

# Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz \*)

- I. Einleitung
- II. Rechtsphilosophische Grundlagen
  1. Das Prinzip der Vertragsfreiheit
    - a) Die formal-individualistische Konzeption
    - b) Die material-teleologische Konzeption
    - c) Stellungnahme
  2. Das Prinzip der Gleichbehandlung
    - a) Der teilhaberechtliche Charakter
    - b) Die Legitimation der Sozialpflichtigkeit
    - c) Der Primat des Steuerrechts
    - d) Der Umfang des Schutzes
  3. Gesamtschau
- III. Rechtliche Rahmenbedingungen
  1. Internationale Vorgaben
    - a) Völkerrechtliche Aspekte
    - b) Europarechtliche Aspekte
  2. Nationale Vorgaben
    - a) Das Übermaßverbot
    - b) Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum
    - c) Das Untermaßverbot
- IV. Privatrechtliches System
  1. Generelle Handlungsgebote
    - a) Kennzeichen
    - b) Legitimation
  2. Gleichbehandlungsgebote
    - a) Kennzeichen
    - b) Legitimation
  3. Unterscheidungsverbote
    - a) Kennzeichen
    - b) Legitimation
- V. Schlussbetrachtung

\*) *Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den der Verfasser am 17. Juni 2005 auf der Tagung „Diskriminierungsschutz durch Privatrecht“ in Jena gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. Die Literaturnachweise beschränken sich auf das Notwendigste.*

## I. Einleitung

Seit der Antike wird immer wieder hervorgehoben, dass die Jurisprudenz in Teilen unmittelbar zur Philosophie gehört.<sup>1</sup> Jene Zugehörigkeit wird sehr deutlich belegt durch die Diskussion über ein privatrechtliches Antidiskriminierungsgesetz, in deren Kern es um das Grundverständnis von Freiheit und Gleichheit geht. Der Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht knüpft unmittelbar an die Persönlichkeitsdaten der einzelnen Akteure an und schreibt das berühmte „movement from status to contract“<sup>2</sup> in gegenläufiger Richtung fort. Diese Entwicklungstendenz ist zwar nicht neu, doch sind die Vorbehalte gegen ein Antidiskriminierungsgesetz besonders vehement. Kritiker sehen sowohl die Verfassungsordnung als auch den Kern unserer historisch gewachsenen Werteordnung auf den Kopf gestellt.<sup>3</sup> Geschichtlich betrachtet handele es sich um „eine der massivsten Systemveränderungen in Europa seit der französischen Revolution“.<sup>4</sup> Einen Höhepunkt erreichte die Kritik schließlich auf der Jahrestagung 2004 der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. Dort wurde der Diskriminierungsschutz im Privatrecht als „implantierter Fremdkörper“<sup>5</sup> umschrieben. Das Bild vom „Fremdkörper“ ist allerdings etwas verfänglich. Mit ähnlichen Formulierungen hatten in früheren Zeiten schon prominente Staatsrechtler wie *Ernst Forsthoff* die jüdischen Mitbürger stigmatisiert und selektiert.<sup>6</sup> Dieser Umstand wird zwar immer wieder verdrängt, führt jedoch zu einem differenzierteren Privatrechts- und Verfassungsverständnis. Ebenso sollte die Frage zu denken geben, die unlängst der Präsident des Zentralrats der Juden in Deutschland, *Paul Spiegel*, mit resignierender Stimme aufwarf: „Sollen wir offenen Auges Dinge einfach nur hinnehmen, die sehr wohl daran erinnern, wie es 1933 in Deutschland gewesen ist? (...) Es gibt ein breites Spektrum von Diskriminierungen gegen Minderheiten, Schwule, Lesben, Alte, Behinderte. Da geht es nicht nur um Juden.“<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 130 m. umfangr. N.

<sup>2</sup> *Maine*, Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas, 5. Aufl., 1883, S. 165; aus der Sekundärliteratur siehe namentlich *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 1 m.w.N.

<sup>3</sup> Vgl. *Schliemann*, Diskreditierung der Freiheit durch Antidiskriminierung, NJW 2005, Heft 12, S. III (Editorial).

<sup>4</sup> *Schliemann*, NJW 2005, Heft 12, S. III (Editorial); eine Parallele zum Tugendterror der Jakobiner zieht *Säcker*, ZRP 2002, 286 ff. (287).

<sup>5</sup> *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVdStRL 64 (2004), S. 298 ff. (350).

<sup>6</sup> Vgl. nur *Ernst Forsthoff*, Der totale Staat, 1933, S. 39.

<sup>7</sup> Vgl. Nachrichtenmagazin Der Spiegel, 2005, Nr. 12, S. 62 ff. (64).

Im Folgenden sollen zunächst die rechtsphilosophischen Grundlagen der Vertragsfreiheit sowie der Gleichbehandlung skizziert und daran anschließend deren völker- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen aufgezeigt werden. Im letzten Abschnitt gilt es schließlich, das privatrechtliche System der gleichmäßigen Behandlung konkret darzulegen.

## **II. Rechtsphilosophische Grundlagen**

Aus rechtsphilosophischer Sicht ist als Erstes der Begriff der Vertragsfreiheit zu klären, um sodann dessen Verhältnis zum Gleichbehandlungsgrundsatz näher bestimmen zu können.

### **1. Das Prinzip der Vertragsfreiheit**

Entsprechend der generellen Kontroverse über die Bedeutung des Oberbegriffs „Freiheit“<sup>8</sup> kann man auch für den zivilistischen Sonderfall der Vertragsfreiheit zwischen formalen und materialen Konzeptionen unterscheiden.<sup>9</sup>

#### **a) Die formal-individualistische Konzeption**

Nach der Idee der formalen Freiheit kann jedes Privatrechtssubjekt die Vertragsfreiheit selbst definieren und über ihren Gebrauch beliebig entscheiden. Dieser Konzeption liegt ein funktional verstandener Freiheitsbegriff zugrunde, der den voluntaristischen Zielen des Individuums entspricht. Mit den Worten von *Kant*: „Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (...) glücklich zu sein, sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt (...).“<sup>10</sup> Aus der Perspektive der Sozietät spricht man deshalb auch von „negativer“ Freiheit, weil der Staat sie nicht inhaltlich determinieren darf.<sup>11</sup> Vertragsfreiheit bedeutet in diesem Sinne also die Kompetenz zu selbstbestimmtem rechtsgeschäftlichen Handeln, ohne dass es auf materiale Gerechtigkeitsaspekte oder sonstige Richtigkeitskriterien ankommt.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Siehe näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 9 f. m.w.N.

<sup>9</sup> Siehe näher *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 290 ff. m. umfangr. N. (die sich für eine Integration von Elementen vorvertraglicher Fremdverantwortung in den Vertragsrechtsdiskurs ausspricht, a.a.O., S. 325).

<sup>10</sup> Über den Gemeinpruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis; Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. VIII, 1912, S. 273 ff. (290).

<sup>11</sup> Vgl. *Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 158 Fn. 2.

<sup>12</sup> Vgl. *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 36 ff.; *St. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 15 ff.

**b) Die material-teleologische Konzeption**

Das Gegenmodell versteht die Vertragsfreiheit material im Sinne der Verwirklichung bestimmter Zwecke.<sup>13</sup> Ein solcher finaler Freiheitsbegriff überlässt die Definition nicht dem Einzelnen, sondern legt positiv fest, wozu es die Freiheit gibt. Er umfasst und beschreibt den telos der Vertragsfreiheit und beschränkt diese nicht auf den Aspekt der individuellen Selbstbestimmung. Die konkrete Zweckgerichtetheit kann dabei ganz unterschiedlicher Natur sein und von allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen über eine „Richtigkeitsgewähr“ bis hin zu kollektiven Interessen reichen.<sup>14</sup>

**c) Stellungnahme**

Versucht man, beide Freiheitskonzeptionen zu bewerten, sind zunächst einseitige Verabsolutierungen zu verwerfen. In Bezug auf materiale Freiheitsmodelle ist offensichtlich, dass diese auch mit Zwecken verbunden werden können, die die Menschenwürde missachten. Eine solche Gefahr besteht insbesondere, wenn kollektive Interessen verabsolutiert werden. So wurde beispielsweise im Nationalsozialismus der Vertrag als „Gestaltungsmittel der völkischen Ordnung“ gedeutet und in der weiteren Konsequenz den einzelnen „Volksgenossen“ die Fähigkeit als Träger subjektiver Rechte abgesprochen.<sup>15</sup> In ähnlicher Weise wird auch in der marxistischen Rechtstheorie der Privatrechtsakteur nicht als individueller Freiheitsträger respektiert, sondern lediglich als „Gattungswesen“ betrachtet,<sup>16</sup> das von „Erkenntnissen objektiver Notwendigkeit“ geleitet wird.<sup>17</sup>

Während sich das materiale Freiheitsmodell tendenziell zulasten der individuellen Selbstbestimmung auswirkt, geht das formale Gegenmodell tendenziell zulasten der kollektiven Selbstbestimmung sowie zulasten legitimer Drittimteressen.<sup>18</sup> Es lässt soziale Ungleichgewichtslagen außer Acht, schafft ökonomische Hierarchien und drängt den Staat in eine bloße Nachwächterrolle. Eine Verab-

---

<sup>13</sup> Abweichender Sprachgebrauch bei *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273 ff. (277 f.) sowie *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 23 f., die unter materialer Vertragsfreiheit die *tatsächliche* Freiheit meinen.

<sup>14</sup> Siehe näher *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 9 ff.; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht (oben Fn. 12), S. 44 ff.

<sup>15</sup> Siehe näher *Frassek*, Von der „völkischen Lebensordnung“ zum Recht. Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1903 - 1993), 1996, S. 85 ff.; *La Torre*, Der Kampf wider das subjektive Recht, Rechtstheorie 23 (1992), 355 ff. m. umfangr. N.

<sup>16</sup> *Marx*, Zur Judenfrage, in : Marx/Engels, Werke Bd. I, 1961, S. 347 ff. (364).

<sup>17</sup> *Klenner*, Die marxistische Menschenrechts-Konvention, in: GS Marcic, 1974, S. 793 ff. (801).

<sup>18</sup> Siehe näher *Neuner* (oben Fn. 8), S. 85 ff.

solutierung der formalen Vertragsfreiheit führt deshalb ebenfalls zu unbilligen Ergebnissen.

Diese Gefahr besteht allerdings nicht, wenn man den Schutz der formalen Vertragsfreiheit lediglich als ein Optimierungsgebot versteht, das mit gegenläufigen Prinzipien in Einklang zu bringen ist. Durch eine derartige Relativierung bleibt einerseits die Privatautonomie als eigenständiger Wert anerkannt und es wird andererseits berechtigten Interessen Dritter Rechnung getragen. Zugleich wirkt ein materiales Freiheitsverständnis, das der Privatautonomie keinen Wert an sich, sondern erst im Lichte bestimmter Zwecke zuspricht, inadäquat. Eine solche materiale Sichtweise wird den Vertragsakteuren als mündigen Privatrechts-subjekten nicht hinreichend gerecht. Die Vertragsfreiheit dient nicht der Verwirklichung einer heteronom gesetzten Präferenzordnung, sondern im Gegenteil der Realisierung subjektiver Vorstellungen. Insgesamt sprechen daher die besseren Gründe für eine formale Interpretation der Vertragsfreiheit.<sup>19</sup> Die Privatautonomie ist allerdings nicht grenzenlos, sondern wird durch gegenläufige Prinzipien eingeschränkt. Dieses duale System findet man bezeichnenderweise auch auf der menschenrechtlichen Ebene, auf der es neben den klassischen Freiheitsrechten eine zweite Generation an sozialen Rechten gibt, die es mit ersteren abzuwägen gilt.<sup>20</sup> Die Konzeption der Menschenrechte führt also ebenfalls zu keiner materialen Deutung der Vertragsfreiheit, sondern es werden die widerstreitenden Interessen expliziert und dadurch ein hohes Maß an Transparenz und Methodenklarheit geschaffen.

## **2. Das Prinzip der Gleichbehandlung**

Zu den gegenläufigen Prinzipien der Vertragsfreiheit gehört insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung.

### **a) Der teilhaberechtliche Charakter**

Dogmatisch verkörpert der Gleichbehandlungsgrundsatz ein soziales Teilhaberecht, das die Privatautonomie einschränkt und statt eines willkürlichen Verfahrens ein egalitäres Agieren verlangt.<sup>21</sup> Zu denken ist etwa an einen Arbeitge-

---

<sup>19</sup> Vgl. auch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 ff. (284, 286); *Singer* (oben Fn. 14), S. 39 ff.

<sup>20</sup> Siehe zur Differenzierung zwischen liberalen und sozialen Rechten die internationalen Pakte über „bürgerliche und politische Rechte“ (BGBl. 1973 II, S. 1533 ff.) sowie über „wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“ (BGBl. 1973 II, S. 1569 ff.); siehe des weiteren auch die „Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ (BGBl. 1952 II, S. 685 ff.) sowie die „Europäische Sozialcharta“ (BGBl. 1964 II, S. 1261 ff.); vgl. ferner aus der Literatur namentlich *Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, S. 29; *Tugendhat*, Die Kontroverse um die Menschenrechte, in: Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 48 ff. (55 ff.).

<sup>21</sup> Ausgeklammert bleibt die Geltung des Gleichbehandlungsgrundes für Mehrheitsbeschlüsse in Verbänden, da es sich hierbei um keine Verträge handelt; siehe zu dieser Thematik näher

ber, der weibliche Bewerberinnen höflich, aber regelmäßig ablehnt oder an einen Reiseveranstalter, der mit gewissen Bevölkerungsgruppen keine Verträge abschließen möchte. Der Diskriminierende greift hier regelmäßig in keine fremden Rechte ein, sondern er wird umgekehrt durch Benachteiligungsverbote zu bestimmten rechtsgeschäftlichen Entscheidungen gezwungen.<sup>22</sup>

Im Einzelfall kann zwar ein deliktischer Übergriff hinzu kommen, wenn der Diskriminierte beleidigt oder belästigt wird, doch wird durch das bloße Unterlassen einer Gleichbehandlung grundsätzlich kein Rechtsgut eines Dritten verletzt. Insbesondere impliziert die Vertragsverweigerung als solche keine Persönlichkeitsrechtsverletzung, sondern ist Ausdruck der negativen Abschlussfreiheit. Auch das hinzutretende unbillige Motiv ist deliktsrechtlich irrelevant, anderenfalls die reine Gesinnung als unerlaubte Handlung inkriminiert würde.

In der weiteren Folge scheidet auch eine Haftung aus c.i.c. gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB aus.<sup>23</sup> Der Diskriminierende möchte gerade in keinen rechtsgeschäftlichen Kontakt mit dem Interessenten treten. Zudem wurde überhaupt kein Vertrauenstatbestand begründet. Auch der Gedanke des Verbots widersprüchlichen Verhaltens<sup>24</sup> ist nicht weiterführend. Dieser Ansatz überzeugt schon deshalb nicht, weil sich der Diskriminierende, gemessen an seinen Motiven und Benachteiligungsabsichten, völlig konsequent verhält. Objektiv mag zwar zutreffen, dass sich der Diskriminierende entgegen jeder Marktverunft verhält, doch ist es in einer freien Gesellschaft legitim, „irrationale“ Marktentscheidungen zu treffen. Von einem unzulässigen Selbstwiderspruch kann daher keine Rede sein.<sup>25</sup>

Das Gebot der gleichmäßigen Behandlung lässt sich somit nur als eine soziale Inanspruchnahme im Sinne der *iustitia distributiva* erklären, die man als Gerechtigkeit in Ansehung der Person definiert.<sup>26</sup> Genau dies ist das Kennzeichen von Gleichbehandlungspflichten, die verlangen, dass einzelne Privatrechtssubjekte nicht in Ansehung ihres Geschlechts, ihrer „ethnischen Herkunft“ oder etwa wegen einer Behinderung benachteiligt werden. Das primäre Ziel besteht also in dem Schutz des Diskriminierten vor Ausgrenzung und nicht in der Pönalisierung der Präferenzen des Diskriminierenden.

---

*G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 35 ff., 333 ff.; *Raiser*, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 (1948), 75 ff. (81 ff.) m.w.N.

<sup>22</sup> Siehe auch *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57 ff. (58).

<sup>23</sup> Vgl. auch schon *Neuner*, JZ 2003, 57 ff. (61) m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. *Picker*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung, 2005, S. 7 ff. (28 ff.).

<sup>25</sup> Siehe zur generellen Gefahr zirkulärer Beweisführungen mittels des Verbots des *venire contra factum proprium* *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, S. 1 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Canaris* (oben Fn. 1), S. 11 f.; *Auer* (oben Fn. 13), S. 38 m.w.N.

**b) Die Legitimation der Sozialpflichtigkeit**

Das Prinzip der Gleichbehandlung ist nicht nur staatsgerichtet, sondern als soziales Teilhaberecht auch ein notwendiges Element des Vertragsrechts. Dieses Erfordernis zeigt sich schon daran, dass die rechtliche Freiheit von exkludierten Dritten leer zu laufen droht, wenn die faktischen Voraussetzungen ihrer Wahrnehmbarkeit fehlen.<sup>27</sup> Das triviale Beispiel des Ausschlusses Dritter von der einzig verfügbaren Trinkwasserquelle macht dies sofort augenscheinlich.<sup>28</sup> Außerdem wird offenkundig, dass sich die Menschenwürde nicht auf den Gedanken der formalen Freiheitsgewährleistung reduzieren lässt, sondern ebenso durch Chancenlosigkeit beeinträchtigt werden kann. Auch aus Sicht des Gemeinwohls sind privatrechtliche Gleichbehandlungspflichten erforderlich, denn die kollektive Selbstbestimmung setzt wie die Privatautonomie tatsächliche Partizipationsmöglichkeiten voraus.<sup>29</sup> Fehlen beispielsweise hinreichende Zugangsmöglichkeiten zu kulturellen Angeboten oder zu politischen Informationen, die für die Staatsbürgerrolle wichtig sind, stellt sich die Demokratie selbst in Frage. Zugleich droht die Gefahr unbefriedeter Zustände, der man nur durch Integration und nicht durch systematische Ausgrenzung begegnen kann. Soziale Interventionen sind schließlich auch aus der Perspektive des Verpflichteten ökonomisch insofern gerechtfertigt, als die individuelle Leistungsfähigkeit allenthalben von staatlichen Rahmenbedingungen begünstigt und gefördert wird.<sup>30</sup>

**c) Der Primat des Steuerrechts**

Im Regelfall hat der Staat allerdings Umverteilungen mittels seines Steuersystems vorzunehmen.<sup>31</sup> Dadurch werden die sozialen Lasten nach individueller Leistungsfähigkeit gerecht verteilt und der Gleichbehandlungsgrundsatz erlangt in seiner staatsgerichteten Ausprägung wiederum Geltung. Ein solches Verfahren stößt jedoch auf marktwirtschaftliche Grenzen. Falls soziale Leistungen nur durch private Anbieter erbracht werden können, scheidet eine staatliche Selbstvornahme aus. Zu denken ist etwa an die notwendige Versorgung mit lebenswichtigen Gütern oder an den Schutz bestimmter Personengruppen. In derartigen Konstellationen verlangt die Verteilungsgerechtigkeit eine unmittelbare So-

---

<sup>27</sup> Vgl. nur *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 458 ff.; *Mahlmann*, Gerechtigkeitsfragen im Gemeinschaftsrecht, in: Rust (u.a.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, 2003, S. 47 ff. (59) m.w.N.

<sup>28</sup> Vgl. *Dias*, Die sozialen Grundrechte: Eine philosophische Untersuchung der Frage nach den Menschenrechten, 1993, S. 89 m.w.N.

<sup>29</sup> Vgl. nur *Heller*, Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. II, 1971, S. 421 ff. (427 ff.).

<sup>30</sup> Vgl. nur *Spieker*, Legitimitätsprobleme des Sozialstaats, 1986, S. 108 f., 277.

<sup>31</sup> Siehe auch *Zacher*, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DÖV 1970, 3 ff. (13 f.); *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 273 ff.

zialpflichtigkeit einzelner Privatrechtssubjekte. Negativ formuliert ist diese Inanspruchnahme gewissermaßen der Preis für den Verzicht auf eine planwirtschaftliche Versorgung.<sup>32</sup> Auch hier gilt allerdings der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, so dass bei unzumutbaren Belastungen ein staatliches Ausgleichssystem zu etablieren ist.<sup>33</sup>

#### **d) *Der Umfang des Schutzes***

Die Kennzeichnung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als soziales Teilhaberecht wirkt sich grundlegend auf die Bestimmung des Umfangs der Schutzpflichten aus.<sup>34</sup> Im Unterschied zu Abwehrrechten werden Teilhaberechte durch das Subsidiaritätsprinzip begrenzt, wonach jeder Bürger in erster Linie für sich selbst verantwortlich ist und Dritte allenfalls nachrangig in Anspruch nehmen darf. So ist beispielsweise nur unterhaltsberechtigt, wer außerstande ist, sich selbst zu versorgen. Auch ein allgemeiner Kontrahierungszwang besteht deshalb lediglich in dem Sonderfall, dass zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen und lebenswichtige Güter benötigt werden.

### **3. *Gesamtschau***

Insgesamt betrachtet sind sowohl minimalstaatliche als auch maximalstaatliche Freiheitsmodelle zu verwerfen. Der soziale Rechtsstaat findet seine Legitimation in der Mitte zwischen diesen beiden Extremen und bringt dies durch die gleichgewichtige Unterscheidung von Staat und Gesellschaft zum Ausdruck. In der Konsequenz dessen ist von einem formalen, abwehrrechtlich geprägten Verständnis der Vertragsfreiheit auszugehen. Dies bedeutet, dass Privatrechtssubjekte willkürlich und mit diskriminierender Wirkung Vertragsverhältnisse begründen, ausgestalten oder ablehnen können.<sup>35</sup> Die Vertragsfreiheit unterliegt allerdings Schranken im Interesse des Gemeinwohls sowie zum Schutz individueller Rechtsgüter. Der Privatrechtsgesetzgeber ist aufgrund seines demokratischen Mandats berufen, diese Schranken näher zu bestimmen, wozu insbesondere der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung gehört.

### **III. *Rechtliche Rahmenbedingungen***

---

<sup>32</sup> Vgl. *Canaris* (oben Fn. 1), S. 120; siehe speziell am Beispiel behinderter Menschen auch *Neuner*, Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, NJW 2000, 1822 ff. (1823).

<sup>33</sup> Vgl. auch *Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVdStRL 64 (2004), S. 355 ff. (379 ff.).

<sup>34</sup> Siehe näher *Neuner* (oben Fn. 8), S. 158 ff.

<sup>35</sup> Vgl. auch *Riesenhuber/Franck*, Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, 529 ff. (536) m.w.N.

Wendet man den Blick von den theoretischen Grundlagen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen, ist national wie international eine starke Gleichheitsbewegung feststellbar, die auch das Privatrecht mit umfasst.<sup>36</sup>

## 1. Internationale Vorgaben

Der Schutz vor Diskriminierung zählt mittlerweile zum gesicherten Kernbestand der Menschenrechte und ist Gegenstand zahlreicher internationaler Vereinbarungen.<sup>37</sup>

### a) Völkerrechtliche Aspekte

Völkerrechtlich gehört der Diskriminierungsschutz zu den Fundamentalsätzen der Vereinten Nationen und wurde namentlich in den Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassen- und Frauendiskriminierung umfassend kodifiziert. Zurzeit planen die Vereinten Nationen noch eine weitere Konvention, und zwar zum Schutz behinderter Menschen.<sup>38</sup>

### b) Europarechtliche Aspekte

Mit diesen völkerrechtlichen Schwerpunktsetzungen korrespondieren auf der europäischen Ebene die zivilistischen Gleichbehandlungsrichtlinien betreffend die „Rasse“, die „ethnische Herkunft“<sup>39</sup> sowie das Geschlecht.<sup>40</sup> Exemplarisch hervorzuheben ist ferner die Charta der Grundrechte im Verfassungsentwurf der Union. Dort ist neben speziellen Schutzbestimmungen zugunsten von Menschen mit Behinderung auch folgende geschlechterspezifische Regelung vorgesehen: „Die Gleichheit von Männern und Frauen ist in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, sicherzustellen“ (Art. II-23).

Vor dem Hintergrund dieser europa- und völkerrechtlichen Vorgaben erscheint es nur folgerichtig, den Schutz eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes von vornherein auch auf die Merkmale des Geschlechts sowie einer Behinderung zu erstrecken.

## 2. Nationale Vorgaben

---

<sup>36</sup> Vgl. nur *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001, S. 3 ff. m. umfangr. N.

<sup>37</sup> Vgl. nur *Eichenhofer*, Diskriminierungsschutz und Privatrecht, DVBl. 2004, 1078 ff. (1081 f.); *Neuner*, JZ 2003, 57 ff. (59 f.) m. umfangr. N.

<sup>38</sup> Vgl. näher [www.behindertenbeauftragter.de](http://www.behindertenbeauftragter.de) (Presseerklärung vom 22. November 2004); siehe zu den sonstigen internationalen Vorgaben zum Schutz von Menschen mit Behinderung ausführlich *Neuner*, NJW 2000, 1822 ff. (1824 f.) m.w.N.

<sup>39</sup> Richtlinie 2000/43/EG, ABl. EG Nr. L 180 v. 19.7.2000.

<sup>40</sup> Richtlinie 2004/113/EG, ABl. EG Nr. L 373 v. 13.12.2004.

Auf nationaler Ebene steht die Gleichbehandlung ebenfalls im Zentrum der jüngeren Rechtsentwicklung.

**a) Das Übermaßverbot**

Bereits in der Weimarer Zeit setzte sich die Erkenntnis durch, dass das Gleichheitsgebot nicht nur im Rahmen der Rechtsanwendung gilt, sondern bereits auf der Vorstufe der Normsetzung zu beachten ist.<sup>41</sup> Der heutige Privatrechtsgesetzgeber wird gem. Art. 1 Abs. 3 GG explizit an die Grundrechte gebunden und unterliegt in der Folge den materialen Schranken des Willkürverbots, der Verhältnismäßigkeit sowie der Wesensgehaltsgarantie.<sup>42</sup> Die Wesensgehaltsgarantie verstärkt den Grundrechtsschutz durch eine objektiv-quantitative Dimension und untersagt in concreto eine flächendeckende Auslöschung des Prinzips der Vertragsfreiheit.

**b) Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum**

Ein darüber hinaus gehender Schutz der Vertragsfreiheit durch eine Argumentationslastumkehr oder Funktionssperre im Sinne des Subsidiaritätsprinzips besteht hingegen nicht. Eine solche Vorrangregel zugunsten des homo singularis wäre weder mit dem im Grundgesetz verankerten Demokratieprinzip noch mit der Idee einer offenen Gesellschaftsverfassung vereinbar.<sup>43</sup> Der demokratische Gesetzgeber hat vielmehr die Befugnis, aktiv in den Privatrechtsverkehr einzugreifen und braucht die selbstregulierende Ordnung der Wirtschaft nicht kritiklos hinzunehmen.<sup>44</sup> Er befindet sich rechtlich nicht in der Defensive, sondern verfügt über eine konkurrierende Kompetenz zur privatrechtlichen Sozialgestaltung und damit auch zur Schaffung eines zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Siehe näher *Raiser*, ZHR 111 (1948), 75 ff. (76 f.); *P. Kirchhof*, Gleichheit in der Funktionenordnung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 125 Rn. 3 m. umfangr. N.

<sup>42</sup> Siehe näher *Neuner* (oben Fn. 8), S. 229 ff. m.w.N.

<sup>43</sup> Vgl. *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl., 2001, § 151 Rn. 39; *Knöpfe*, Zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die verfassungsrechtliche Ordnung, in: FS Rauscher, 1993, S. 151 ff. (163); a.A. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2001, S. 272 ff., 351.

<sup>44</sup> Vgl. *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971, S. 33 ff.; *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 276 ff. m.w.N.

<sup>45</sup> Vgl. auch *Baer*, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2002, 290 ff. (292).

**c) *Das Untermaßverbot***

Hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Anspruchs einzelner Privatrechtssubjekte auf teilhaberechtliche Mindeststandards ist kennzeichnend,<sup>46</sup> dass Art. 3 GG keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet und deshalb auch die Diskriminierungsverbote gem. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG nicht pauschal als Schutzgesetze im Sinne von § 134 BGB definiert werden können. Die besonderen Gleichheitssätze haben allerdings eine Indizwirkung bei der Bestimmung staatlicher Schutzpflichten sowie bei der Feststellung der Horizontalwirkung von Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 GG.<sup>47</sup> Der Schutz der Menschenwürde gem. Art. 1 GG bildet den archimedischen Punkt, in dem sich öffentliches und privates Recht, ausgleichende und ausgleichende Gerechtigkeit begegnen. Deshalb bilden gem. Art. 1 Abs. 2 GG die Menschenrechte auch nicht nur die Grundlage der staatlichen Ordnung, sondern die „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“, einschließlich der Privatrechtsgesellschaft.

**IV. *Privatrechtliches System***

Versucht man im letzten Schritt, die konkreten zivilrechtlichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch den Gleichheitssatz näher zu beschreiben, sind verschiedene Einwirkungsweisen zu differenzieren. Entsprechend der Intensität des Eingriffs in die Privatautonomie kann man drei Formen unterscheiden: generelle Handlungsgebote, begrenzte Gleichbehandlungsgebote und bloße Unterscheidungsverbote.

**1. *Generelle Handlungsgebote***

**a) *Kennzeichen***

Generelle Handlungsgebote begründen Pflichten erga omnes, indem der Adressat grundsätzlich mit jeder Person kontrahieren muss. Solche unbedingten Abschlusspflichten entsprechen insofern dem Grundsatz gleichmäßiger Behandlung, als prinzipiell zu allen Interessenten rechtsgeschäftliche Beziehungen hergestellt werden müssen. Der Gleichheitssatz tritt gleichwohl in den Hintergrund, weil ungeachtet aller Drittverpflichtungen bereits ein originärer Anspruch jedes Einzelnen besteht, der auch singulär bleiben kann. Der Egalitätsgedanke wird erst bei knappen Ressourcen dominant, wenn sich mehrere Nachfrager um ein lebenswichtiges Gut bewerben. In diesem Fall darf der Anbieter nicht beliebig einen der Bedürftigen privilegieren; vielmehr sind die Grundsätze der iustitia distributiva maßgebend. So ist beispielsweise in § 12 Abs. 3 TPG festgelegt,

---

<sup>46</sup> Siehe zum Subsidiaritätsgrundsatz auch schon oben bei Fn. 34.

<sup>47</sup> Siehe ausführlich *Neuner* (oben Fn. 8), S. 123 ff.

dass menschliche Organe nach konkreten Sachkriterien zu vermitteln sind und nicht nach dem Gutdünken des Organspenders.

### **b) Legitimation**

Unbedingte Abschlusspflichten können zum einen dem Schutz kollektiver Güter, wie etwa der Ressourcenschonung,<sup>48</sup> dienen. Zum anderen gewährleisten sie im Bereich der Daseinsvorsorge das verfassungsrechtlich geschützte Existenzminimum jedes Bürgers und richten sich demgemäß vor allem an private Versorgungsunternehmen.<sup>49</sup> Über die spezialgesetzlich angeordneten Kontrahierungspflichten hinaus gibt es einen generellen, im Wege der Gesamtanalogie herleitbaren Abschlusszwang für Anbieter lebenswichtiger Güter, sofern dem Nachfrager zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen.<sup>50</sup>

## **2. Gleichbehandlungsgebote**

### **a) Kennzeichen**

Bei Gleichbehandlungsgeboten ist kennzeichnend, dass Personen aus einer bestimmten Gruppe gleichbehandelt werden müssen. Gewährt zum Beispiel ein Arbeitgeber einem Mitarbeiter freiwillig eine Gratifikation, sind alle anderen Arbeitnehmer in der Regel ebenfalls anspruchsberechtigt.<sup>51</sup> Solche Gleichbehandlungsgebote schränken den Grundsatz der Relativität der Rechtsverhältnisse<sup>52</sup> ein, indem ein bestimmtes Vertragsverhältnis auf die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zu Dritten durchschlägt.

### **b) Legitimation**

Die Legitimation von Gleichbehandlungsgeboten ist unterschiedlich. Sie kann sich zunächst, wie im Arbeitsrecht, aus dem besonderen Abhängigkeitsverhältnis ergeben.<sup>53</sup> Sie kann aber auch dem Schutz kollektiver Güter dienen, etwa

---

<sup>48</sup> Siehe z.B. die Abnahmepflicht für Strom aus bestimmten regenerativen Energiequellen (§ 2 StrEG), verbunden mit einer Mindestvergütungsregelung (§ 3 StrEG); ausführliche Erläuterung bei *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 493 f., 571 m.w.N.

<sup>49</sup> Vgl. nur *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 34 Rn. 31 f. m. umfangr. N.

<sup>50</sup> Vgl. nur *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 64. Aufl., 2005, Einf. v. § 145 Rn. 10; *Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1 ff. (41) m.w.N.

<sup>51</sup> Siehe zuletzt nur *BAG*, NZA 2004, 803 ff. (807) m.w.N.

<sup>52</sup> Siehe zu diesem Grundsatz näher *Medicus*, Schuldrecht I, 16. Aufl., 2005, Rn. 30 ff.; *Neuner*, Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ 1999, 126 ff. (126 f.).

<sup>53</sup> Siehe zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen *G. Hueck* (oben Fn. 21), S. 58 ff., 127 ff.; *Schlachter*, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 88 ff. m.w.N.

ordnungspolitischen Zwecken im Kartellrecht.<sup>54</sup> Ferner kann es gem. Art. 6 GG gerechtfertigt sein, Familienmitglieder gleich zu behandeln. So besteht beispielsweise nach § 563 BGB ein Eintrittsrecht des Ehegatten oder Lebenspartners in das Mietverhältnis. Auch der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter impliziert im Sinne der „Wohl und Wehe“-Formel eine sozialstaatlich begründete Gleichbehandlungspflicht von Familienmitgliedern.<sup>55</sup>

Des Weiteren kann sich für einen Schuldner im Falle der Ressourcenknappheit das Problem der gleichmäßigen Behandlung mehrerer Gläubiger ergeben. Unter den konkurrierenden Gläubigern besteht zwar in der Regel keine Interessengemeinschaft, sondern es gilt an sich der Prioritätsgrundsatz. Sofern der Schuldner jedoch aufgrund begrenzter Ressourcen eine partielle Leistungsbefreiung begehrt, muss er mehrere, voneinander unabhängige Gläubiger gleichbehandeln.<sup>56</sup> Ein Beispiel bildet das Gebot der anteilmäßigen Kürzung beim unverschuldeten Teiluntergang einer beschränkten Gattungsschuld. Ebenso sind bei der Notbedarfseinrede des Schenkers gem. § 519 BGB mehrere gleichzeitige Schenkungsversprechen anteilmäßig zu kürzen. Der Schuldner übernimmt in beiden Fällen die Rolle eines Mangelverwalters gegenüber mehreren Gläubigern und kann sich demgemäß von Verpflichtungen nur entlasten, wenn er nach distributiven Grundsätzen verfährt und nicht einen Beteiligten willkürlich bevorzugt.

### **3. Unterscheidungsverbote**

#### **a) Kennzeichen**

Im Gegensatz zu Gleichbehandlungsgeboten verlangen Unterscheidungsverbote kein egalitäres Vorgehen, sondern besagen lediglich, dass eine privatautonome Entscheidung nicht von bestimmten Kriterien abhängig gemacht werden darf.<sup>57</sup> Es wird also keine Pflicht begründet, Gleiches gleich zu behandeln, sondern nur eine Handlungsoption ausgeschlossen. So darf ein Arbeitgeber zum Beispiel eine mit männlichen Kandidaten konkurrierende Bewerberin ablehnen, gem. § 611 a Abs. 1 S. 1 BGB jedoch nicht wegen ihres Geschlechts. Auch die privatrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU sind keine Gleichbehandlungsgebote zugunsten des geschützten Personenkreises, sondern untersagen lediglich entsprechende Differenzierungen.

---

<sup>54</sup> Siehe näher z.B. *Busche* (oben Fn. 48), S. 301 ff. m.w.N.

<sup>55</sup> Vgl. näher *Neuner*, JZ 1999, 126 ff. (128 ff.) m.w.N.

<sup>56</sup> Vgl. näher *Neuner*, Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht, AcP 203 (2003), 46 ff. (57 ff.).

<sup>57</sup> Siehe zu Differenzierungsverboten aus verfassungsrechtlicher Sicht näher *Sacksosky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., 1996, S. 23 ff.

**b) Legitimation**

Das legitime Ziel von Unterscheidungsverboten besteht in dem Schutz Einzelner vor gesellschaftlicher Ausgrenzung aufgrund bestimmter Persönlichkeitsmerkmale. Beispielsweise soll niemand wegen seines Geschlechts oder seiner „ethnischen Herkunft“ benachteiligt werden. Je mehr Merkmale man schützt, desto stärker tritt jedoch eine Nivellierung ein. Theoretisch kann man sämtliche Persönlichkeitsdaten einem Differenzierungsverbot unterwerfen, was zu einem Ende der vertraglichen Auswahlfreiheit und zu einem Ende der pluralistischen Ordnung führen würde. Ein Diskriminierungsschutz ist daher erst gerechtfertigt, wenn die Gefahr einer erheblichen Ausgrenzung droht. Hierfür kommt es hauptsächlich auf das Zusammenspiel von drei Faktoren an:<sup>58</sup> Als Erstes bedarf es eines Diskriminierungsmerkmals, das intersubjektiv als geeignetes Kriterium für eine Benachteiligung erachtet wird. Historisch begründete Beispiele sind die „Rasse“, die Religion oder etwa die sexuelle Identität. Ein aktuelles Gegenbeispiel bildet die Berufsausübung. Werden Hochschullehrer in einem Lokal abgewiesen, weil dem Inhaber diese Berufsgruppe missfällt, haben die Professoren Pech gehabt. Als Zweites muss die Schutzwürdigkeit des Exkludierten hinzukommen, die maßgeblich von der Angewiesenheit auf die konkrete Leistung abhängt. So erscheint bei informationellen Leistungen, die auch für die Staatsbürgerrolle wichtig sind, ein stärkerer Diskriminierungsschutz veranlasst als bei materiellen Luxusgütern. Als Drittes ist schließlich das Differenzierungsinteresse des Entscheidungsträgers zu berücksichtigen. Dabei ist zwischen unveränderbaren und veränderbaren Persönlichkeitsmerkmalen zu unterscheiden, weil Letztere prinzipiell selbstbestimmt verfochten werden und sich deshalb auch ethisch zur Propagierung als allgemeine Handlungsmaxime potentiell eignen. Insgesamt erscheint es sachgerecht, hinsichtlich der unveränderbaren Kriterien der „Rasse“, des Geschlechts sowie einer Behinderung explizite Benachteiligungsverbote zu kodifizieren, zumal jene Merkmale im internationalen Kontext einen exponierten Rang einnehmen.<sup>59</sup> In Bezug auf andere perhorreszierte Kriterien erscheint es ausreichend und angemessen, eine Generalklausel zu schaffen, die einen Schutz vor besonders massiven Diskriminierungen gewährleistet.<sup>60</sup>

Der aktuelle Gesetzgeber plant hingegen einen weitergehenden Schutz, indem er alle relevanten Persönlichkeitsmerkmale der arbeitsrechtlichen Antidiskrimi-

---

<sup>58</sup> Vgl. näher *Neuner*, JZ 2003, 57 ff. (61 ff.); siehe ferner auch *Larenz/Wolf* (oben Fn. 49), § 34 Rn. 38 ff.; *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 529 ff. (537).

<sup>59</sup> Vgl. oben bei Fn. 37 f.

<sup>60</sup> A.A. *Baer*, ZRP 2002, 290 ff. (294: „So werden Opfer hierarchisiert.“).

nierungsrichtlinie auf das Zivilrecht überträgt.<sup>61</sup> Dies ist verfassungsrechtlich insofern nicht zu beanstanden, als der Gesetzgeber bei der Beurteilung einer Ausgrenzungsfahr einen weiten Einschätzungsspielraum hat. Rechtspolitisch drängt sich dennoch die Frage auf, welche Minderheiten etwa mit dem Kriterium der „Weltanschauung“ geschützt werden sollen. Jedenfalls auf den ersten Blick besteht die wesentliche Neuerung darin, dass das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG voll auf das Privatrecht durchzuschlagen droht.<sup>62</sup> Während bislang nur existentielle Schutzpflichten bestanden,<sup>63</sup> kann sich nach der geplanten Rechtslage prinzipiell jede Partei in jeden Wirtshaussaal einklagen. Auch private Bankhäuser werden sich nur schwer rechtfertigen können, warum und wieso sie das Geld gewisser politischer Gruppierungen nicht verwalten möchten.

Gesetzestechisch ist am geplanten Antidiskriminierungsgesetz ferner auffällig, dass § 22 Abs. 2 S. 1 zwar normtextuell einen Abschlusszwang vorsieht, diese Bestimmung jedoch laut Gesetzesbegründung keine eigenständige Anspruchsgrundlage bildet.<sup>64</sup> Der Anspruch selbst hat nach Auffassung der Autoren seine Grundlage vielmehr im Schadensersatzrecht bzw. ergibt sich als quasi-negativer Folgenbeseitigungsanspruch. Eine solche dogmatische Einordnung ist in der Sache verfehlt und steht dem Gesetzgeber auch kompetentiell in keiner Weise zu. Der Gesetzgeber hat ausschließlich Rechtsfolgen anzuordnen, die zwar ein bestimmtes wissenschaftliches Modell falsifizieren können, doch es ist nicht seine Aufgabe, zusätzlich auf der Metaebene der Dogmatik zu intervenieren.<sup>65</sup> In der Sache hat bereits *Hans Carl Nipperdey* im Jahr 1920 den Kontrahierungszwang als ein „Stück Sozialisierung des Privatrechts“ charakterisiert<sup>66</sup> und *Manfred Wolf* hat in der Festschrift für *Ludwig Raiser*<sup>67</sup> den teilhaberechtlichen Charakter nochmals detailliert herausgearbeitet. Die Alternative einer

---

<sup>61</sup> Andererseits wird ohne hinreichende Sachgründe gem. § 20 Abs. 4 ADG das Erbrecht ausgeklammert; dazu kritisch bereits *Neuner*, JZ 2003, 57 ff. (63); siehe ferner auch *Leipold*, Münchener Kommentar, BGB, 4. Aufl., 2004, § 2076 Rn. 26.

<sup>62</sup> Dazu kritisch bereits *Neuner*, Anmerkung zu BGH, Ur. v. 11.3.2003 - XI ZR 403/01, LMK 2004, 100 f. (101).

<sup>63</sup> Vgl. LG *Stuttgart*, NJW 1996, 3347 ff. (3349); *Singer*, Girogeschäft und Kontoeröffnung, in: *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, § 31 Rn. 10, 25.

<sup>64</sup> BT-Drucksache 15/4538 v. 16.12.2004, S. 43 f.

<sup>65</sup> Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 101 Fn. 53

<sup>66</sup> Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 105; siehe ferner z.B. auch *Hart*, Soziale Steuerung durch Vertragsabschlußkontrolle, KritV 1986, 211 ff. (216 ff.).

<sup>67</sup> Gleichbehandlungsgrundsatz und privatrechtliches Teilhaberecht, FS Raiser, 1974, S. 597 ff. (612); siehe ferner z.B. auch *Eichenhofer*, DVBl. 2004, 1078 ff. (1085).

schadensersatzrechtlichen Abschlusspflicht scheidet schon deshalb aus,<sup>68</sup> weil das Unterlassen keine relevante Rechtsgutverletzung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB impliziert und die „guten Sitten“ allenfalls einen Vertragsschluss, also eine Leistung und keine Wiedergutmachung einer unerlaubten Handlung verlangen. Ein deliktsrechtlicher Ansatz führt im Übrigen auch deshalb nicht weiter, weil es nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH auf ein Verschulden des Diskriminierenden überhaupt nicht ankommt.<sup>69</sup> Ebenso sinnwidrig ist die alternative Konstruktion eines quasinegatorischen Anspruchs auf „Unterlassung einer Unterlassung“.<sup>70</sup> Die actio negatoria gem. § 1004 Abs. 1 BGB richtet sich gegen eine Usurpation. Der Diskriminierende maßt sich indes keine fremden Rechtsbefugnisse an, sondern es werden im Gegenteil seine eigenen Rechtsbefugnisse durch die Konstituierung von Abschlusspflichten eingeschränkt. Deshalb ist auch de lege lata nochmals festzuhalten, dass Kontrahierungszwänge allein teilhaberechtlich zu begründen sind. Oder anders gewendet: Es gilt nicht, die Gesinnung des Diskriminierenden zu sanktionieren, sondern es geht ausschließlich um den Schutz des Diskriminierten vor Ausgrenzung.

Die derzeitige Opposition möchte anstelle einer extensiven Regelung die EU-Richtlinie 2000/43/EG nur eins zu eins umsetzen. Eine solche Minimallösung führt in das gegenteilige Extrem und vernachlässigt vor allem die legitimen Interessen behinderter Menschen. So ist schon rechtsethisch eine Differenzierung zwischen den Diskriminierungsmerkmalen „Rasse“ und „Behinderung“ nur schwer nachvollziehbar. In beiden Fällen handelt es sich um unveränderbare Persönlichkeitsdaten, die man schicksalhaft erfährt. Aus grundrechtlicher Sicht kommt hinzu, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber im Jahr 1994 den Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gerade deshalb eingefügt hat, um die Stellung behinderter Menschen nicht nur im Verhältnis zum Staat, sondern ganz generell in Recht und Gesellschaft zu stärken.<sup>71</sup> Der Münchener Staatsrechtler *Peter Badura* plädiert deshalb für eine unmittelbare Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.<sup>72</sup> Das BVerfG verlangt zumindest, dass das Verbot der Benachteiligung Behinderter „als Teil der objektiven Wertordnung“ in das Zivilrecht einfließt.<sup>73</sup> Diese Wertord-

---

<sup>68</sup> Ausführliche Kritik bei *Busche* (oben Fn. 48), S. 143 ff., der sich seinerseits für eine actio ad contrahendum ausspricht, a.a.O., S. 651 ff.

<sup>69</sup> Vgl. nur *EuGH*, Slg. 1997, S. I-2195 (2219 f.), Rs. C-180/95, Rn. 16 ff. - Draehmpaehl; siehe ferner auch *Armbrüster*, Sanktionen wegen Diskriminierung, KritV 2005, 41 ff. (48, 50); *Stork*, Das Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht, ZEuS 2005, 1 ff. (47).

<sup>70</sup> Dazu kritisch bereits *Neuner*, JZ 2003, 57 ff. (61) m.w.N.

<sup>71</sup> BT-Drucks. 12/8165, S. 29.

<sup>72</sup> Staatsrecht, 3. Aufl., 2003, Rn. C 47: „Die Verfassungsnorm statuiert über das Diskriminierungsverbot hinaus einen Schutz- und Förderungsaufrag mit unmittelbarer Wirkung und weiter ein Gebot auch für den Privatrechtsverkehr, ist also ein Grundrecht mit unmittelbarer Drittwirkung“.

<sup>73</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2000, 2658 ff. (2659) m.w.N.

nung wird, ungeachtet des Problems der horizontalen Wirkkraft,<sup>74</sup> inkonsistent, wenn ein Antidiskriminierungsgesetz behinderte Menschen nicht berücksichtigt. Schließlich sind auch aus privatrechtlicher Sicht Inkonsequenzen zu vermeiden. Nach der momentanen Rechtslage muss bei der Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf körperliche Behinderungen Rücksicht genommen werden. Dieser Schutz wirkt wenig plausibel, wenn bereits der Vertragsschluss aufgrund solcher Behinderungen verweigert werden darf. Auch die Regelung über die Barrierefreiheit im Mietrecht gem. § 554a BGB bleibt beispielsweise unzureichend, solange ein Vermieter behinderte Mietinteressenten ablehnen kann, um keine Ansprüche auf Barrierefreiheit dulden zu müssen.<sup>75</sup> Insgesamt ist daher die Aufnahme des Behindertenschutzes in ein privatrechtliches Antidiskriminierungsgesetz nur folgerichtig.<sup>76</sup>

#### ***V. Schlussbetrachtung***

Lässt man zum Abschluss die Diskussion über ein Antidiskriminierungsgesetz nochmals Revue passieren, handelt es sich um eine exemplarische Standortbestimmung unseres Privatrechts. Es wird das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit, von Staat und Gesellschaft, von Sozialem und Liberalem ausgelotet. Die Diskussion gibt zugleich ein Spiegelbild über den Umgang mit der Geschichte. Wer die französische Revolution als Maßstab für illegitime Systemveränderungen heranzieht, dreht die Zeituhr um über 200 Jahre zurück und wählt das Staatsmodell des frühen Liberalismus als Paradigma. Die Geschichte der Entstehung des Bonner Grundgesetzes ist allerdings vielfältiger. Deshalb erscheint es auch wenig konsequent, ein Stelenfeld zu errichten, aber die Anti-Rassismusrichtlinie nicht rechtzeitig umzusetzen.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Siehe hierzu auch schon oben im Text bei Fn. 46 f.

<sup>75</sup> Ausführlich zum mietrechtlichen Schutz von Menschen mit Behinderung nunmehr *Decker*, Die privatrechtliche Stellung behinderter Menschen im Wohnraummietrecht, 2005.

<sup>76</sup> Siehe zu den internationalen Vorgaben auch schon oben bei Fn. 37 f.

<sup>77</sup> Nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG war diese bis zum 19. Juli 2003 umzusetzen. Mit Urteil vom 28. April 2005 wurde die Pflichtverletzung nunmehr auch vom Gerichtshof festgestellt.