

Professor Dr. Jörg Neuner, Universität Augsburg

Diskriminierungsschutz durch Privatrecht

Vor dem Hintergrund europarechtlicher Vorgaben und rechtsvergleichend nimmt der Beitrag Stellung zu dem Diskussionsentwurf eines nationalen Antidiskriminierungsgesetzes und versucht, Strukturen eines privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes darzustellen.

I. Einleitung

Eine Kodifizierung des privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes ist seit langem in der rechtspolitischen Diskussion¹. Die Thematik hat nunmehr durch zwei EU-Richtlinien², die bis zum 2. 12. 2003 bzw. 19. 7. 2003 in das nationale Recht umzusetzen sind, eine besondere Dringlichkeit erfahren. Die erste, speziellere Richtlinie 2000/78/EG bezweckt gem. Art. 1 „die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf“. Entsprechend dieser Vorgabe hat der deutsche Gesetzgeber die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote³ vor allem in zeitlicher und sachlicher Hinsicht zu extendieren sowie ein hinreichendes Sanktionspotential und eine differenzierte Beweislastregelung zu schaffen⁴. Die zweite Richtlinie 2000/43/EG ist von ihrem Geltungsbereich her wesentlich weiter und erfaßt gem. Art. 3 Abs. 1 alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen in bezug auf die Erwerbstätigkeit (lit. a bis d), das Sozial-, Gesundheits- und Bildungswesen (lit. e bis g) sowie gem. lit. h „den Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“. Andererseits betrifft die Richtlinie aber lediglich die Diskriminierungsmerkmale „Rasse“ sowie „ethnische Herkunft“ und beschränkt sich damit auf eine Berücksichtigung der Entschließung des Europäischen Parlaments zu „Rassismus,

Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus und zu den Resultaten des Europäischen Jahres gegen Rassismus (1997)“⁵. Darüber hinausgehend will nunmehr ein erster, vom Bundesministerium der Justiz vorgelegter Diskussionsentwurf eines nationalen Antidiskriminierungsgesetzes⁶ das Benachteiligungsverbot nicht nur auf die Rasse und ethnische Herkunft beziehen, sondern auch auf die sexuelle Identität, die Religion, die Weltanschauung, das Alter, eine Behinderung sowie das Geschlecht erstrecken. Es ist gewiß nicht übertrieben, wenn man die Konsequenzen dieses Reformvorschlags als mindestens so gravierend erachtet wie die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 1. 1. 2002 bewirkten Veränderungen⁷. Gleichwohl darf rechtsvergleichend nicht übersehen werden, daß ein privatrechtlicher Diskriminierungsschutz sowohl in den USA als auch in zahlreichen Mitgliedstaaten der EU längst etabliert ist⁸. Auch richterrechtlich ist ein Schutz vor unbilligen Benachteiligungen zumindest partiell bereits anerkannt⁹.

II. Allgemeine Grundlagen

Im Verhältnis zwischen Staat und Bürger gehört das Gebot der Gleichbehandlung zu den elementaren Rechtsmaximen. Die Beziehungen der Bürger untereinander werden hingegen von den Beteiligten prinzipiell selbst definiert. Demgemäß kann grundsätzlich jeder frei bestimmen, mit wem und zu welchen Konditionen er rechtsgeschäftliche Beziehungen aufnimmt. Jene kategoriale Unterscheidung von Staat und Gesellschaft gilt allerdings nicht absolut. Beide Systeme stehen notwendig auf einem gemeinsamen Fundament, das nicht nur abwehrrechtliche Elemente in bezug auf Übergrif-

¹ Vgl. z. B. *Coester-Waltjen* ZRP 1982, 217; *Gitter* NJW 1982, 1567.

² RiL 2000/43/EG v. 29. 6. 2000, ABIEG Nr. L 180 v. 19. 7. 2000; RiL 2000/78/EG v. 27. 11. 2000, ABIEG Nr. L 303 v. 2. 12. 2000; beide Richtlinien sind auch abgedr. als Beilage zu NJW 37/2001; kritisch zu den Ermächtigungsgrundlagen namentlich *Urlesberger* ZAS 2001, 72 (74 ff.).

³ S. dazu zuletzt *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001, S. 1 ff.; *Fastrich* RdA 2000, 65.

⁴ S. dazu näher *Bauer* NJW 2001, 2672; *Thüsing* NZA 2001, 1061.

⁵ Vgl. ABIEG Nr. C 56 v. 23. 2. 1998.

⁶ Vgl. www.bmj.bund.de/images/11312.pdf; z.T. auch abgedr. in DB 2002, 470 f.

⁷ S. zu den besonderen Diskriminierungsverboten, namentlich zum Schutz des Wettbewerbs sowie der Ressourcenschonung, eingehend *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 299 ff. m. umf. N.

⁸ S. dazu den „Überblick über die gesetzlichen Antidiskriminierungsbestimmungen der Mitgliedstaaten“, Hrsg. Europäische Kommission, 2000; *Nickel*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, 1999, S. 165 ff.; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 93 ff. m. w. N.

⁹ Vgl. *BGH* NJW 1999, 1326; *LG Karlsruhe* NJW-RR 2002, 111.

fe durch den Staat und andere Bürger erfaßt, sondern auch distributive Mindeststandards konstituiert¹⁰.

1. Die Struktur des Diskriminierungsschutzes

Der Schutz vor Diskriminierung durch Privatrechtssubjekte hat verschiedene Facetten. Er hat sowohl eine rechtsstaatliche als auch eine sozialstaatliche Dimension. Beide Aspekte haben zwar im Schutz der Menschenwürde einen gemeinsamen teleologischen Bezugspunkt, in dem sie sich überschneiden, doch ist die grundsätzliche Schutzrichtung einmal abwehrrechtlicher und das andere Mal teilhaberechtlicher Natur.

a) Die rechtsstaatliche Dimension

Diskriminierungsschutz kann das Ziel verfolgen, die Bürger untereinander vor Übergriffen, etwa rassistisch begründeten Gewalttaten, zu schützen. In diesem Fall dient der Diskriminierungsschutz dem Erhalt der Freiheit im formalen Sinn. In einem Rechtsstaat tritt diese Form des Diskriminierungsschutzes in der Regel jedoch in den Hintergrund, da es sich um einen allgemeinen Rechtsgüterschutz handelt. Das Eigentum und die Gesundheit der Bürger werden ganz generell geschützt, unabhängig davon, ob der Angriff aus rassistischen oder sonstigen Gründen erfolgt. Eine eigenständige Dimension erlangt der abwehrrechtliche Diskriminierungsschutz nur dann, wenn gerade aufgrund des diskriminierenden Charakters der Handlung eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt. Zu denken ist etwa an ehrverletzende Äußerungen gegenüber bestimmten Bevölkerungsgruppen oder an jenes Schild vor einer Gastwirtschaft: „Türken dürfen dieses Lokal nicht betreten“¹¹. Wie ist indes die Rechtslage, wenn der Wirt das Schild entfernt und türkische Mitbürger einfach nicht bedient? Ganz ähnlich gelagert ist auch der Fall, daß ein Arbeitgeber Bewerberinnen ohne Angabe von Gründen mit dem Ausdruck größten Bedauerns pauschal ablehnt.

b) Die sozialstaatliche Dimension

Diskriminierungsschutz kann nicht nur in der Abwehr von Übergriffen bestehen, sondern auch ein positives Tun zum Ziel haben. Dies betrifft eben jenen fiktiven Gastwirt, der niemanden aktiv diskriminiert, sondern „lediglich von bestimmten Leuten in Ruhe gelassen werden möchte“. Man kann zwar auch in einer solchen Passivität letztlich einen eingriffsähnlichen Akt in bezug auf das Persönlichkeitsrecht sehen, doch handelt es sich zumindest schwerpunktmäßig um ein Unterlassen und die begehrte Rechtsfolge ist eine originäre Leistung und nicht die Verhinderung oder Wiedergutmachung eines Schadens¹². Die entscheidende Frage geht deshalb dahin, inwieweit der einzelne Bürger zu einem positiven Tun in Form einer bestimmten rechtsgeschäftlichen Handlung verpflichtet werden kann. Dürfen Privatrechtssubjekte also beispielsweise dazu angehalten werden, nicht

nur mit bestimmten Bevölkerungsgruppen zu kontrahieren, sondern Verträge auch mit anderen Interessenten zu schließen? Und was rechtfertigt eine solche soziale Inpflichtnahme?

2. Die Legitimation des Diskriminierungsschutzes

Der Schutz vor Diskriminierung durch Private steht auf verschiedenen Begründungssäulen.

a) Der Schutz des Individuums

Sofern sich Diskriminierungen gegen einzelne Menschen richten, steht zunächst der Schutz der konkret betroffenen Persönlichkeit im Vordergrund. Ein solcher individualisierter Diskriminierungsschutz verhindert, daß Bürger aufgrund eines bestimmten Kennzeichens von der Gesellschaft und deren Gütern systematisch ausgeschlossen werden. Diese Zielsetzung ist auch legitim. Die Respektierung der Persönlichkeit im Sinne einer originären Gleichberechtigung gehört sowohl zu den rechtsphilosophischen als auch zu den staatsrechtlichen Grundprämissen¹³. Wer andere beispielsweise wegen ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft von vornherein als potentielle Vertragspartner ablehnt, verweigert ihnen konsequenterweise auch die Partizipation an sozialkontraktlichen Modellen und stellt damit ihre Existenzberechtigung schlechthin in Frage. Insgesamt dient der Diskriminierungsschutz folglich der Achtung der Menschenwürde¹⁴, indem er die Freiheit des einen Privatrechtsakteurs zugunsten notwendiger Entfaltungsmöglichkeiten eines anderen Privatrechtssubjekts begrenzt. Dieses Recht auf Anerkennung der Persönlichkeit gilt aufgrund seines apriorischen Charakters unmittelbar zwischen den Beteiligten und verpflichtet zugleich den Staat zu interventionistischer Wachsamkeit.

b) Der Schutz der Gruppe

Diskriminierungen müssen sich nicht speziell gegen einzelne Personen richten, sondern können auch ein Kollektiv erfassen¹⁵. So werden beispielsweise Behinderte aufgrund ihrer konstitutionellen Eigenheiten in zahlreichen Lebensbereichen, wie etwa dem Arbeitsmarkt, tendenziell benachteiligt. Um diese strukturellen Beeinträchtigungen auszugleichen, kann es geboten sein, Schutzmaßnahmen einzuleiten. Solche Interventionen können insbesondere in der Anordnung eines Kontrahierungszwangs oder einer Ausgleichsabgabe bestehen, soweit dem Staat aufgrund marktwirtschaftlicher Strukturen eigene soziale Handlungsoptionen fehlen¹⁶. Hinsichtlich der Erforderlichkeit eines Diskriminierungsschutzes ist dabei jeweils eine universale Perspektive einzunehmen, die die Interessen sämtlicher Beteiligter berücksichtigt und ungewollte Segregation ebenso wie unfreiwillige Assimilation zu vermeiden sucht.

c) Der Schutz der Allgemeinheit

Diskriminierungsschutz dient nicht nur den unmittelbar betroffenen Personen oder Gruppen, sondern auch der So-

¹⁰ S. dazu näher Neuner, in: *Diederichsen/Sellert*, Das BGB im Wandel der Epochen, 2002, S. 131 ff. (134 ff.).

¹¹ Vgl. den Sachverhalt der Entscheidung *OLG Frankfurt* NJW 1985, 1720; s. zu dieser Entscheidung auch *Lobse* NJW 1985, 1677; solche Zutrittsverbote sind im übrigen gar nicht so selten; soeben wurde in München ein Gastwirt wegen Beleidigung und Volksverhetzung verurteilt, weil er die Enkelin des ermordeten israelischen Ministerpräsidenten *Jitzchak Rabin* mit den Worten empfing: „Euch Juden mache ich die Tür nicht auf“; vgl. SZ v. 5. 9. 2002, S. 38.

¹² S. speziell zu den sozialstaatlichen Grundlagen eines Kontrahierungszwangs auch *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag, 1920, der von einem „Stück Sozialisierung des Privatrechts“ spricht (aaO S. 105); vgl. ferner *Hart* KritV 1986, 211 (216 ff.).

¹³ Vgl. nur *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 27 ff.; *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, 1989, S. 319 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 109 ff.

¹⁴ Vgl. auch *Dürrig*, in: *Maunz/Dürrig*, GG, Stand: Juli 2001, Rz. 12 zu Art. 1, Rz. 3 ff. zu Art. 3; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl., 2002, Rz. 105 zu Art. 3 m.w.N.

¹⁵ Dazu eingehend *Schiek* (Fn. 8), S. 39 ff. m.w.N.; aus völkerrechtlicher Sicht auch *Kadelbach*, Zwingendes Völkerrecht, 1992, S. 256 ff.

¹⁶ Grundsätzlich hat der Staat zu versuchen, mittels seines Steuersystems die sozialen Lasten nach individueller Leistungsfähigkeit gerecht zu verteilen, vgl. *Zacher* DÖV 1970, 3 (13 f.); *Neuner* NJW 2000, 1822 (1823).

zietät insgesamt. Eine Gesellschaft, die bestimmte Bevölkerungsteile ausgrenzt, gefährdet ihren inneren Frieden, weil sie Widerstand durch die Benachteiligten sowie entsprechende Solidarität durch Dritte provoziert¹⁷. Es ist deshalb zum Beispiel ein legitimes Anliegen, in den Wohnungsmarkt zu intervenieren, um Ghettobildungen und damit drohende soziale Unruhen zu verhindern. Des Weiteren ist auch die Staatsform der Demokratie nicht voraussetzungslos, sondern wird, ebenso wie die Freiheit des Einzelnen, erst effektiv, wenn tatsächliche Partizipationsmöglichkeiten für alle Bürger bestehen¹⁸.

III. Rechtsgrundlagen

Diskriminierungsschutz läßt sich weder auf eine Tugendlehre reduzieren noch durch die Absolutsetzung gegenläufiger Freiheitskonzeptionen aus dem privatrechtlichen Diskurs verdrängen¹⁹. Er ist vielmehr ebenso wie der Schutz individueller Selbstbestimmung in der Rechtsordnung fest verankert.

1. Der Schutz der Freiheit

Das Selbstbestimmungsrecht der Privatrechtsakteure gehört zu den (ungeschriebenen) Grundrechten des Gemeinschaftsrechts²⁰ und ist verfassungsrechtlich umfassend abgesichert²¹. Das Grundgesetz schützt prima facie jede Form der Diskriminierung²², wenngleich namentlich Art. 2 Abs. 1 GG eine Einschränkung insbesondere durch „die Rechte anderer“ vorsieht. Darüber hinaus garantieren die speziellen Grundrechte zum Teil ausdrücklich privatrechtsrelevante Präferenzentscheidungen. Zu erwähnen ist nur die Eheschließungsfreiheit gem. Art. 6 Abs. 1 GG, die Vereinigungsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG sowie die Testierfreiheit gem. Art. 14 Abs. 1 GG. Im Unterschied zur staatlichen Neutralitätspflicht²³ ist ferner kennzeichnend, daß Art. 4 Abs. 1, 2 GG eine religiöse und weltanschauliche Offenheit gewährleistet, die wiederum privatrechtliche Gestaltungsoptionen präjudiziert. Strukturell kann man im wesentlichen zwei Grundfreiheiten unterscheiden:

a) Die Privatautonomie

Unter Privatautonomie ist die Kompetenz zu verstehen, Privatrechtsverhältnisse zu begründen und diese nach eigenem Willen zu gestalten. Das zentrale Moment dieser Freiheit liegt darin, daß niemand zu einer Rechtfertigung seines rechtsgeschäftlichen Verhaltens verpflichtet ist und deshalb sogar den Zufall darüber entscheiden lassen kann, wer Vertragspartner oder Erbe werden soll²⁴. Die Kehrseite von Privatautonomie bedeutet demnach Diskriminierung, nämlich eine Benachteiligung jener, die nicht oder nur zu schlechte-

ren Konditionen kontrahieren können. Jedenfalls formal betrachtet ist diese Folge indes nicht unbillig, weil und sofern Dritte ihre rechtsgeschäftlichen Beziehungen ebenfalls selbstbestimmt zu definieren vermögen. Man kann die Kehrseite von Privatautonomie deshalb auch Selbstverantwortung nennen. Abstrahiert man die Blickrichtung vom Individuum auf die gesamtwirtschaftliche Ebene, bildet die Privatautonomie die Voraussetzung für Markt und Wettbewerb, Pluralismus und Vielfalt. Der Preis einer solchen freiheitlichen Wirtschaftsordnung sind systemimmanente Diskriminierungen. Davon betroffen sind auf der Angebotsseite jene, die im Unterschied zu mächtigen Mitkonkurrenten bestimmte Konditionen nicht unterschreiten können und deswegen vom Markt verdrängt werden. Auf Seite der Nachfrager sind ebenfalls die kapitalschwächeren Bevölkerungsschichten typischerweise benachteiligt. Es wird dies nicht nur bei der Kreditvergabe und der Kreditvermittlung sofort augenscheinlich, sondern ganz allgemein gilt: „The poor pay more“²⁵. Eine generelle Beseitigung von solchen privatrechtlichen Diskriminierungen, einschließlich ihrer Voraussetzungen, wäre im Sinne eines streng materialistischen Gleichheitsregimes zwar denkbar. Dieses stünde jedoch im Widerspruch zum geltenden Privatrecht und seinen grundrechtlichen Verankerungen. Es wäre nicht nur freiheitszerstörend, sondern würde auch seinerseits neue Hierarchien zugunsten der aufkommenden Nomenklatura begründen.

b) Die Handlungsfreiheit

Von der Privatautonomie als Kompetenz zur privaten „Rechtsetzung“ ist die allgemeinere Handlungsfreiheit zu unterscheiden. Diese erfaßt sämtliche Formen der Diskriminierung, angefangen von der Ausgrenzung bei privaten Einladungen, über herablassende Äußerungen bis hin zu körperlichen Übergriffen. Auf privatrechtlicher Ebene dient vor allem das Deliktsrecht dazu, die kollidierenden Freiheits- und Gütersphären voneinander abzugrenzen.

2. Der Schutz vor Diskriminierung

Das Recht auf Selbstbestimmung unterliegt wie jedes Rechtsprinzip der Einschränkung und Sinngebung durch gegenläufige Grundsätze. Der vielfach befürchtete „Tod der Privatautonomie“²⁶ droht daher nicht nur durch eine übermäßige Intervention in Freiheitsrechte, sondern auch durch eine unzureichende Berücksichtigung jener materialen Freiheitsbedingungen, zu denen aus nationaler wie internationaler Sicht der Schutz vor Diskriminierung essentiell gehört.

a) Internationales Recht

Der Diskriminierungsschutz bildet einen allgemein konsentierten Grundsatz der Staatengemeinschaft und zählt rechtswissenschaftlich sowohl zum Völkergewohnheitsrecht²⁷ als auch zum Kernbestand der Menschenrechte²⁸. Positivrechtlich ist der Diskriminierungsschutz namentlich in der

¹⁷ S. allgemein zur Befriedungswirkung des Sozialstaats bereits von Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Nachdr. 1972, S. 36 ff.; speziell in bezug auf ethnische Diskriminierung vgl. Bezenberger AcP 196 (1996), 395 (411 f., 419).

¹⁸ S. grundlegend Heller in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. II, 1971, S. 421 (427 ff.).

¹⁹ Vgl. auch Baer ZRP 2002, 290 (294).

²⁰ Vgl. nur Canaris, in: FS Lerche, 1993, S. 873 (890) m. umf. N.

²¹ Vgl. nur Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 223 f. m. umf. N.

²² Zu folgen ist mithin einer „weiten Tatbestandstheorie“; s. dazu näher Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 290 ff.

²³ Vgl. BVerfGE 19, 206 (216); von Campenhausen, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, Rz. 93 ff. zu § 136.

²⁴ Vgl. nur Edenhofer, in: Palandt, BGB, 61. Aufl., 2002, Rz. 7 zu § 2065, Rz. 1 zu § 2154 m. w. N.

²⁵ So der Titel der New Yorker Studie von Caplovitz aus dem Jahr 1963; aus neuerer Zeit s. namentlich Schiek (Fn. 8), S. 19, 35, 188, 202, 246 ff. m. umf. N.

²⁶ Vgl. nur Säcker ZRP 2002, 286 (289); ähnlich Adomeit NJW 2002, 1622 (1623).

²⁷ Vgl. nur Kadelbach (Fn. 15), S. 280 (sowie S. 281 f., 305 f. zum ius cogens); Nickel (Fn. 8), S. 98.

²⁸ Vgl. nur Koller, in: Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 96 (96): „Menschenrechte sind nach üblichem Verständnis Rechte, die alle Menschen sozusagen von Natur aus besitzen, also unabhängig von kontingenten Umständen wie Abstammung, Rasse, Geschlecht, Nation und Religion“.

Charta der Vereinten Nationen sowie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verankert. Hervorzuheben sind ferner die Pakte gegen Rassen- und Frauendiskriminierung sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bzw. politische und bürgerliche Rechte²⁹. Auf europäischer Ebene gehört der Diskriminierungsschutz ebenfalls zu den fundamentalen Rechtsgrundsätzen des Primärrechts und ist Gegenstand zahlreicher sekundärrechtlicher Regelungen³⁰.

Aufgrund ihrer fehlenden Horizontalwirkung erlangen die meisten dieser Bestimmungen indes keine unmittelbare Relevanz für den privatrechtlichen Diskriminierungsschutz. Eine Ausnahme bilden die Diskriminierungsverbote gem. Art. 12 und Art. 141 EG, die wegen ihres besonderen Menschenwürdebezugs direkt in den Privatrechtsverkehr einwirken³¹. Das gleiche gilt ganz generell für den menschenrechtlichen Elementargehalt des Diskriminierungsschutzes, da jene kardinalen Rechtsgrundsätze als Basis jeder menschlichen Gemeinschaft in ihrem Kernbereich ebenfalls eine universelle Wirkung entfalten³². Hinsichtlich der staatlichen Gestaltungsoptionen ist ferner zu berücksichtigen, daß die internationalen Vereinbarungen die nationalen Gesetzgeber zu einem effektiven Diskriminierungsschutz verpflichten. Partiiell ist dabei zwar wiederum umstritten, inwieweit sich diese Verpflichtungen auch auf das Privatrecht erstrecken³³, doch gewährleistet zum Beispiel Art. 5f des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung ausdrücklich „das Recht auf Zugang zu jedem Ort oder Dienst, der für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen ist, wie Verkehrsmittel, Hotels, Gaststätten, Cafés, Theater und Parks“³⁴.

b) Nationales Recht

Der Schutz vor Diskriminierung durch Private ist bislang nur fragmentarisch gesetzlich geregelt. Es stehen jedoch weder das Grundgesetz noch das BGB einem praeterlegal entwickelten Diskriminierungsschutz entgegen. Eine entsprechende Rechtsfortbildung hat allerdings der Komplexität des Diskriminierungsschutzes Rechnung zu tragen. Dieser läßt sich allein durch das abwehrrechtliche System der Grundrechte sowie des Deliktsrechts nicht hinreichend erfassen, sondern es bedarf dogmatisch der komplementären Anerkennung sozialer Rechte.

(1) Verfassungsrecht

(a) Allgemeine Herleitung

Der horizontale Diskriminierungsschutz gehört in seinem Wesenskern zu den Fundamentalgrundsätzen der Bonner Verfassung³⁵. Es folgt dies zunächst aus der allgemeinen Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes³⁶ und der Bezugnahme in Art. 1 Abs. 2 GG auf die Menschenrechte „als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“. Teleologisch ist ferner signifikant, daß ein Staat, der sich zum Erhalt des

Existenzminimums seiner Bürger verpflichtet hat³⁷, notwendigerweise in jenen Markt eingreifen muß, dem er die Distribution von Gütern überläßt. Schließlich und vor allem ist ein privatrechtlicher Diskriminierungsschutz auch im Wege historischer Auslegung vorgezeichnet. Es entspricht einer selektiven geschichtlichen Wahrnehmung, wenn man die Abkehr des Grundgesetzes vom Nationalsozialismus auf eine Abkehr vom Staatsterror reduziert. Die Absicht des historischen Verfassungsgebers bestand vielmehr darin, mit gleichem Nachdruck private Exzesse und Ausgrenzungen zu unterbinden³⁸. Jenes geschichtlich überlieferte Straßenbild, mit seinen judenfeindlichen Verbotsschildern in den „arischen“ Läden und den SA-Posten vor den „jüdischen“ Geschäften, steht gleichsam als Negativparadigma hinter Art. 1 GG.

(b) Grundrechtliche Ausprägungen

Versucht man den horizontalen Diskriminierungsschutz grundrechtsdogmatisch näher zu bestimmen, bildet den Gegenpol die verfassungsrechtlich garantierte Privatautonomie, aufgrund derer niemand Gründe für sein rechtsgeschäftliches Verhalten angeben muß. Tut er dies gleichwohl, kann hierin ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegen und abwehrrechtlich begründete Schutzpflichten hervorrufen. Das gleiche gilt bei sonstigen Verbalinjuriern oder tätlichen Übergriffen.

Von solchen schädigenden Handlungen ist die schlichte Verweigerung rechtsgeschäftlicher Beziehungen zu unterscheiden. Ihr diskriminierender Charakter kann sich aus einer expliziten Begründung oder aus den Begleitumständen, insbesondere aus vorangegangenen stereotypen Vertragsablehnungen, ergeben. Wie immer sich die zu mißbilligende Intention auch äußert, handelt es sich bei der Vertragsverweigerung als solcher in erster Linie um ein bloßes Unterlassen, das nach minimalstaatlichen Vorstellungen irrelevant bleibt, dem die sozialstaatliche Konzeption des Grundgesetzes jedoch mit Handlungspflichten begegnet. Diese Handlungspflichten sind wiederum im Schutz der Persönlichkeit begründet, welche sich nicht auf ein formales Selbstbestimmungsrecht beschränkt, sondern auch teilhaberechtliche Elemente umfaßt. Ein Parallelbeispiel für die soziale Dimension des Persönlichkeitsschutzes bildet der Auskunftsanspruch des Kindes gegenüber seiner Mutter auf Nennung des Namens des Vaters³⁹. Solche sozialen Rechte lassen sich aus dem Grundgesetz – jedenfalls nach den klassischen Auslegungsmethoden – im wesentlichen nur aus Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 ableiten und nicht aus den Art. 2 ff.⁴⁰ Isoliert betrachtet, entfalten insbesondere Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG weder eine unmittelbare Drittwirkung noch eine originäre Schutzpflicht. Die besonderen Gleichheitssätze haben lediglich eine Maßstabfunktion und Indizwirkung bei der Bestimmung einzelner Schutzpflichten sowie bei der Feststellung der Horizontalwirkung von Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 GG.

(c) Gesetzgeberische Kompetenzen

Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen sozialen und liberalen Rechten sowie die damit korrespondierende Differenzierung zwischen der sozialstaatlichen und der rechtsstaatlichen Dimension des Diskriminierungsschutzes hat

²⁹ S. zu Einzelheiten *Kadelbach* (Fn. 15), S. 277 ff.; *Nickel* (Fn. 8), S. 97 ff. m.umf.N.

³⁰ S. zu Einzelheiten *Kischel* EuGRZ 1997, 1.

³¹ Vgl. *EuGH*, Rs. 43/75 (Defrenne), Slg. 1976, 455 ff. (Rz. 38 ff.); *Geiger*, EUV/EGV, 3. Aufl., 2000, Rz. 4 zu Art. 12, Rz. 3 zu Art. 141; *Neuner* (Fn. 21), S. 203 ff. m.w.N.; A.A. zuletzt *Canaris*, in: *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Symposium R. Schmidt, 2002, S. 29 (42 ff.).

³² S. dazu *Neuner* (Fn. 21), S. 65 ff. m.umf.N.

³³ S. näher *Kühner* NJW 1986, 1397 ff.; *Schiek* (Fn. 8), S. 20 ff., 75 f.

³⁴ BGBl. 1969 II, S. 961 ff. (967 f.).

³⁵ Speziell zum Verbot der mittelbaren Diskriminierung siehe näher *Schiek* (Fn. 8), S. 63 ff.; *Osterloh*, in: *Sachs*, GG, 2. Aufl., 1999, Rz. 255 ff. zu Art. 3 m.w.N.

³⁶ Vgl. auch *Kühner* NJW 1986, 1397 (1400).

³⁷ S. dazu näher *Hüberle*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, Rz. 77 zu § 20; *Neumann* NVwZ 1995, 426.

³⁸ S. ausführlicher *Neuner* (Fn. 21), S. 150 ff. m.umf.N.

³⁹ Vgl. *BVerfGE* 96, 56 = JZ 1997, 777 m. Anm. *Starck*.

⁴⁰ S. eingehend *Neuner* (Fn. 21), S. 123 ff.

schließlich auch erhebliche Konsequenzen für den Gestaltungsspielraum des Privatrechtsgesetzgebers⁴¹. Während es sich bei den liberalen Grundrechten und den daraus folgenden Schutzpflichten gleichsam um symmetrische Rechtskreise handelt, bei denen das Übermaßverbot mit dem Untermaßverbot korreliert, gewährleisten die sozialen Grund- und Menschenrechte vorwiegend nur existentielle Mindeststandards. Bei sozialen Schutzpflichten ist eine Erforderlichkeitsprüfung deshalb entsprechend restriktiv vorzunehmen. Das Subsidiaritätsprinzip bildet zwar in der Gegenrichtung für den demokratischen Gesetzgeber keine Funktionssperre⁴², doch ist bei sozialen Rechten in bezug auf das Untermaßverbot die originäre Zuständigkeit des Einzelnen zu berücksichtigen.

(2) Zivilrecht

(a) Verfassungsrechtliche Implikationen

Aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben folgt für das Deliktsrecht, daß weder die Handlungsfreiheit noch umgekehrt der Güterschutz unverhältnismäßig eingeschränkt werden dürfen. Hinsichtlich des Schutzes vor diskriminierenden Übergriffen wird diesem Erfordernis insbesondere durch die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht gem. § 823 Abs. 1 BGB dem Grunde nach Rechnung getragen. Des weiteren ist für die sozialstaatliche Ausformung des Diskriminierungsschutzes zu beachten, daß die besonderen Gleichheitssätze gem. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG keine eigenständigen Schutzgebote enthalten und deshalb auch nicht pauschal als Schutzgesetze gem. § 134 BGB zu interpretieren sind⁴³. Ein gesetzliches Verbot ist erst anzunehmen, wenn zugleich der Kern der Menschenwürde bzw. Menschenrechte gem. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 GG tangiert wird. In der weiteren Konsequenz sind auch Abschlußpflichten von Verfassungen wegen nur geboten, wenn jener existentielle Persönlichkeitsbezug vorliegt.

(b) Dogmatische Konzeptionen

Die h. M. im Zivilrecht erkennt Kontrahierungspflichten prinzipiell an, doch gelingt es ihr nicht, diese dogmatisch schlüssig einzuordnen. Während manche eine Pflicht zum Vertragsschluß über die §§ 826, 249 BGB herleiten wollen⁴⁴, kommen andere zum gleichen Ergebnis über einen quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch⁴⁵. Beide Ansätze haben nicht nur Detailschwächen im Hinblick auf das Verschuldenserfordernis bzw. das sinnwidrige Anspruchsziel⁴⁶ auf „Unterlassung einer Unterlassung“, sondern führen auch zu einem markanten Systembruch. Dieser liegt darin begründet, daß das Deliktsrecht lediglich der Abgrenzung von Freiheitssphären und nicht der Umverteilung dient. Oder anders gewendet: Das Deliktsrecht ist der *iustitia commutativa* und nicht der *iustitia distributiva* zugeordnet⁴⁷. Auch wenn man

gesetzliche Solidarpflichten wie das Verbot der unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323 c StGB als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB erachtet⁴⁸, dient das Deliktsrecht jeweils nur der Sanktionierung eines Pflichtenverstößes und nicht der vorgelagerten Begründung des Primäranspruchs. Zur Veranschaulichung sei nochmals als Parallelbeispiel der Auskunftsanspruch des Kindes auf Nennung des Namens des Vaters genannt⁴⁹, der sich ebensowenig wie ein Anspruch auf Kontrahierung deliktsrechtlich plausibel begründen läßt. Beide Male handelt es sich um verfassungsrechtlich indizierte soziale Ansprüche, die mangels einfachgesetzlicher Normierung im Wege grundgesetzkonformer Rechtsfortbildung⁵⁰ methodenoffen aus Art. 1 GG (in Verbindung mit der Sozialstaatsklausel gem. Art. 20 Abs. 1 GG) hergeleitet werden müssen⁵¹. Die damit verbundene Kritik an der h. M. erstreckt sich folgerichtig auch auf den Versuch, Kontrahierungszwänge über das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 und Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB) zu begründen⁵². Zum einen fehlt es in der Regel bereits an dem erforderlichen rechtsgeschäftlichen Kontakt, den der Diskriminierende gerade verhindern will, zum anderen ist die verletzte Pflicht nicht vertrauensrechtlicher Natur, sondern hat allein sozialstaatliche Wurzeln, und schließlich führt die Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß im Regelfall nur zum Ersatz des negativen Interesses⁵³. Bereits an dieser Stelle ist daher festzuhalten, daß die Kodifizierung von Abschlußpflichten im BGB dem Grunde nach sinnvoll ist und einen dogmatischen Gewinn mit sich bringt.

IV. Schutzzumfang

Im Rahmen der Präzisierung des sachgerechten Umfangs des Diskriminierungsschutzes ist teleologisch zwischen der Vermeidung von Ausgrenzung und der Sicherung des Integritätsinteresses zu differenzieren. Im ersten Fall ist die Schutzrichtung teilhaberechtlicher Natur, im zweiten Fall hat die Schutzrichtung einen abwehrrechtlichen Charakter.

1. Der Schutz vor Ausgrenzung

Jede gesetzliche Schutzmaßnahme zugunsten Schwächerer dient letztlich der Integration. Im vorliegenden Kontext geht es indes nicht um allgemeine sozialstaatliche Interventionen zum Ausgleich informationeller oder materieller Defizite,

⁴¹ S. näher Neuner (Fn. 21), S. 158 ff.

⁴² Vgl. Scholz, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 23), Bd. VI, 1989, Rz. 39 zu § 151; *Knöpfle*, in: FS Rauscher, 1993, S. 151 ff. (163); a.A. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2001, S. 272 ff., 351.

⁴³ A.A. *Canaris* AcP 184 (1984), 201 (235 ff.).

⁴⁴ *Medicus*, Schuldrecht Bd. I, 13. Aufl., 2002, Rz. 85; *Larenz/Wolf*, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, 8. Aufl., 1997, § 34 Rz. 35 (S. 649); *Schlechtriem*, Schuldrecht Allg. Teil, 4. Aufl., 2000, Rz. 39; *Jauernig*, in: *Jauernig*, BGB, 9. Aufl., 1999, Rz. 11 vor § 145.

⁴⁵ *Bork*, Allg. Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs, 2001, Rz. 672; *K. Schmidt* DRiZ 1977, 97 (98).

⁴⁶ Vgl. auch *F. Bydlinski* AcP 180 (1980), 1 (11 ff.); *Grunewald* AcP 182 (1982), 181 (196 f.).

⁴⁷ Vgl. nur *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1977, S. 410 f.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl., 1994, § 75 I 2 i (S. 354).

⁴⁸ Vgl. *Mertens*, in: MünchKommBGB, 3. Aufl., 1997, Rz. 366 zu § 823; *Larenz/Canaris* (Fn. 47), § 77 III 1 d (S. 441); A.A. *Dütz* NJW 1970, 1822 ff. m.w.N.

⁴⁹ Vgl. oben Fn. 39.

⁵⁰ Zu den Voraussetzungen und Grenzen verfassungskonformer Rechtsfindung s. näher *Stern*, Staatsrecht Bd. III/2, 1994, § 90 II 3 (S. 1147 ff.); *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 128 ff.

⁵¹ Auch *Busche* (Fn. 7), S. 651 ff. plädiert für eine Rechtsfortbildung, und zwar im Sinne einer „actio ad contrahendum“. Eine Rechtsfortbildung läßt sich indes mit einem institutionellen Vertragsverständnis, wie von *Busche* vorgeschlagen, nicht hinreichend legitimieren, sondern nur mit den sozialstaatlichen Explikationen der *lex lata*; s. auch schon *Neuner* (Fn. 21), S. 287 f. Sowohl die verfassungsrechtliche Garantie als auch die einfachgesetzlichen Ausprägungen der Vertragsfreiheit sind von ihrer Idee her „negativer“, rein individueller Natur: Jeder Bürger kann sein Handeln und seine Ziele selbstbestimmt definieren; er kann rechtsgeschäftlich tun und lassen, was er möchte. Freiheit ist zwar auch von materialen Grundbedingungen abhängig, doch gilt es allfällige freiheitsbeschränkende Gegenrechte transparent darzulegen und zu berücksichtigen, was nicht gelingt, wenn diese synkretistisch in der Vorstellung einer „gebundenen Freiheit“ verankert werden (so aber *Busche*, aaO, S. 125 ff.).

⁵² Vgl. *Schiek* (Fn. 8), S. 396 ff.

⁵³ Kritisch auch *Busche* (Fn. 7), S. 143 ff.

sondern primär um den Schutz vor gezielten Benachteiligungen aufgrund perhorreszierter Merkmale.

a) Tatbestand

Der Tatbestand einer unzulässigen Diskriminierung ergibt sich im wesentlichen aus dem Zusammenwirken von drei Faktoren: Dem objektiven Diskriminierungsmerkmal, der Schutzbedürftigkeit des Dritten sowie dem Differenzierungsinteresse des Entscheidungsträgers.

(1) Diskriminierungsmerkmal

Die faktischen Anknüpfungspunkte für eine Diskriminierung sind im Prinzip unbegrenzt⁵⁴. Sie beschränken sich weder auf die in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG genannten Merkmale noch auf die Aufzählung in Art. 13 EG. Zu denken ist nur an äußere Kennzeichen wie Haartracht oder Augenfarbe. Sofern lediglich ein Einzelner einen anderen wegen eines bestimmten Merkmals exkludiert, ist dies prinzipiell eine hinnehmbare Folge von Wettbewerb und Privatautonomie. Wer beispielsweise seine Produkte oder Dienstleistungen nur Menschen mit einem speziellen Sternzeichen anbietet, schließt eher sich selbst aus als andere. Zu einem gesellschaftlichen Ausgrenzungsproblem wird ein Diskriminierungsmerkmal in der Regel erst dann, wenn es intersubjektiv als maßgebliches Kriterium für eine Benachteiligung erachtet wird.

Diese Voraussetzung einer intersubjektiven Übereinstimmung bedarf der empirischen Feststellung. Falls nicht ausnahmsweise bereits aufgrund aktueller Begebenheiten die Gefahr einer systematischen Ausgrenzung droht, ist retrospektiv zu prüfen, welche Persönlichkeitsmerkmale sich im Laufe der Geschichte als besonders diskriminierungsrelevant erwiesen haben. Eine entscheidende Erkenntnishilfe leisten dabei die internationalen Antidiskriminierungsabkommen. Als schutzbedürftig zeigt sich danach namentlich eine Diskriminierung wegen der Rasse, des Geschlechts, der Sprache, der Religion oder einer Behinderung. Auch die Merkmale der sexuellen Identität sowie der Weltanschauung haben sich historisch als stark gefährdet erwiesen. Ein Gegenbeispiel bildet der Aspekt des Alters. Das Alter kann zwar speziell im Bereich des Arbeitsrechts zu Benachteiligungen führen, doch ist im allgemeinen Zivilrecht die Gefahr einer systematischen Ausgrenzung jedenfalls derzeit nicht erkennbar. Es erscheint vielmehr als Bereicherung des Angebots, wenn bestimmte Anbieter sich bevorzugt um junge Kunden bemühen, während andere Unternehmen Senioren vergünstigte Konditionen einräumen. Auch etwaige Altersgrenzen für Jugendveranstaltungen oder für die Aufnahme in Seniorenheime sind in der Regel nur interessengerecht.

Insgesamt ist signifikant, daß solche Kriterien, die äußerlich nicht erkennbar sind und normalerweise auch nicht nach außen kund getan werden, sich als allgemeine Diskriminierungsmerkmale im Privatrechtsverkehr nur schwer eignen. Ein konkretes Beispiel bildet die Altersrangfolge unter Geschwistern. Theoretisch kann man zwar den Vorrang der Erst- oder Letztgeborenen auch als generelle Entscheidungsmaxime verwenden, doch handelt es sich hauptsächlich um einen innerfamiliären Aspekt, der die Kenntnis einer weiteren Bezugsgröße voraussetzt. Demgemäß erlangt das Primogeniturprinzip bzw. das Jüngstenrecht nur im Erbrecht eine praktische Relevanz, wobei zudem Sachgründe – einerseits die größere Lebenserfahrung, andererseits die längere Besitzdauer – die Präferenzentscheidung leiten können. Auf ei-

ne sachliche Begründung kommt es indes nicht weiter an, da sich die testamentarische Bestimmung für die Benachteiligten regelmäßig als bloße Einzelfallentscheidung darstellt, die keine generelle Stigmatisierung auslöst. Im Ergebnis handelt es sich deshalb auch um keine unzulässige Diskriminierung, sondern ist eher einer Zufallsentscheidung vergleichbar, die der Erblasser ebenfalls legitimerweise hätte treffen können.

(2) Schutzwürdigkeit

Neben der objektiven Ausgrenzungswirkung eines Diskriminierungsmerkmals ist die konkrete Schutzbedürftigkeit des Dritten mit zu berücksichtigen. Zum einen gilt es zu erwägen, ob das Persönlichkeitsmerkmal veränderbar ist, und zum anderen, wie stark der Dritte auf die Leistung angewiesen ist.

(a) Veränderbarkeit

In einem freiheitlichen System korrespondiert mit einer Benachteiligung durch andere Marktteilnehmer grundsätzlich ein Informationsgewinn. Der Betroffene erfährt eine negative Reaktion seiner Mitmenschen und kann daraus Schlüsse ziehen: Angebote günstiger gestalten, Serviceleistungen verbessern oder ganz allgemein die Umgangsformen optimieren⁵⁵. Bei verpönten Diskriminierungsmerkmalen, und hierin liegt gerade ihr Charakteristikum, besteht hingegen keine uneingeschränkte Disponibilität. Bei apriorischen Merkmalen wie Rasse, Geschlecht oder Behinderung fehlt eine Verfügbarkeit zur Gänze. Bei anderen Merkmalen wie Religion, sexuelle Identität oder Weltanschauung besteht zwar theoretisch eine Veränderbarkeit, doch liegt in der Regel entweder faktisch eine irreversible Prägung vor oder es würde sich bei deren Preisgabe um ein *sacrificium intellectus* handeln. Grundsätzlich sind daher aus Sicht des Diskriminierten jene „selbstbestimmten“ Merkmale ebenso unverfügbar wie angeborene.

In engem Zusammenhang mit persönlichen Kennzeichen steht die öffentliche Identifizierung mit diesen. Vor allem „selbstbestimmte“ Persönlichkeitsdaten werden vielfach gezielt nach außen vermittelt. Dazu dienen etwa religiöse Kopfbedeckungen, gruppenspezifische Kleidungsstücke oder politische Embleme. Auf die Verwendung solcher Symbole kann um so eher verzichtet werden, je weniger sie systemimmanent, namentlich durch religiöse Gesetze, vorgeschrieben werden.

(b) Angewiesenheit

Der Umfang des Diskriminierungsschutzes hängt ferner von der Angewiesenheit auf die Leistung ab. Der erforderliche Schutz kann sich dabei ausweiten bis hin zu einem allgemeinen Existenzschutz: Handelt es sich um lebenswichtige Güter und fehlen zudem Ausweichmöglichkeiten, besteht eine generelle Kontrahierungspflicht⁵⁶. Es darf also grundsätzlich überhaupt niemand benachteiligt werden. Im übrigen ist zu differenzieren zwischen materiellen und informationellen Leistungen. Bei letzteren ist kennzeichnend, daß sie in der Regel nicht substituierbar sind und daher Ausweichmöglichkeiten fehlen. Hinzu kommt, daß ein Informationsfluß für eine Demokratie wesensnotwendig ist. Bei informationellen Leistungen ist daher grundsätzlich ein stärkerer Diskriminierungsschutz indiziert als bei materiellen Gütern.

⁵⁵ S. dazu auch *Böhm Ordo* 17 (1966), 75 (89).

⁵⁶ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt* (Fn. 24), Rz. 10 vor § 145; *Larenz/Wolf* (Fn. 44), § 34 Rz. 33 (S. 648) m.w.N.

⁵⁴ Vgl. auch *Thüsing ZfA* 2001, 397 (414 f.).

(3) Differenzierungsinteresse

Wechselt man die Perspektive der Beteiligten, ist grundlegend zwischen der Privatsphäre des Entscheidungsträgers und dem öffentlichen Bereich zu unterscheiden⁵⁷.

(a) Privatsphäre

Diskriminierungen sind im privaten Umfeld unverzichtbar für die Entfaltung der Persönlichkeit. Es beginnt dies bei der Auswahl des Ehe- oder Lebenspartners, die gerade im Hinblick auf das Geschlecht, die Weltanschauung, das religiöse Bekenntnis sowie sonstige Persönlichkeitsdaten getroffen wird. Die Freiheit setzt sich innerfamiliär fort bei der Annahme von Adoptiv- oder Pflegekindern und umfaßt ganz generell das räumliche Umfeld als zentralen Ort der Selbstverwirklichung. Folgerichtig hat daher beispielsweise auch der Gesetzgeber in § 573 a BGB bei einer Vermietung im selbst bewohnten Haus erleichterte Kündigungsmöglichkeiten eröffnet. Darüber hinaus erscheint ein besonderer teilhabberechtigter Diskriminierungsschutz grundsätzlich entbehrlich, solange jemand nicht am Markt offen auftritt, da die Öffentlichkeit der Schauplatz des Güteraustausches ist und nur dort eine generelle Ausgrenzung droht.

Wertungsmäßig nicht in die Privatsphäre mit einzubeziehen ist hingegen das Erbrecht⁵⁸. Die Entscheidung des Erblassers ist zwar höchstpersönlicher Natur und betrifft in der Regel auch das private Umfeld. Bei dem Schutz der Privatsphäre geht es indes typischerweise um das Abschotten gegenüber außenstehenden Dritten und nicht um familieninterne Benachteiligungen. Die Familie konstituiert vielmehr die Privatsphäre und zeichnet sich durch ein besonderes Näheverhältnis aus, das eigene Distributionsmaßstäbe rechtfertigt und erfordert. Demgemäß orientiert sich die gesetzliche Erbfolge gem. § 1924 Abs. 4 BGB am Gleichbehandlungsgrundsatz und es wird die Testierfreiheit durch das Pflichtteilsrecht gem. §§ 2303 ff. BGB beschränkt. Die Privatsphäre des Erblassers wird zudem auch nicht zu Lebzeiten tangiert, sondern es handelt sich teleologisch um postmortale Diskriminierungen, die gerade nahe Angehörige in besonderer Weise herabsetzen und gesellschaftliche Stigmatisierung bis in die Familie hineinragen.

(b) Öffentliche Sphäre

Außerhalb der Privatsphäre sind prinzipiell keine anerkenntniswerten Sachgründe ersichtlich, die eine Diskriminierung aufgrund pönalisierter, unveränderbarer Merkmale rechtfertigen würden. Es gilt dies gleichermaßen für die Kauffrau, den nicht-professionellen Anbieter sowie den Erblasser. Anders ist die Interessenlage hingegen bei veränderbaren Kriterien. Für den Diskriminierten stehen diese in der Regel zwar ebenfalls nicht zur rechtsgeschäftlichen Disposition⁵⁹, doch trifft auf der Gegenseite auch der Diskriminierende selbstbestimmte Präferenzentscheidungen in bezug auf veränderbare Persönlichkeitskriterien. Im Unterschied zum Staat und dessen Gleichbehandlungspflichten ist der Bürger gerade zu keiner religiösen oder weltanschaulichen Neutralität verpflichtet. Er kann sich vielmehr grundsätzlich in allen Lebensbereichen frei entfalten. Hinsichtlich des Kriteriums der sexuellen Identität ist als Spezifikum noch zu berücksichtigen, daß die Verfassung, in Übereinstimmung

mit internationalen Standards, die Institution der Ehe und Familie besonders privilegiert. Ein striktes Diskriminierungsverbot in bezug auf veränderbare Merkmale wäre deshalb inadäquat. Dem Einzelnen ist zumindest in Grenzen das Recht zu belassen, kraft seiner Marktmacht auch primär marktexterne Ziele zu verfolgen. Es kann dies unstreitig durch die Gründung oder Förderung von Vereinen und sonstigen Institutionen geschehen. In der Folge sind auch Präferenzentscheidungen bei einer erhöhten Nachfrage prinzipiell als zulässig zu erachten, so daß beispielsweise ein Vermieter einen Pazifisten, Atheisten oder Asketen einem anderen Interessenten vorziehen kann. Selbstverständlich können auch Familien bevorzugt werden, und es vermag der Erblasser eines seiner Kinder allein deshalb zu privilegieren, weil es verheiratet ist oder selbst Kinder hat. Eine Einschränkung privatautonomer Gestaltungsmacht ist hinsichtlich veränderbarer Merkmale erst dann geboten, wenn ein Anbieter über eine besondere Marktstärke verfügt, die insgesamt zu erheblichen gruppenspezifischen Ausgrenzungen führen kann. Des Weiteren ist eine Diskriminierung nur bei einem knappen Angebot zulässig, da es sich anderenfalls um keine bloße Vorrangentscheidung, sondern um den totalen Ausschluß einer Gruppe handeln würde. Bei veränderbaren Persönlichkeitsmerkmalen ist also lediglich eine relative und keine absolute Benachteiligung gerechtfertigt. Eine Ausnahme hiervon ist allein bei Institutionen, Betrieben oder Vereinen mit einer spezifischen markttranszendenten Zielsetzung, wie sie etwa Kirchen, Parteien oder Presseunternehmen verfolgen, veranlasst, sofern sonst deren Identität gefährdet würde⁶⁰.

(4) Gesamtschau

Insgesamt hat sich gezeigt, daß es eines teilhabberechtigten Diskriminierungsschutzes erst bedarf, wenn die Gefahr einer systematischen Ausgrenzung droht. Eine solche ist beispielsweise in bezug auf das Kriterium der Erstgeburt nicht ersichtlich. Lediglich bei lebenswichtigen Gütern ist ein umfassender Diskriminierungsschutz gegenüber jeder Person geboten, sofern Ausweichmöglichkeiten fehlen. Im übrigen erweist sich die Unterscheidung zwischen unveränderbaren und veränderbaren Merkmalen als sachgerecht, da letztere prinzipiell selbstbestimmt gewählt werden und sich deshalb auch ethisch zur Propagierung als allgemeine Handlungsmaxime potentiell eignen. Bei unveränderbaren Merkmalen sind demnach nur im privaten und nicht im öffentlichen Bereich Diskriminierungen tolerabel. Wer im Geschäftsverkehr jemanden wegen seiner Hautfarbe benachteiligt, oder wer seine Tochter allein wegen ihres Geschlechts testamentarisch schlechter stellt, trifft eine unzulässige Differenzierung⁶¹. Bei veränderbaren Merkmalen ist hingegen eine relative Diskriminierung grundsätzlich zulässig. Es kann daher ein Anbieter bei zwei Interessenten jenen bevorzugen, dessen Religionszugehörigkeit er teilt, und es kann jenes Kind benachteiligt werden, das die Religion gewechselt hat oder aus der Kirche ausgetreten ist. Eine Einschränkung ist nur veranlaßt, wenn ein Anbieter, z. B. ein Wohnungsbaununternehmen, auf dem Markt besonders dominant ist, wenn ein Verein eine herausragende Stellung einnimmt oder wenn informationelle Leistungen, etwa Ausstellungen, Konzerte oder Theateraufführungen, offeriert werden⁶². In diesen Fällen können auch

⁵⁷ S. auch *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, S. 147 ff.; *Bezenberger AcP* 196 (1996), 395 (409, 415 f.), kritisch *Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, S. 200 ff.

⁵⁸ S. zum Diskussionsstand *Edenhofer*, in: *Palandt* (Fn. 24), Rz. 20 zu § 1937; *Bezenberger AcP* 196 (1996), 395 (416 ff.) m. umf. N.

⁵⁹ Vgl. oben nach Fn. 55.

⁶⁰ Vgl. auch *Otto* (Fn. 57), S. 149.

⁶¹ Dies gilt nicht für das sog. „Behinderten-Testament“, sofern das Ziel darin besteht, das Vermögen dem Sozialhilfeträger vorzuenthalten, um dadurch wiederum dem behinderten Kind Vorteile zu verschaffen; s. dazu auch *Heinrichs*, in: *Palandt* (Fn. 24), Rz. 50 a zu § 138 m. w. N.

⁶² Vgl. auch *BGH NJW* 1999, 1326; *Medicus* (Fn. 44), Rz. 84; *Eidenmüller NJW* 1991, 1439 (1442 f.).

relative Diskriminierungen zu unverhältnismäßig starken Ausgrenzungen führen, die es zu verhindern gilt.

Dieser Systematisierung steht nicht entgegen, daß die verschiedenen Persönlichkeitskennzeichen wie Rasse, Religion oder Behinderung begriffliche Unschärfen aufweisen⁶³. Zumindest im Kernbereich der einzelnen Kriterien läßt sich ein konsentierter Sprachgebrauch feststellen, was nicht zuletzt die Geschichte gesellschaftlicher Diskriminierungen belegt. Zu berücksichtigen ist gleichwohl, daß vor allem hinter religiösen Differenzierungen rassistische Elemente stehen können und die Rassenzugehörigkeit ihrerseits, wie zum Beispiel in der ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. 11. 1935 geschehen⁶⁴, mit der Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft verbunden werden kann. Es sind daher gegebenenfalls die strengeren Maßstäbe für unveränderbare Kriterien anzuwenden.

b) Rechtsfolge

Wird ein Vertragsschluß unzulässigerweise verweigert, ist dieser grundsätzlich kraft Gesetzes herbeizuführen⁶⁵. Notwendige Voraussetzung hierfür ist das Festhalten des Diskriminierten an seiner Willenserklärung. Dieser kann somit selbst darüber entscheiden, ob er an einer widerwilligen Erfüllung durch den Verpflichteten noch ein Interesse hat⁶⁶. Eine Kontrahierungspflicht besteht ausnahmsweise nur dann nicht mehr, wenn bei einem beschränkten Angebot Mitbewerber benachteiligt würden⁶⁷.

Ist die primäre Pflicht auf Abschluss eines Vertrags gestört, stellt sich in der Folge das Problem, ob und inwieweit jene Störung Sekundärpflichten zu erzeugen vermag. Es betrifft dies zunächst den Fall, daß dem Diskriminierten aufgrund des verweigerten, aber noch nachholbaren Vertragsschlusses Schäden entstanden sind. Zu denken ist etwa an einen Bauherrn, der wegen seiner türkischen Abstammung in der Baustoffhandlung zurückgewiesen wird und daher sein Bauvorhaben unterbrechen muß⁶⁸. Sieht man in dem Kontrahierungszwang eine soziale Leistungspflicht⁶⁹, besteht hier prinzipiell ein Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB⁷⁰. Ist die Leistung hingegen nicht mehr nachholbar oder etwa zu Gunsten von Mitbewerbern ausgeschlossen, kommen dem Grunde nach Schadensersatzansprüche gem. §§ 280, 281, 283 BGB in Betracht. Sämtliche dieser Ansprüche setzen indes ein Verschulden voraus und es ist fraglich, ob das bloße Unterlassen sozialer Pflichten einen Schmerzensgeldanspruch gem. § 253 Abs. 2 BGB zu begründen vermag⁷¹. Demgegenüber hat der Gesetzgeber, nach Maßgabe der *EuGH*-Rechtsprechung, bei geschlechtsbezogenen Benachteiligungen in § 611 a Abs. 2, 3 BGB sowie bei der Benachteiligung von schwerbehinderten Beschäftigten gem. § 81 Abs. 2 SGB IX eine verschuldensunabhängige Haftung, verbunden mit einem Anspruch auf „angemessene Entschädigung“ normiert. Ungeachtet der da-

durch aufgetretenen Friktionen erscheint es dogmatisch folgerichtig, diesen Regelungen einen verallgemeinerbaren Standard bei Diskriminierungen zu entnehmen⁷², zumal der Gesetzgeber bei der Umsetzung der neuen Gleichbehandlungsrichtlinien denselben Anforderungen unterliegt.

Soweit der Inhalt eines Vertrags diskriminierende Elemente enthält, sind diese zu beseitigen oder unter Beachtung der Grundsätze geltungserhaltender Reduktion⁷³ zu korrigieren. Im übrigen sind diskriminierende Rechtsgeschäfte in der Regel gem. § 134 BGB nichtig.

2. Der Schutz des Integritätsinteresses

Die abwehrrechtliche Dimension des Diskriminierungsschutzes dient dem Integritätsinteresse. Auf strafrechtlicher Ebene korrespondiert mit dieser Schutzrichtung namentlich der Tatbestand der Beleidigung gem. § 185 StGB, der über § 823 Abs. 2 BGB in das Zivilrecht hineinwirkt. Daneben erfolgt der zivilrechtliche Schutz primär über das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. § 823 Abs. 1 BGB.

a) Spezifika

Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kommt nicht nur im öffentlichen, sondern auch im privaten Bereich in Betracht. Obgleich es in der Privatsphäre keine Kontrahierungspflichten gibt⁷⁴, können individuelle Vertragsablehnungen, Heiratsannoncen oder sonstige Erklärungen einen ehrverletzenden Charakter haben. Die weitere, für den teilhaberechtlichen Diskriminierungsschutz maßgebliche Unterscheidung zwischen unveränderbaren und veränderbaren Persönlichkeitsmerkmalen⁷⁵ erlangt indes auch deliktsrechtliche Relevanz. So ist der Meinungsfreiheit bei der Propagierung selbstbestimmbarer Merkmale ein größeres Gewicht beizumessen als bei der herabsetzenden Beurteilung unveränderbarer Kennzeichen. Signifikant ist zudem, daß der deliktsrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur bei einem Verschulden des Diskriminierenden eingreift, worauf es bei einer sozialen Inanspruchnahme gem. §§ 611 a BGB, 81 Abs. 2 SGB IX hingegen grundsätzlich nicht ankommt. Da das Deliktsrecht der ausgleichenden Gerechtigkeit dient, kann es schließlich auch keine originären Leistungsrechte begründen, sondern nur Schadensersatz zusprechen. Dieser beschränkt sich bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im wesentlichen auf die Gewährung von Schmerzensgeld sowie auf die Erstattung der Rechtsverfolgungskosten⁷⁶.

b) Konkurrenzen

Mit einer Vertragsverweigerung können selbständige Ehrverletzungen einhergehen. In diesem Fall ist ein Kontrahierungszwang und außerdem eine deliktische Schadensersatzpflicht grundsätzlich angemessen. Es kann indes bei jeder Diskriminierungsform, selbst wenn sie in einer bloßen Verweigerung besteht, ein potentiell Konkurrenzverhältnis auftreten, sofern man in dem schlichten Unterlassen bereits eine ehrverletzende Handlung sieht⁷⁷. Wie immer man dies

⁶³ Vgl. *Thüsing* ZfA 2001, 397 (399 ff.); *Schiek* (Fn. 8), S. 31 ff.

⁶⁴ RGBl. 1935 I, S. 1333 f. (vgl. im einzelnen §§ 2 Abs. 2 S. 2, 5 Abs. 1 S. 2).

⁶⁵ Siehe hinsichtlich der Pflicht zur Abgabe einer Vertragserklärung näher *F. Bydlinski* AcP 180 (1980), 1 (15 ff.) m.w.N.

⁶⁶ Vgl. auch *Bork* (Fn. 45), Rz. 668; anders *Medicus* (Fn. 44), Rz. 84.

⁶⁷ Vgl. auch *F. Bydlinski* AcP 180 (1980), 1 (44 mit Fn. 69).

⁶⁸ Beispiel nach *Bezzenger* AcP 196 (1996), 395 (425).

⁶⁹ Vgl. oben bei Fn. 12, 39 f., 49 ff.

⁷⁰ In besonderen Konstellationen wäre auch denkbar, in Ausweitung der Vorschläge zu § 323 c StGB (vgl. oben Fn. 48) eine Schutzgesetzverletzung gem. § 823 Abs. 2 BGB anzunehmen.

⁷¹ Jedenfalls ist eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht nicht erkennbar, da bereits ein strafrechtlicher Mindestschutz gem. § 323 c StGB sowie eine gewerberechtliche Interventionsmöglichkeit gem. § 35 GewO bestehen.

⁷² Dies schließt nicht aus, den gesamten Regelungskomplex, etwa in bezug auf das pönale Element, restriktiv zu interpretieren; vgl. den Vorschlag von *Annuß* NZA 1999, 738 (742).

⁷³ S. dazu *Heinrichs*, in: *Palandt* (Fn. 24), Rz. 10 ff. zu § 139.

⁷⁴ Vgl. oben bei Fn. 57.

⁷⁵ Vgl. oben bei Fn. 59.

⁷⁶ Vgl. näher *Larenz/Canaris* (Fn. 47), § 80 I 4 (S. 494 f.); *Medicus*, Schuldrecht Bd. II, 9. Aufl., 1999, Rz. 817.

⁷⁷ Vgl. *BAG* NJW 1996, 2529 (2533); 1990, 65 (65 f.); kritisch *Herrmann* ZfA 1996, 19 (41 ff.).

beurteilt, liegt jedenfalls der Schwerpunkt bei der sozialen Pflichtverletzung und verdrängt wertungsmäßig die unerlaubte Handlung gem. § 823 Abs. 1 BGB. Ein deliktsrechtlicher Anspruch ist deshalb nur dann kumulativ zuzubilligen, wenn die Verletzungshandlung über eine bloße Vertragsverweigerung substantiell hinausgeht. Dies kann freilich schon durch die Angabe des Diskriminierungsgrundes geschehen. Denkbar ist ferner auch, daß die Diskriminierung ausschließlich auf der deliktsrechtlichen Ebene erfolgt. Es betrifft dies beispielsweise ein Türschild mit dem Inhalt: „Mit Türken kontrahiere ich nur, weil ich gesetzlich dazu verpflichtet bin“.

V. Differenzierungspotentiale

In einem groben Überblick lassen sich drei Kategorien unterscheiden, in denen eine Differenzierung anhand pönalisierter Merkmale entweder sachbedingt zulässig oder zum Schutz der Betroffenen geboten oder zumindest möglich ist. Je nachdem kann man von Schutzgrenzen, Schutzpflichten und Schutzoptionen sprechen.

1. Schutzgrenzen

Entsprechend ihrem Prinzipiencharakter gibt es keine schrankenlosen Diskriminierungsverbote. Auch bei unveränderbaren Persönlichkeitsmerkmalen können Ausnahmen insbesondere aufgrund des jeweiligen Vertragszwecks erforderlich sein. Standardbeispiele sind die Besetzung einer bestimmten Filmrolle mit einem Farbigen, das Engagement einer Opernsängerin aufgrund ihrer speziellen Stimmlage oder die verweigerte Anstellung eines Sehbehinderten als Kraftfahrer. Mitunter können die Gründe auch nur mittelbar mit dem Persönlichkeitsmerkmal zusammenhängen. Es ist dies etwa der Fall, wenn der Abschluß eines Mietvertrags aufgrund einer fehlenden Aufenthaltsgenehmigung des ausländischen Interessenten verweigert wird⁷⁸. Hinsichtlich des Rechtfertigungsniveaus ist dabei stets zu beachten, daß nicht jeder sachliche Grund bereits eine Einschränkung zu legitimieren vermag⁷⁹. Insbesondere sind allgemeine wirtschaftliche Erwägungen prinzipiell irrelevant⁸⁰. Es kann daher beispielsweise ein Reiseveranstalter einen Behinderten als Vertragspartner nicht deshalb ablehnen, weil er Umsatzrückgänge befürchtet. Zudem sind vor einer Ausgrenzung zunächst mildere Mittel, etwa in Form einer modifizierten Vertragsgestaltung, zu prüfen. Ein komplexes Sonderproblem bilden schließlich Typisierungen, wie sie vornehmlich in der Versicherungswirtschaft (Stichwort: „Balkantarif“, „Anfängertarif“, „Frauentarif“) anzutreffen sind⁸¹. Deren Zulässigkeit hängt wiederum maßgeblich von der Eigenheit des jeweiligen Persönlichkeitsmerkmals, der Schutzwürdigkeit der Benachteiligten sowie dem Differenzierungsinteresse des Entscheidungsträgers ab.

2. Schutzpflichten

Schutzpflichten können insbesondere dazu dienen, Benachteiligungen aufgrund verpönter Persönlichkeitsmerkmale zu

⁷⁸ Vgl. *Bezzenger* AcP 196 (1996), 395 (418f.).

⁷⁹ Vgl. auch § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB („unverzichtbare Voraussetzung“); § 81 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX („wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“); Art. 4 RiL 2000/43/EG („wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung“).

⁸⁰ Vgl. auch *Wiedemann/Thüsing* DB 2002, 463 (467).

⁸¹ Siehe dazu näher *Schiek* (Fn. 8), S. 209ff.; *Bezzenger* AcP 196 (1996), 395 (419ff.).

kompensieren. Man kann in diesem Zusammenhang auch von positiver Diskriminierung sprechen, obgleich mit dem Begriff des „Diskriminierens“ im modernen Sprachgebrauch regelmäßig eine negative Konnotation verbunden ist. So hat beispielsweise der Gesetzgeber zum Schutz Behinderter im Anschluß an die „Treppenlift-Entscheidung“ des *BVerfG*⁸² das Recht auf Barrierefreiheit gem. § 554 a BGB eingeführt. Zugunsten ausländischer Mitbürger und deren Informationsfreiheit besteht ein vergleichbarer mietrechtlicher Schutz, indem das Anbringen von Parabolantennen zum Empfang heimischer Fernsehsendungen nicht generell untersagt werden darf⁸³. Vor allem im Arbeitsrecht sind schließlich Schutzpflichten namentlich zugunsten von Schwangeren, Behinderten sowie religiösen Gruppen seit langem anerkannt⁸⁴. Solche Schutzpflichten dürfen einerseits die Grundrechte des in Anspruch Genommenen nicht unverhältnismäßig einschränken und andererseits ein Mindestniveau nicht unterschreiten, das sich nach der sozialen oder liberalen Ausrichtung jeweils unterschiedlich bestimmt⁸⁵.

3. Schutzoptionen

Schutzpflichten haben einen Eingriffscharakter. Es kann indes auch dem Willen eines Privatrechtssubjekts entsprechen, bestehende Ungleichheiten abzubauen und benachteiligte Gruppen zu fördern und zu schützen. Diese Problematik wird schon seit einiger Zeit besonders in bezug auf Quotenregelungen zugunsten von Frauen im Arbeitsrecht diskutiert⁸⁶. Sie stellt sich gleichermaßen im allgemeinen Zivilrecht. Darf ein Wohnungsvermieter bevorzugt mit ethnischen Minderheiten kontrahieren? Darf ein Erblasser seine Tochter gerade deshalb als Alleinerbin einsetzen, weil Frauen generell in der Gesellschaft benachteiligt werden? Und darf z. B. ein Konzertveranstalter Schwerbehinderten Sonderkonditionen einräumen? Das rechtliche Problem besteht dabei jeweils in der Diskriminierung jenes Personenkreises, der traditionell keine Benachteiligungen erfahren hat. Nimmt man die neuere *EuGH*-Rechtsprechung im Arbeitsrecht zum Maßstab, darf diese „umgekehrte“ Diskriminierung zumindest nicht unverhältnismäßig sein⁸⁷. Auch dies hängt wiederum von verschiedenen Faktoren, insbesondere der Art des Diskriminierungsmerkmals, der Schutzbedürftigkeit der benachteiligten Gruppe sowie den speziellen Förderungsinteressen des Entscheidungsträgers ab. Demgemäß werden zum Beispiel unter dem Aspekt der Schutzbedürftigkeit in Art. 7 Abs. 2 RiL 2000/78/EG positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Behinderungen ausdrücklich für zulässig erklärt. Hinsichtlich des Differenzierungsinteresses des Entscheidungsträgers kann es beispielsweise von Bedeutung sein, ob jener in der Vergangenheit selbst an kollektiven Diskriminierungen beteiligt war⁸⁸.

⁸² *BVerfG* NJW 2000, 2658; s. zur Problematik auch schon *Neuner* NJW 2000, 1822 (1832).

⁸³ Vgl. *BVerfGE* 90, 27 (31ff.) = JZ 1995, 152 m. Anm. *Hoffmann-Riem/Eifert*; s. ferner auch *Larenz/Canaris* (Fn. 47), § 86 IV 2 c (S. 694) m.w.N.

⁸⁴ S. näher *Neuner* (Fn. 21), S. 248ff. m.umf.N.

⁸⁵ S. dazu auch schon oben bei Fn. 41f. sowie aus der Rechtsprechung zuletzt *LAG Hamm* NJW 2002, 1970 („Gebetspausen“); *LAG Hessen* NJW 2001, 3650 („Kopftuch“).

⁸⁶ Vgl. nur *Wiedemann* (Fn. 3), S. 40ff. m.umf.N.

⁸⁷ S. dazu auch schon oben bei Fn. 41f. sowie aus der Rechtsprechung zuletzt *EuGH*, Rs. 476/99 (Lommers), DB 2002, 1450 (1451 bzw. Rz. 39); s. ferner auch *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierung, 1995, S. 279ff.

⁸⁸ S. rechtsvergleichend zur affirmative action im US-amerikanischen Arbeitsrecht *Thüsing* NZA 2001, 939 (939f.) m.w.N.

VI. Kritische Reflexionen

Es ist nicht nur aufgrund der europäischen Vorgaben erforderlich, den privatrechtlichen Diskriminierungsschutz gesetzlich näher zu regeln, sondern es ist dies dem Grunde nach auch dogmatisch geboten. Gleichwohl fordert der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz partiell zur Kritik heraus⁸⁹:

1. Diskriminierungsschutz ist grundsätzlich ein Anliegen des gesamten Privatrechts. Es betrifft dies nicht nur das Schuldrecht, sondern insbesondere auch das Vereinsrecht und das Erbrecht. Ein Diskriminierungsschutz ist daher in den Allgemeinen Teil des BGB zu integrieren und nicht, wie vorgesehen, durch §§ 319 a BGB ff. im Schuldrecht zu regeln.

2. Das explizite Benachteiligungsverbot des § 319 a BGB sollte auf die unveränderbaren Persönlichkeitsmerkmale des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft sowie einer Behinderung beschränkt werden. Für eine Berücksichtigung des Kriteriums des Alters besteht im allgemeinen Zivilrecht derzeit kein Handlungsbedarf. Im übrigen sollte das Benachteiligungsverbot eine Generalklausel enthalten, die besonders massive Diskriminierungen vor allem in bezug auf veränderbare pönalisierte Merkmale miterfaßt und eine flexible richterrechtliche Handhabung gewährleistet. Die Generalklausel sollte dabei so offen gehalten werden, daß sie auch den allgemeinen Diskriminierungsschutz in bezug auf wichtige Güter des täglichen Lebens einschließt. Vor allem zum Schutz der räumlichen Privatsphäre erscheint eine eher re-

striktive Interpretation des Tatbestandsmerkmals „Öffentlichkeit“ in Art. 3 Abs. 1 lit. h RiL 2000/43/EG bzw. „öffentlich“ in § 319 a Abs. 1 Nr. 1 lit. a BGB angezeigt. Die Herausnahme des Erbrechts in § 319 a Abs. 3 S. 1 BGB ist hingegen nicht sachgerecht.

3. Die Einbeziehung der mittelbaren Diskriminierung gem. §§ 319 a Abs. 1, 319 b Abs. 2 BGB entspricht den europarechtlichen Standards und dient dem gruppenspezifischen Schutz. In Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 3 RiL 2000/43/EG gelten gem. § 319 b Abs. 3 BGB auch Belästigungen als Diskriminierungen. Der Schutz vor Belästigungen ist jedoch abwehrrechtlicher Natur und sollte deshalb über den deliktsrechtlichen Persönlichkeitsschutz realisiert werden. Aufgrund der Öffnungsklausel in Art. 2 Abs. 3 S. 2 RiL 2000/43/EG kann dabei auch an dem Verschuldensfordernis festgehalten werden.

4. Die Regelung zulässiger Unterscheidungen gem. § 319 d BGB ist mit der vorgeschlagenen Korrektur des § 319 a BGB zu harmonisieren und zu vereinheitlichen. Hinsichtlich der Zulässigkeit „umgekehrter“ Diskriminierungen gem. § 319 d Abs. 3 BGB erscheint eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angezeigt.

5. Die Gesetzessprache in § 319 e Abs. 1 BGB ist dogmatisch verfehlt. Der Benachteiligte hat keinen Folgenbeseitigungsanspruch, der im deutschen Zivilrecht dem Schadensersatzrecht vorbehalten ist, sondern einen originären Leistungsanspruch mit sozialer Dimension. Der Normtext sollte deshalb einen „Leistungsanspruch“ gewähren. Die Gewährleistung einer verschuldensunabhängigen, angemessenen Entschädigung ist vor dem europarechtlichen Hintergrund folgerichtig.

⁸⁹ Vgl. auch *Wiedemann/Thüsing* DB 2002, 463 (465 ff.); *Picker* JZ 2002, 880.