3) Der Umgang mit entlastenden Indizien bei Zugrundelegung des Gewissheitsstandards als Regelbeweismaß	324
(4) Der Umgang mit entlastenden Indizien bei Zugrundelegung des Wahrscheinlichkeitsstandards als Regelbeweismaß	326
c) Die Notwendigkeit eines normzweckorientierten Ansatzes	328
(1) Die Rechtfertigung des Transparenz-Kriteriums	329
(a) Juristisch-ökonomische Vorüberlegungen	329
(b) Die Berechtigung des Transparenz-Kriteriums	331
(aa) Die Auslegung der Richtlinie 97 / 80 / EG	332
α) Der Kommissionsvorschlag vom 20. 9. 1996	332
β) Die primärrechtliche Verankerung der Rechtsprechung zur Beweislastverteilung	334
γ) Die Nichtrückschrittsklausel des Art. 6 S. 1 der Richtlinie 97 / 80 / EG	335
(bb) Die Hinweise auf die Begründungslast des Arbeitgebers in der Begründung des Kommissionsvorschlages	335
(cc) Der Zweck der Beweislastregelung	337
(c) Die Gestalt des Transparenz-Tatbestandes	337
(aa) Die Annahme einer allgemeinen Begründungsobliegenheit	338
(bb) Die Zuverlässigkeit der zur Verfügung gestellten Informationen	338
(cc) Konsequenzen	339
(2) Die Beweislast im Falle mittelbarer Diskriminierung	341
(3) Weitere Tatbestände einer Beweislastverlagerung?	342
IV. Zusammenfassung	343

Teil 4

Das Antidiskriminierungsgesetz 344

Kapitel 12

Der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots 345

I. Massengeschäfte	346
1. Das Erfordernis einer Vielzahl von Fällen	346
a) Der Begriff der Vielzahl	346
b) Der maßgebliche Akteur	349
2. Das Ansehen der Person	349
a) Die Einbeziehung aller Eigenschaften einer Person	350
b) Welche der in § 1 ADG genannten Eigenschaften einer Person sind entscheidend?	351
3. Der Verweis auf den typischen Verlauf	355
II. Geschäfte, bei denen das Ansehen der Person von nachrangiger Bedeutung ist	355
III. Zusammenfassung	361

Kapitel 13

Der Begriff der Benachteiligung 361

I. Die Bedeutung der Richtlinien 76/207/EWG, 97/80/EG, 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG	362
1. Die richtlinienkonforme Auslegung	362
2. Die richtlinienkonforme Auslegung kraft nationalen Rechts	363
II. Das Verbot der unmittelbaren Benachteiligung	366
1. Die Berücksichtigung der mit den Merkmalen im Sinne des § 1 ADG zusammenhängenden Merkmale	367
a) Der Begriff des Zusammenhangs in § 3 Abs. 1 S. 2 ADG	368
(1) Der Begriff des Zusammenhangs im Falle der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	368
(2) Der Begriff des Zusammenhangs im Falle der Diskriminierung aufgrund anderer Merkmale im Sinne des § 1 ADG	370
b) § 3 Abs. 1 S. 2 ADG als Grundlage eines Umkehrschlusses	371

2. Die irrtümliche Zuordnung	373
III. Die mittelbare Diskriminierung	374
IV. Zusammenfassung	375

Kapitel 14

Die Beweislastverteilung 376

I. Die Vorgaben der Richtlinien 97/80/EG, 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG	376
II. Die Verlagerung der Beweislast jenseits gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben	378
1. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung aufgrund erwiesener Hilfstatsachen	378
2. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Hilfstatsachen	379
3. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Vermutungstatsachen ohne überwiegende Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung	380
III. Zusammenfassung	381

Kapitel 15

Zusammenfassung der Ergebnisse 381

I. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben	381
II. Der Schutz vor Diskriminierung im Rahmen des Bürgerlichen Rechts	382
1. Marktmacht	383
2. Informationsungleichgewichte	383
3. Ethik und herrschende Moralvorstellungen	384
4. Interessenabwägung	385
III. Die Vorgaben der Richtlinie 2000/43/EG	385
1. Das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung	385
2. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung	386
3. Die Beweislastverteilung	386

Inhaltsverzeichnis	19
IV. Das geplante Antidiskriminierungsgesetz	387
1. Der Anwendungsbereich	387
2. Der Inhalt des Benachteiligungsverbots	388
3. Die Beweislastverteilung	389
Literaturverzeichnis	390
Personen- und Sachwortverzeichnis	415

Einführung

Thema der vorliegenden Arbeit sind die Grenzen zulässiger Diskriminierung beim Abschluss und bei der Gestaltung von Verträgen im Bereich des allgemeinen Zivilrechts.

Im Kern geht es bei dieser Problematik wie bei den meisten zivilrechtlichen Fragestellungen¹ um die angemessene Bewältigung eines Interessenkonflikts: Auf der einen Seite gilt es die Belange der diskriminierenden Partei zu berücksichtigen, der aus den verschiedensten Gründen daran gelegen sein mag, ihre Vertragspartner unterschiedlich zu behandeln. Auf der anderen Seite ist das Interesse der diskriminierten Partei an der Vermeidung einer solchen Ungleichbehandlung zu bedenken. Hinzu kommen, auch insoweit besteht keine Besonderheit gegenüber anderen zivilrechtlichen Konfliktsituationen, Interessen Dritter oder der Gesellschaft insgesamt an der Ermöglichung oder Verhinderung diskriminierender Verhaltensweisen.

Das geplante Antidiskriminierungsgesetz (ADG)² verspricht, den beschriebenen Interessenkonflikt zumindest in gewissem Umfang zugunsten des Diskriminierungsopfers zu entscheiden. Gemäß § 1 ADG ist es das Ziel des Gesetzes, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 20 ADG konkretisiert diese Zielsetzung dahingehend, dass eine Benachteiligung bei solchen zivilrechtlichen Schuldverhältnissen verboten ist, die

- „1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder
2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben[.]“³

¹ Vgl. nur die zeitlos richtige Beobachtung von *Wolfgang Riefner*, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 5, 2. Aufl., 2000, § 117 Rn 66 („Das Zivilrecht hat es stets mit widerstreitenden Interessen verschiedener Bürger zu tun, zwischen denen ein Ausgleich zu suchen ist.“).

² Siehe Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16. 12. 2004, BT-Drucks. 15/4538, S. 5.

³ Siehe Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16. 12. 2004, BT-Drucks. 15/4538, S. 8.

Wenngleich damit für bestimmte Fallkonstellationen ausdrückliche Vorgaben geschaffen werden, muss man sich vor der Annahme hüten, die in dieser Arbeit thematisierte Frage nach den Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht werde durch das Antidiskriminierungsgesetz abschließend beantwortet. Vielmehr gilt es auch dann, wenn das Antidiskriminierungsgesetz wie geplant erlassen werden sollte, zu klären, in welchem Umfang die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere die Generalklauseln, Schutz vor Diskriminierung gewährleisten. Dies hat vor allem zwei Gründe:

So gilt es zunächst zu bedenken, dass der Merkmalskatalog des § 1 ADG keineswegs alle Merkmale erfasst, die Anlass systematischer gesellschaftlicher Diskriminierung sein können. Zwar geht das Antidiskriminierungsgesetz mit Blick auf das allgemeine Zivilrecht deutlich über die Vorgaben der Richtlinien 2000/43/EG⁴ und 2004/113/EG hinaus, die lediglich die Diskriminierung wegen der Rasse⁵ oder der ethnischen Herkunft beziehungsweise wegen des Geschlechts verbieten. Un erwähnt bleiben aber beispielsweise Merkmale wie Armut oder Arbeitslosigkeit.

Ganz abgesehen von der Begrenzung des Antidiskriminierungsgesetzes auf bestimmte Merkmale bleibt der bürgerlich-rechtliche Schutz vor Diskriminierungen auch aus einem anderen Grunde relevant. Namentlich gilt es hervorzuheben, dass es sich bei dem geplanten Antidiskriminierungsgesetz auch mit Blick auf die dort genannten Merkmale nicht um eine abschließende Regelung handelt: Gemäß § 2 Abs. 3 ADG wird die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote oder Gleichbehandlungsgebote durch das Antidiskriminierungsgesetz nicht berührt. Diese Vorschrift bezieht sich erkennbar nicht nur auf ausdrückliche Benachteiligungsverbote und Gleichbehandlungsgebote, sondern erfasst auch den durch die Generalklauseln und andere Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gewährten Schutz. Dies folgt aus mehreren Erwägungen. So gilt es zunächst zu bedenken, dass § 2 Abs. 3

⁴ Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. Nr. L 180 v. 19. 7. 2000 S. 22–26.

⁵ Wenn man von einer „Diskriminierung aufgrund der Rasse“ spricht, kann dies dahingehend missverstanden werden, dass man die Existenz unterschiedlicher Rassen unterstelle. Manche Autoren verwenden den Ausdruck „Rasse“ daher in Anführungszeichen. Siehe beispielsweise *Dagmar Schiek*, Diskriminierung wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“ – Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, AuR 2003, S. 44, 44. Die Richtlinie 2000/43/EG geht einen anderen Weg: Erwägung Nr. 6 S. 2 ihrer Präambel stellt ausdrücklich klar, dass die Verwendung des Begriffs „Rasse“ nicht die Akzeptanz von Theorien implizieren soll, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen. Siehe Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. Nr. L 180 v. 19. 7. 2000 S. 22–26. In Anknüpfung an diese Entscheidung der Richtlinie 2000/43/EG soll in der vorliegenden Arbeit im Zusammenhang mit dem Begriff „Rasse“ grundsätzlich auf die Verwendung von Anführungszeichen verzichtet werden. Dass damit, um die Worte der Richtlinie zu gebrauchen, nicht die Akzeptanz von Theorien impliziert werden soll, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, sollte selbstverständlich sein.

ADG schon seinem Wortlaut nach gerade nicht auf „ausdrückliche“ beziehungsweise „explizite“ Benachteiligungsverbote und Gleichbehandlungsgebote beschränkt ist. Auch die Gesetzesbegründung spricht eher für eine extensive Auslegung. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird nämlich betont, dass Benachteiligungsverbote und Gleichbehandlungsgebote, die „auf anderen Rechtsvorschriften beruhen“, unberührt bleiben.⁶ Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass das Antidiskriminierungsgesetz jedenfalls auch der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft dient.⁷ Art. 6 Abs. 2 dieser Richtlinie sieht jedoch ausdrücklich vor, dass ihre Umsetzung keinesfalls als Rechtfertigung für eine Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten Schutzniveaus benutzt werden darf. Hält man den durch die Generalklauseln oder andere bürgerlich-rechtliche Vorschriften gewährten Schutz vor ethnischer Diskriminierung also im Einzelfall für weitreichender als den durch das Antidiskriminierungsgesetz verbürgten Schutz, so wäre es schon unter dem Gesichtspunkt der richtlinienkonformen Auslegung verfehlt, das Antidiskriminierungsgesetz als abschließende Regelung zu begreifen.⁸ Nichts anderes kann dann jedoch mit Blick auf die übrigen der in § 1 ADG genannten Merkmale gelten, denn § 2 Abs. 3 ADG unterscheidet gerade nicht zwischen den in § 1 ADG erwähnten Merkmalen. § 2 Abs. 3 ADG muss also dahingehend verstanden werden, dass das Antidiskriminierungsgesetz auch ungeschriebene Diskriminierungsverbote unberührt lässt.

Vor dem dargestellten Hintergrund wird es auch nach Inkrafttreten des Antidiskriminierungsgesetzes bei der Frage bleiben, inwieweit die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Schutz vor Diskriminierung gewähren. Der in Rechtsprechung und Schrifttum traditionell gewählte Ansatz zur Lösung dieser Problematik nimmt seinen Ausgang in einer verfassungsrechtlichen Abwägungsentscheidung.⁹

⁶ Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16. 12. 2004, BT-Drucks. 15/4538, S. 29.

⁷ Siehe nur Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16. 12. 2004, BT-Drucks. 15/4538, S. 1, 17.

⁸ Ein entsprechendes Argument lässt sich mit Blick auf die Richtlinie 2004/113/EG vorbringen. Siehe Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. 12. 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. Nr. L 373 v. 21. 12. 2004, S. 37–43. Auch diese Richtlinie zieht der Diskriminierung im Zivilrechtsverkehr Schranken. Ferner sieht Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG ausdrücklich vor, dass die Umsetzung dieser Richtlinie nicht der Rechtfertigung einer Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierungen in den von der Richtlinie erfassten Bereichen dienen darf.

⁹ Siehe nur *Tilman Bezenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), S. 395, 410; *Rainer Nickel*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, 1999, S. 144; *Heinz Palm*, in: Erman, BGB, 11. Aufl., 2004, § 138 Rn 99. Siehe ferner *Michael Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 5, 2. Aufl., 2000, § 126 Rn 121, der zwar nicht ausdrücklich von einer Abwägung spricht, aber darauf hinweist, dass bei der Anwendung der Generalklauseln „dem