

**Stellungnahme zum Entwurf  
eines Gesetzes zur Umsetzung  
europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien**

vorgelegt

zur Sachverständigenanhörung  
im Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend  
des Deutschen Bundestages  
am 7. 3. 2005

von

*Prof. Dr. Thomas Pfeiffer*

Direktor des Instituts  
für ausländisches und internationales  
Privat- und Wirtschaftsrecht  
der Universität Heidelberg

## **I. Vorbemerkung**

Die Aufforderung zur Stellungnahme als Sachverständiger liegt mir seit 22.2.2005 mit einer Frist bis zum 25.2.2005 vor. Meine Ausführungen enthalten daher keine umfassende Bewertung aller Aspekte des Gesetzentwurfs, sondern beschränken sich auf Merkmale, die im Rahmen dieser engen zeitlichen Vorgaben in zivilrechtlicher Sicht besonders hervorhebenswert erscheinen. Dies vorausgeschickt nehme ich wie folgt Stellung:

## **II. Ausgangslage**

Nach Art. 249 Abs. 3 EGV ist der Gesetzgeber zur Umsetzung der in der Gesetzesbegründung genannten Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG verpflichtet. Für die Frage, welche Umsetzungspflichten den Gesetzgeber treffen, wird man auf diejenigen Grundsätze abstellen müssen, die der Europäische Gerichtshof insbesondere in den Fällen der Umsetzung verbraucherrechtlicher Richtlinien zugrunde gelegt hat. Danach muss eine Umsetzung so erfolgen, dass einzelne Bürger ihre in der Richtlinie vorgesehenen Rechte aus dem nationalen Gesetz heraus erkennen können. Dies wird man deshalb auf den Fall der Antidiskriminierungsrichtlinien übertragen müssen, weil hier – wie im Verbraucherrecht – vornehmlich einzelne von der Richtlinie als schutz- und informationsbedürftig angesehene Personen als Berechtigte vorgesehen sind. Damit verbietet sich jedes Konzept, das auf eine Umsetzung der Richtlinien ausschließlich durch die Rechtsprechung im Wege der Anwendung und Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln (§ 138, 242, 826 BGB) setzt. Vielmehr muss der deutsche Gesetzgeber tätig werden.

Auf der anderen Seite folgt hieraus für die Bewertung des Gesetzes, dass sich der Entwurf daran messen lassen muss, wie er etwaige Spielräume des europäischen Richtlinienrechts ausfüllt und in welchen Punkten er über die Mindestvorgaben der umzusetzenden Richtlinien hinausgeht.

### **III. Überschießende Umsetzung**

#### **1. Befund**

Der Entwurf geht in mehrfacher Hinsicht über die Mindestvorgaben des EG-Richtlinienrechts hinaus.

#### **a) Anwendungsbereich**

Das betrifft zunächst den Anwendungsbereich. Hier liegt die wesentliche Erweiterung durch den Entwurf darin, dass er für das allgemeine Zivilrecht über das in der Richtlinie 2000/78/EG vorgesehene Merkmal der Rasse und ethnischen Herkunft hinaus in Art. 1 § 1 auch die Merkmale des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität als unzulässige Unterscheidungsmerkmale aufführt.

Das gilt auch dann, wenn man berücksichtigt, dass die Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen v. 13. 12. 2004 zukünftig die Schaffung eines zivilrechtlichen Verbots der Benachteiligung wegen des Geschlechts verlangt. Diese Richtlinie ist erst zum 21. 12. 2007 umzusetzen. Zwar mag der systematische Zusammenhang dieser Richtlinie mit dem Regelungsgegenstand der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG eine vorzeitige Umsetzung durch ein Gesetz auf den ersten Blick nahe legen. Ob der deutsche Gesetzgeber im Rahmen eines solchen „vorausseilenden Gehorsams“ so verfährt, ist jedoch seine autonome Entscheidung, die sich an ihrer Sachgerechtigkeit messen lassen muss. Jedenfalls für den Zeitraum bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist handelt es sich auch insoweit um eine überschießende Umsetzung.

#### **b) Rechtsfolgen**

Den Rechtsfolgen nach geht die geplante Umsetzung vor allem dadurch über das europäisch gebotene Maß hinaus, dass in Art. 1 § 22 Abs. 1 – ne-

ben den sonst vorgesehenen Konsequenzen einer Diskriminierung – ein Kontrahierungszwang angeordnet ist.

## **2. Folgerungen für die weitere Bewertung des Entwurfs**

Durch den weiten Anwendungsbereich des Entwurfs werden neben das Doppelmerkmal „Rasse und ethnische Herkunft“, die Merkmale des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität als unzulässige Unterscheidungsmerkmale eingeführt. Da diese Merkmale eine ungleich größere Zahl von Personen erfassen, wird die Zahl der erfassten Fälle und Fallgestaltungen um ein Vielfaches erweitert.

Soweit es um die Rechtsfolge des Kontrahierungszwangs geht, ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass der Gesetzgeber im bisher schon geregelten Bereich der geschlechtsbezogenen Benachteiligung im Arbeitsrecht (§ 611a BGB) von der Einführung eines Kontrahierungszwangs bewusst abgesehen hat, weil diese Rechtsfolge ungleich tiefer als bloße Schadensersatzpflichten in die Freiheitssphäre des Verpflichteten eingreift. Für das allgemeine Zivilrecht soll nunmehr zusätzlich die nicht EG-rechtlich gebotene und ihren Wirkungen besonders scharfe Rechtsfolge des Kontrahierungszwangs eingeführt werden. Zwar kann schon nach der bisher geltenden Rechtslage ein Kontrahierungszwang eines Benachteiligungsopfers bestehen – namentlich ist dies dann der Fall, wenn die Ablehnung eines Vertragsschlusses als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung zu qualifizieren ist. Das Eingreifen dieser bisher schon geltenden Tatbestände hängt aber insbesondere davon ab, dass der Anspruchsinhaber auf den Vertragsschluss angewiesen ist, wohingegen der vorliegende Entwurf ein solches Erfordernis gerade nicht aufstellt (darauf wird zurückzukommen sein). An dieser Stelle ist zunächst nur festzuhalten: Bei der Einführung eines Kontrahierungszwangs handelt es sich mithin nicht um die bloße gesetzliche Fixierung eines ohnehin schon geltenden Prinzips.

Insgesamt geht der Entwurf also über das Europäische Mindestmaß hinaus, indem er die Weite des Anwendungsfeldes wie auch die Zahl der erfassten

Fälle vervielfacht und die besonders weitgehende Rechtsfolge des Kontrahierungszwangs anordnet. Vor diesem Hintergrund beruht der größere und seinen Wirkungen nach stärker einschneidende Teil des Entwurfs auf autonomen Entscheidungen der Verfasser. Die Bezeichnung als Gesetz „zur Umsetzung“ europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien geht damit in Kernbereichen überwiegend am Gesetzesinhalt vorbei. Die Gesetzesbezeichnung ist daher geeignet, Rechtsanwendung und Rechtsunterworfenen wie die demokratische Öffentlichkeit in die Irre zu führen.

#### **IV. Zentrale Aspekte der zivilrechtlichen Regelungen des Entwurfs**

Um insbesondere die vorgenannten auf einer autonomen Entscheidung des Entwurfs beruhenden Aspekte bewerten zu können, bedarf es eines Blicks auf dessen weiteren Inhalte. Nur soweit diese sich nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen sachgerecht in das allgemeine Zivilrecht einfügen, verdienen sie Zustimmung:

##### **1. Unmittelbare Benachteiligung**

Hervorzuheben zum Verständnis ist zunächst, dass nach dem Konzept des Entwurfs unterschiedliche Formen der Benachteiligung zu unterscheiden sind. Als unmittelbare Benachteiligung ist danach zunächst die offene Benachteiligung erfasst. Sie liegt vor, wenn ein Anbieter oder Nachfrager bei Anbahnung und Abschluss eines Vertrags offen nach einem unzulässigen Merkmal unterscheidet. Sie kann beispielsweise vorliegen, wenn ein Vermieter einem Mietinteressenten offen wegen seines Alters ablehnt.

Dass eine solche offene Zurückweisung unter Umständen, die auf eine Bereitschaft zum Vertragsschluss mit jedermann schließen lassen, die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen beeinträchtigen kann, ist weithin anerkannt. Die Frage, bleibt, ob es gelingt, diese Fälle mit dem Merkmal des Massengeschäfts sachgerecht abzugrenzen – hierauf wird zurückzukommen sein.

Zu den im Gesetzentwurf angesprochenen Fällen der unmittelbaren Benachteiligung zählt allerdings auch die verdeckte Benachteiligung. Sie liegt vor, wenn ein Teilnehmer im Rechtsverkehr zwar aus einem diskriminierenden Motiv heraus handelt, dies aber nicht nach außen zu erkennen gibt – so etwa, wenn einem Vierzigjährigen unter Berufung auf Überfüllung der Zutritt zu einer Diskothek versagt wird, die der Betreiber einem wesentlich jüngeren Publikum vorbehalten möchte.

Ausschlaggebend für die Anwendbarkeit beider Tatbestände ist das diskriminierende Motiv. Dies zeigt sich etwa dann, wenn zwei oder mehr Vertragsinteressenten der benachteiligten Kategorie „konkurrieren“. Möchten beispielsweise zwei Rollstuhlfahrer den letzten freien Platz in einem Speiseraum in Anspruch nehmen, so liegt eine Benachteiligung wegen einer Behinderung auch dann vor, wenn der Wirt denjenigen Rollstuhlfahrer bevorzugt, dessen Rollstuhl ihm weniger auffällig erscheint. Das zeigt sich im Übrigen auch in Fällen, in denen eine Schlechterbehandlung gegenüber einer bestimmten, bevorzugten Person gar nicht feststellbar ist, so etwa dann, wenn ein Gastwirt eine Person (offen oder verdeckt) wegen ihres zu geringen Alters abweist, die er aber bei näherer Prüfung jedenfalls wegen unpassender Kleidung abgewiesen hätte. Nichts anderes gilt, wenn der Türsteher einer Diskothek einen Interessenten wegen seines Alters zurückweist und ihn im selben Moment die Nachricht erreicht, dass wegen Überfüllung ohnehin niemand mehr hineingelassen werden kann – eine Benachteiligung wegen des Alters liegt gleichwohl vor.

Dieses in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur geschlechtsbezogenen Benachteiligung im Arbeitsleben fest verankerte Prinzip wird durch den Gesetzentwurf im Rahmen sämtlicher Benachteiligungstatbestände auf das gesamte Zivilrecht ausgedehnt.

Damit wird zunächst deutlich, dass es für das Eingreifen des Benachteiligungstatbestands völlig bedeutungslos ist, wie sich das fragliche Verhalten auf die Güterversorgung der benachteiligten Gruppen auswirkt. Maßstab für die Benachteiligung ist allein das unerwünschte Motiv. Die Tatbestände des

Gesetzentwürfs zielen im Kern auf eine bestimmte, unerwünschte Gesinnung. Nicht das Schutzbedürfnis des Opfers gegenüber einem bestimmten Verhalten, sondern eine bestimmte Gesinnung des Verpflichteten am Rechtsverkehr bildet den Anlass für das Eingreifen der vorgesehenen Benachteiligungsverbote und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen.

Ein solches Gesinnungsprivatrecht steht mit der zentralen Funktion der Vertragsrechtsordnung, nämlich den äußerlichen Gütertausch in einer freien, leichtgängigen und verlässlichen Weise zu ermöglichen, in einem strukturellen Konflikt. Denn es belastet einen auf Schnelligkeit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs angewiesenen Lebensbereich mit dem Erfordernis der Gedankenerforschung.

Dieser missliche Effekt wird noch dadurch gesteigert, dass der Verpflichtete dann von Ansprüchen frei bleibt, wenn es ihm gelingt, die Benachteiligung geschickt genug zu verbergen. Das kann bei ausreichender Geschicklichkeit trotz der Beweislastumkehr nach Art. 1 § 23 gut möglich sein; der Verpflichtete muss dazu nur das Entstehen von Vermutungstatsachen vermeiden. Bestraft wird, wem es nicht gelingt, sich gut genug zu verstellen. Dem beklagenswerten Zustand, dass in unserer Gesellschaft ohne allzu oft der Ehrliche als der Dumme gilt, wird damit weiter Vorschub geleistet.

## **2. Mittelbare Benachteiligung**

Als weitere Erscheinungsform erfasst der Entwurf über die bereits angesprochenen Fälle der offenen und verdeckten unmittelbaren Benachteiligung hinaus auch die mittelbare Benachteiligung. Erneut liegt die zentrale, europäisch nicht vorgegebene Entscheidung des Entwurfs darin, diese Kategorie weit über den durch EG-Richtlinien vorgegebenen Anwendungsbereich hinaus auszudehnen.

Bei der mittelbaren Benachteiligung handelt es sich um einen überindividuellen Tatbestand, der darauf abstellt, dass eine für sich betrachtet benachteiligungsfreie Unterscheidung in ihren Folgen eine der zu schützenden Gruppen benachteiligt. Eine solche Feststellung kann auf wertender Erkenntnis

beruhen; sie stützt sich nach den bisherigen europarechtlichen Erfahrungen allerdings vornehmlich auf einen statistischen Ansatz: Eine mittelbare Benachteiligung liegt grundsätzlich vor, wenn ein neutrales Kriterium statistisch zur deutlichen Benachteiligung einer Gruppe führt:

Stellt ein Vermieter bei der Vergabe von Wohnungen beispielsweise darauf ab, wie lange ein Mietinteressent an dem betreffenden Ort bereits polizeilich gemeldet ist, wird dies in einer Region oder Gemeinde, deren Bevölkerung vorwiegend protestantischen Bekenntnisses ist, zu einer statistischen Benachteiligung katholischer Mietinteressenten führen. Denn bei diesen wird es sich häufiger um zugewanderte Personen handeln als bei protestantischen Interessenten.

Die Problematik des Konzepts der mittelbaren Benachteiligung besteht nun darin, dass es – in dem angesprochenen Beispiel – weder auf die konkrete Schutzbedürftigkeit des Mieters noch auf die Vorhersehbarkeit solcher Effekte beim Vermieter abstellt. Das Merkmal der mittelbaren Benachteiligung ist daher in der Literatur, wie nicht verwundert, als statistisches Konzept ohne jeden individuellen Gerechtigkeitswert kritisiert worden. Unabhängig davon, ob man dieser Kritik so pauschal zustimmen möchte, bezeichnet sie doch ein strukturelles Problem. Selbst wenn man dieses Konzept – wie der europäische Richtliniengeber – in dem eher für kollektive und überindividuelle Betrachtungsweisen offenen Arbeitsrecht noch für vertretbar halten sollte, so führt sie im Bereich des auf persönlichen und individuellen Gerechtigkeitsausgleich zielenden Zivilrecht nachgerade zwangsläufig zu Defekten: Den Vermieter trifft eine Garantiehaftung dafür, dass seine persönlichen Präferenzen mit den im Gesetz kollektiv formulierten Sozialsteuerungszielen vereinbar sind.

Eine solche persönliche Inanspruchnahme des Vermieters legt diesem ein Sonderopfer zur Erreichung überindividueller Steuerungsziele auf, das erneut – und in noch deutlicherer Weise als bei der unmittelbaren Benachteiligung – unabhängig von der Schutzbedürftigkeit der anderen Seite erbracht werden muss. Das setzt sich über den Umstand hinweg, dass jeder Kontakt



im Rechtsverkehr ein ausgewogenes Verhältnis gegenseitiger Rechte und Pflichten voraussetzt. Dieses lässt sich aber nur erreichen, wenn jeder Partei nur solche Nachteile zugenutzt werden, die aufgrund eines höherrangigen Interesses der anderen Vertragspartei unvermeidlich sind. Die einseitige Haftung einer Vertragspartei für die Beförderung überindividueller Ziele bildet im Vertragsrecht deshalb einen Fremdkörper. Sie widerspricht zugleich grundlegenden Postulaten vertraglicher und personenbezogener Austauschgerechtigkeit.

### **3. Verschuldensunabhängiger Schadensersatz**

Soweit es um die Rechtsfolge des Schadensersatzes geht, muss die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Merkmal der effektiven Sanktion berücksichtigt werden. Danach muss ein Schadensersatzanspruch für jeden Fall der Benachteiligung eingreifen. Dies bedeutet insbesondere, dass es auf ein Verschulden des Schadensersatzpflichtigen nicht ankommt. Dies hat zur Folge, dass der Verpflichtete auch dann Schadensersatz zu leisten hat, wenn er das Vorliegen einer Benachteiligung weder erkennen noch vermeiden konnte. Die Bildung von Beispielen ist – weil es um unvorhersehbare Fälle geht, die es aber aller Erfahrung nach stets gibt – schwierig. Sie können etwa auftreten, wenn die mittelbar benachteiligende Wirkung eines Auswahlkriteriums beim Vertragsschluss für den Verpflichteten nicht erkennbar ist.

Die dann eingreifenden Rechtsfolgen des Gesetzes sind von einer radikalen Unbarmherzigkeit. Der Verpflichtete soll verschuldensunabhängig für seine „falsche“ Gesinnung haften, selbst wenn er deren politische Unkorrektheit nicht einmal erkennen konnte. Damit wird selbst eine folgenlose Benachteiligung strenger behandelt als die Zufügung schwerster körperlicher Verletzungen und Schmerzen oder dauerhafter körperlicher Beeinträchtigungen und Behinderungen. – Dies halte für angemessen, wem es gegeben.

### **4. Beweislastumkehr**

Schließlich werden die vorgenannten strukturellen Probleme durch die in dem Gesetzentwurf auch für den nicht EG-rechtlich vorgeprägten Bereich

angeordneten Beweislastregeln nochmals verschärft. Das betrifft einmal die in Art. 1 § 23 des Entwurfs vorgesehene Regelung, wonach der Anspruchsgegner bei Glaubhaftmachung von Tatsachen, die eine Benachteiligung wegen eines unzulässigen Merkmals vermuten lassen, das Nichtvorliegen einer Benachteiligung beweisen muss. Es betrifft ferner die mittelbar aus der Formulierung von Art. 1 § 3 Abs. 2 folgende Beweislast des Anspruchsgegners für das ausnahmsweise Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes für eine mittelbare (d.h. vor allem: statistische) Benachteiligung.

Solche Beweislastregeln betreffen den Fall einer unklaren und deshalb gerichtlich nicht aufklärbaren Tatsachenlage („non-liquet“). Mit solchen Fällen ist gerade im vorliegenden Zusammenhang häufig zu rechnen, weil das Vorliegen einer Benachteiligung – wie dargestellt – von der Gesinnung des Anspruchsgegners abhängt und sich insofern sicherer Feststellung entzieht. In allen Fällen der Nichtfeststellbarkeit der maßgeblichen Gesinnung des Anspruchsgegners oder der Nichterweislichkeit des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen müssen die Gerichte zugunsten des tatsächlich oder vermeintlich Benachteiligten entscheiden.

Die denklogisch zwingende Folge jeder Beweislastregel besteht – wie in der Prozessrechtswissenschaft allgemein anerkannt – darin, dass es in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu einem gerichtlichen Urteil kommt, das der wahren Tatsachenlage nicht entspricht. Das ist in einem gewissen Maße unvermeidlich, weil irgendeine Beweislastregel gelten muss, die freilich auf ihre Angemessenheit zu befragen ist.

Für die vorliegende Problematik bedeutet die getroffene Beweislastregel, dass gegebenenfalls trotz Nichtvorliegens einer Benachteiligung durch die Gerichte ein Benachteiligungstatbestand angenommen werden muss, wenn nur das Vorliegen so genannter Vermutungstatsachen glaubhaft gemacht ist (bewiesen werden müssen sie nicht). Die Formulierung einer solchen Beweislastregel ist nach der Zielrichtung des Gesetzesentwurfs für die Fälle der verdeckten Benachteiligung eine gewisse Folgerichtigkeit nicht abzuspüren. Sie ist freilich bedenklich, wenn der Schutz des Gesetzes unab-

hängig von der Schutzbedürftigkeit des Opfers allein wegen der „falschen“ Gesinnung des Verpflichteten eingreifen soll, weil für diese Fälle trotz Fehlens eines vertragsbezogenen Schutzbedürfnisses eine verschuldensunabhängige Haftung selbst in Fällen bewirkt wird, in denen ein Haftungsgrund nicht vorliegt.

Vor allem bewirkt die vorgesehene Regelung der Beweislast eine Verschiebung von Kostenlasten: Hierzu wird im Vorblatt des Entwurfs unter „E. Sonstige Kosten“ die Behauptung aufgestellt, für kleine und mittlere Unternehmen entstünden durch den Gesetzentwurf lediglich dann zusätzliche Kosten, „wenn sie im Geschäftsverkehr unzulässige Unterscheidungen wegen der vom Gesetz genannten Merkmale vornehmen“. Das ist infolge der Beweislastregelung des Art. 1 § 23 schlicht unzutreffend. Die Beweislastregeln des Entwurfs führen unausweichlich dazu, dass auch solche Unternehmen in Anspruch genommen können, bei denen keinerlei Benachteiligungstatbestand vorliegt.

## **5. Massengeschäfte und Öffentlichkeit**

Der Entwurf unternimmt es, in Art. 1 § 20 Abs. 1 Nr. 1 mit dem Merkmal der zivilrechtlichen Schuldverhältnisse, die „typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte)“ diejenigen Fälle zu beschreiben, in denen – weil es auf die einzelne Person nicht ankommen soll – eine Benachteiligung wegen eines erfassten Merkmals grundsätzlich zurücksetzenden und damit diskriminierenden Charakter haben soll.

### **a) Verhältnis zum EG-Recht**

Damit greift der Entwurf Art. 3 Abs. 1 der bis 21. 12. 2007 umzusetzenden RL 2004/113/EG auf und verallgemeinert diesen. Dies geschieht allerdings mit folgender Divergenz: Die Richtlinie verlangt, dass es sich um eine Leistung handelt, die der Öffentlichkeit „ohne Ansehen der Person“ zur Verfügung steht. Der vorliegende Entwurf lässt es demgegenüber ausreichen, wenn die Leistung der Öffentlichkeit „typischerweise“ ohne Ansehen der Person zur Verfügung steht.

Welcher Unterschied in den praktischen Ergebnissen hierdurch hervorgerufen wird, lässt sich wegen der Allgemeinheit der gewählten Formulierungen schwerlich abschließend vorhersagen. Geht man nur vom Wortlaut aus, so besteht eine nicht unbeachtliche konzeptionelle Divergenz: Der europäische Text verlangt, dass die Leistung der Öffentlichkeit tatsächlich „ohne Ansehen der Person“ zur Verfügung steht. Ist dies der Fall, dann verhält sich der Anbieter bei einer personenbezogenen Ablehnung in der Tat widersprüchlich, und es liegt nahe, in der Ablehnung eines Interessenten wegen eines unzulässigen Merkmals eine Zurücksetzung zu sehen. Demgegenüber lässt es der vorliegende Entwurf ausreichen, wenn es sich um eine Leistung handelt, die typischerweise der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Auf den individuellen Zuschnitt des fraglichen Angebots kommt es nicht an. Tendenziell nimmt der Entwurf daher auch in diesem Punkt dem Anbieter ein größeres Stück an Freiheit als der fragliche Richtlinienentwurf (der zudem ohnehin noch nicht umgesetzt werden muss und bei der Umsetzung nur für das Merkmal des Geschlechts gilt).

## **b) Rechtsunsicherheit**

In der Rechtsanwendung prägend für das Tatbestandsmerkmal des „typischerweise ohne Ansehen der Person“ geschlossenen Vertrags ist seine Offenheit für Wertungen, von denen seine Anwendbarkeit zugleich auch abhängt. Dies bringt notwendig ein nicht unerhebliches Maß an Rechtsunsicherheit mit sich, das den Rechtsverkehr lange belasten wird. Es stellen sich Fragen wie:

- Bei welcher Zahl von Geschäften handelt es sich um einen Massengeschäft?
- Unter welchen Voraussetzungen kann eine einschränkende Erklärung oder eine einschränkende Praxis des Anbieters das Vorliegen eines „ohne Ansehen der Person“ geschlossenen Vertrags ausschließen?
- Wie wirken beide Merkmale zusammen?
- Reicht beispielsweise der Einsatz eines Türstehers zum Zwecke der „Gesichtskontrolle“ in einer Diskothek für 1.000 Gäste aus, um das

Vorliegen eines ohne Ansehen der Person geschlossenen (oder nur nachrangig vom Ansehen der Person abhängigen) Vertrags zu vermeiden? Liegt es anders bei einem Nachtclub für 40 Gäste?

Zwar ist dem Entwurf einzuräumen, dass sich der Tatbestand der erfassten Geschäfte – soweit eine vorausseilende Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG gewollt ist – für die geschlechtsbezogene Benachteiligung schwerlich anders als durch eine an die Richtlinie angelehnte Generalklausel sachgerecht umsetzen lässt. Das rechtfertigt es jedoch nicht, auch weitere Bereiche des Rechtsverkehrs mit den hierdurch hervorgerufenen Unsicherheiten zu belasten.

Vergleichbare Abgrenzungsfragen, wenngleich nicht in derselben Schärfe, wirft das Merkmal der Zugänglichkeit für die Öffentlichkeit auf.

## **V. Eingriff in die Vertragsfreiheit**

Der vorliegende Entwurf greift tief in das Prinzip der Vertragsfreiheit ein. Berührt ist einmal die vertragliche Abschlussfreiheit und zum anderen die vertragliche Inhaltsfreiheit insofern, als das Recht des Einzelnen beschränkt wird, sich seinen Vertragspartner selbst auswählen zu können. Diese Freiheit ist nicht ein lediglich abstraktes, aus weltanschaulichen Gründen unserer Rechtsordnung zugrunde liegendes Prinzip. Sie erfüllt vielmehr zweierlei zentrale Funktionen. Einmal ist sie Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts der Rechtsteilnehmer. Durch den Vertrag tritt eine Person in eine engere Rechtsbeziehung als sie allgemein unter den Teilnehmern am Rechtsverkehr besteht. Mit wem eine solche enge Sonderbeziehung vorliegt, soll grundsätzlich nicht der Staat durch seine Gesetze und Gerichte, sondern jeder Einzelne selbst bestimmen dürfen. Die Vertragsfreiheit ist damit ein zentraler Bestandteil des Rechts zur freien Entfaltung der Person und genießt grundsätzlich verfassungsrechtlichen Schutz durch Art. 2 GG. Eingriffe in die Vertragsfreiheit, auch wenn sie das Ziel der Gleichbehandlung verfolgen, müssen sich hieran messen lassen. Sie müssen insbesondere zur Erreichung der fraglichen Ziele geeignet und erforderlich sein.

Zudem bestehen enge Zusammenhänge zu einer freiheitlich verfassten Wirtschaftsordnung. Die Vertragsfreiheit stellt sicher, dass nur Verträge abgeschlossen werden, bei denen beide Beteiligten der Überzeugung sind, es gehe ihnen mit Abschluss dieses Vertrags besser als ohne. Auf diese Weise leistet jeder freiwillig geschlossene Vertrag einen Beitrag zum Wohl der Vertragsparteien. Die Vertragsfreiheit insgesamt entfaltet durch das Erfordernis der beiderseitigen Zustimmung zu dem Vertrag und seinem Inhalt (negative Vertragsfreiheit) erhebliche wohlfahrtssteigernde Effekte.

Man mag versucht sein, demgegenüber einzuwenden, dass durch das Verbot der Benachteiligung nicht etwa die Vertragsfreiheit als solche, sondern lediglich ein bestimmter, irrationaler Gebrauch ausgeschlossen bzw. eingeschränkt wird. Eine solche Annahme verkennt freilich den eigentlichen Kern der Vertragsfreiheit. Der eigentliche Kern der Freiheit liegt darin, Entscheidungen nicht rechtfertigen zu müssen und damit grundsätzlich auch irrationalen Präferenzen folgen zu dürfen. Ein freiheitliches Privatrecht ist dadurch gekennzeichnet, dass es keine rationale Rechtfertigung für privates Handeln verlangt, sondern den Willen der Handelnden respektiert: *Stat pro ratione voluntas*.

Beispielsweise wird einer Mehrheit der Bevölkerung die sexuelle Orientierung oder die gewählte Lebensform ihrer Mieter – insbesondere dann, wenn sie nicht mit diesen im selben Mehrfamilienhaus wohnen – vollständig gleichgültig sein sein. Gleichwohl ist dem Verfasser dieser Stellungnahme aufgrund seiner früheren richterlichen Tätigkeit bekannt, dass es Menschen gibt, die es sehr wohl als Beeinträchtigung empfinden, wenn der Staat ihnen vorschreibt, welches Verhalten sie innerhalb ihres Eigentums dulden müssen. Das mag man für geboten halten; eine Freiheitsbegrenzung bleibt es gleichwohl. Der Gesetzentwurf nimmt den Teilnehmern am Rechtsverkehr innerhalb seines Anwendungsbereichs ein signifikantes Stück ihrer Freiheit, darüber zu entscheiden, mit wem sie in engere Sozialkontakte treten und welche Bedingungen dabei gelten sollen.

Ob dieser Verlust an Freiheit und Selbstbestimmung durch den Gerechtigkeitsgewinn kompensiert wird, den der Gesetzentwurf zu erreichen hofft, scheint zunächst eine Frage der Abwägung zu sein. Berücksichtigt man indessen, dass – wie dargestellt – weniger die Schutzbedürftigkeit des Vertragsinteressenten oder die angemessene Güterverteilung innerhalb der Bevölkerung, sondern primär die Gesinnung des Vertragsverweigerers als Anknüpfungspunkt für das Eingreifen der in dem Entwurf geregelten Tatbestände fungiert, muss man zu einer skeptischen Bewertung gelangen. Innerhalb seines Anwendungsbereichs opfert der Entwurf Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung einem nach Ansatz und Methoden fragwürdigen Gesinnungsprivatrecht. In einer bislang staatsfreien Sphäre privater Präferenzen soll zukünftig eine staatliche Gesinnungs- und Wirkungskontrolle eingreifen.

## **VI. Zusammenfassende Würdigung**

Die vorliegende Konzeption einer in das allgemeine Zivilrecht eindringenden Antidiskriminierungspolitik beruht auf einer dem Zivilrecht grundsätzlich fremden Gesinnungsethik, die den Rechtsverkehr mit den Rätseln unerforschlicher Handlungsmotive und erheblichen weiteren Unsicherheiten belastet. Sie setzt eine Prämie für erfolgreich unehrliches Verhalten derjenigen aus, die ihre diskriminierenden Motive erfolgreich verbergen.

Ihre Rechtsfolgen sind infolge der konkreten Inhalte des zugrunde liegenden Konzepts durch eine radikale Unbarmherzigkeit gekennzeichnet. Diese tritt zunächst im Konzept der mittelbaren Benachteiligung zutage. Sie macht sich ferner dadurch bemerkbar, dass es auf ein Verschulden – und damit insbesondere auf die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit einer Benachteiligung – nicht ankommt.

Durch seine Regelungen greift der Entwurf tief in die Vertragsfreiheit und zugleich in Grundprinzipien vertraglicher Austauschgerechtigkeit ein. Damit geht auch für diejenigen Unternehmen, die sich rechtstreu Verhalten wollen, eine unvermeidliche Belastung einher, deren Ursache u.a. die erhebliche Unsicherheit bildet, welche die wertungsoffenen Tatbestände des Gesetzes,

aber vor allem auch die Beweislastumkehr zugunsten des Anspruchstellers mit sich bringen.

Vollständig vermeiden lassen sich diese gravierenden Nachteile angesichts EG-rechtlicher Vorgaben nicht. Sie sollten aber wenigstens auf das unvermeidliche Mindestmaß beschränkt bleiben. Vorzugswürdig wäre daher ein Konzept, das eine vollständige, aber auf das notwendige Mindestmaß beschränkte Umsetzung vorsieht. Dann könnte der Entwurf seine Bezeichnung als Umsetzungsgesetz auch mit Recht tragen.