

Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten – Die verfassungsrechtliche Problematik der Umsetzung der EG-Diskriminierungsrichtlinien in Deutschland –

*Peter Badura**

1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen Verfassungsrecht

Das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897)¹ dient der Umsetzung von vier Richtlinien der Europäischen Union, darunter der “Anti-rassismusrichtlinie” vom 29. Juni 2000 und der “Beschäftigungsrichtlinie” vom 29. November 2000.² Artikel 1 dieses Gesetzes ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG).³ Ziel dieses Gesetzes ist, Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Die materiellen Regelungen des Gesetzes behandeln den Schutz

* Professor Dr. Dr. h.c., München. Vortrag beim XIII. Deutsch-Italienischen Verfassungskolloquium, Erfurt 31. Mai – 2. Juni 2007.

¹ Gesetzentwurf der BReg., BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006 – Das AGG ist durch Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze vom 9. Dezember 2006 (BGBl. I, 2742) in § 20 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 3 und in § 10 Nr. 6 bis 8 geändert worden.

² RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. Nr. L 180/22); RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. Nr. L 303/16); RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zu Änderung der Richtlinie 78/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. Nr. L 269/15); RL 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. Nr. L 373/37).

³ H. Korthaus, Das neue Antidiskriminierungsrecht. Die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und die Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht, Diss. Köln, 2006; G. Maier-Reimer, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, 2577; G. Wagner/N. Pötsch, Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, JZ 2006, 1085; W. Däubler/M. Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007; B. Rudolf/M. Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, 2007; D. Schick (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007; R. Streinz, Die Kompetenzen der EG zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht, in: S. Leible/M. Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2007, 11.

der Beschäftigten, also insbesondere der Arbeitnehmer, vor Benachteiligung und den Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr, d.h. bei der Begründung, Durchführung und Beendigung bestimmter zivilrechtlicher Schuldverhältnisse (§§ 19 bis 21 AGG). Im Unterschied zu den europäischen Richtlinien, die von der "Bekämpfung von Diskriminierung" im Hinblick auf Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten sprechen, handelt das Gesetz von der Verhinderung und Beseitigung von "Benachteiligungen" aus näher bezeichneten Gründen.

Mit der Wortwahl für seinen Grundtatbestand der unzulässigen "Benachteiligung" folgt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz dem in der Verfassung als Grundrecht zugesicherten speziellen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 GG: "Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden." Damit sind besondere Differenzierungsverbote bestimmt, die allerdings nur untersagen, die dort genannten Merkmale und Eigenschaften als Anknüpfungspunkt für eine Benachteiligung oder Bevorzugung zu wählen und diesen faktischen Verschiedenheiten damit eine rechtliche Wirkung zu geben. Weitergehend statuiert das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung einen Schutz- und Förderungsauftrag mit unmittelbarer Wirkung.⁴ Dasselbe gilt für das Grundrecht der Gleichberechtigung von Männern und Frauen, das durch die Reform-Novelle vom 27. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3146) ausdrücklich auch als Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt worden ist: "Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin" (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG). Von vornherein umfasste das Grundrecht der Gleichberechtigung von Mann und Frau einen Regelungsauftrag für den Gesetzgeber, der sich naturgemäß hauptsächlich auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen richtete und richtet (vgl. Art. 117 Abs. 2 GG). Der Gesetzgeber, der einen wirksamen Schutz gegen Benachteiligungen wegen des Geschlechts anstrebt, z.B. für Arbeitssuchende bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses (§ 661 a BGB), erfüllt eine grundrechtliche Schutzpflicht gemäß Art. 3 Abs. 2 GG.⁵

Die Grundrechte des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sind Freiheitsrechte. Sie binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG) und haben grundsätzlich keine unmittelbar privatrechtsgestaltende Wirkung. Die Gesetzgebung bestimmt, u.a. durch die privatrechtlichen

⁴ BVerfGE 98, 288. G. Beaucamp, DVBl. 2002, 997.

⁵ BVerfGE 85, 191/206 f. – *Nachtarbeit*; BVerfGE 276/285 f. – *Bewerbung um einen Arbeitsplatz*; BVerfG NJW 2007, 137, mit Anm. M. Sachs, JuS 2007, 372. – J. Kokott, Zur Gleichstellung von Mann und Frau – Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1995, 1049; J.-H. Bauer, Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht, NJW 2001, 2672; A. Epiney/M. Freiermuth Abt, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003; P. Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, C 47 ff.

Regelungen über die Schuldverhältnisse, ob und in welcher Weise die grundrechtlichen Gleichbehandlungsgebote im Rechtsverkehr zwischen Privaten, z.B. im Arbeitsrecht, Geltung beanspruchen können. Die Auslegung und Anwendung der Privatrechtsnormen, insbesondere der Generalklauseln, die Rechtsfolgen an den Verstoß gegen die "guten Sitten" knüpfen (§§ 138 Abs. 1, 826 BGB) oder die Rechtshandlungen an Regeln binden, die "Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" erfordern (§ 242 BGB), wird allerdings durch die in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Verfassungsgebote angeleitet. Diese "mittelbare Drittwirkung" setzt voraus, dass das fragliche Grundrecht, wie Art. 3 Abs. 2 GG, für den Privatrechtsverkehr maßgeblich ist, und kann sich außerdem nicht über die Garantien der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit hinwegsetzen. Die Anordnung derartiger Rechtsfolgen, für den Privatrechtsverkehr kann grundsätzlich nicht Sache des Richters und der Rechtsdogmatik sein; sie ist Sache der Gesetzgebung.

Schon früh hat das Bundesverfassungsgericht erkannt, dass die volle Entfaltung der Grundrechte, auch und gerade in ihrer Eigenschaft als Freiheitsrechte, dahin tendiert, in ihnen eine objektive Wertordnung verkörpert zu sehen, die als verfassungsrechtliche Wertentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.⁶ Damit wurde ein Schutz- und Ordnungsgehalt der Grundrechte erschlossen, der sich als objektive Gewährleistung und Direktive für den Gesetzgeber erfassen ließ und später zu der Ableitung grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates führte.⁷ Diese Doktrin und Gerichtspraxis und der damit verbundene Regelungsauftrag für den Gesetzgeber im Hinblick auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen Privater konstituieren verfassungsimmanente Schranken der Grundrechte, die Privatautonomie und Vertragsfreiheit gegen hoheitliche Eingriffe schützen, sei es dass Belange des öffentlichen Interesses zu wahren sind, sei es dass Rechte oder Interessen Einzelner die Regelung rechtfertigen sollen.⁸ Die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung durch den aus Art. 3 Abs. 3 GG gerechtfertigten Schutz gegen Benachteiligung im Privatrechtsverkehr kann deshalb mit dem negatorisch gegen die öffentliche Gewalt gerichteten Freiheitsschutz nicht gleichgesetzt werden. Die wohlfahrtsstaatliche Reglementierung des Privatrechtsverkehrs unter Berufung auf den grundrechtlich stilisierten Grundsatz der Gleichbehandlung trifft auf die zentralen rechtsstaatlichen Garantien der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit und

⁶ BVerfGE 7, 198 – *Lüth*.

⁷ BVerfGE 39, 1 – *Abtreibung*; BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*; BVerfGE 77, 381 – *Atomares Zwischenlager Gorleben*; BVerfGE 81, 242 – *Karenzentschädigung bei Wettbewerbsverboten für Handelsvertreter*; BVerfGE 89, 214 – *Bürgerschaft*; BVerfGE 89, 276 – *Art. 3 Abs. 2 GG als Auslegungsrichtlinie*.

⁸ S. Oeter, "Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AÖR 119, 1994, 529; M. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001; J. Neuner, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57; M. Jestaedt/G. Britz, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64, 2005, 298, 355; P. Badura, Privatautonomie Selbstbestimmung im Schatten grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates, in: Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, 333; J. Isensee, Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 239.

muss zwingende Gründe des Schutzbedürfnisses, ausgerichtet an den Grundsätzen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit, mobilisieren können. Nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt sind die Grundrechte in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben. Die Funktion der Grundrechte als objektiver Prinzipien besteht in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft, hat jedoch ihre Wurzel in ihrer primären Bedeutung als Freiheitsrechte.⁹ Es kann zweifelhaft sein, ob das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in jeder Hinsicht mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar ist, so etwa bei der Erfassung von Schuldverhältnissen im Rahmen von "Massengeschäften", bei der Regelung der Beweislast für Benachteiligungen und bei der "Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände". Das wäre nur von rechtlicher Erheblichkeit, wenn die nationalen Grundrechte überhaupt als Maßstab in Frage kommen. Das ist nur eingeschränkt der Fall. Soweit das Gesetz die Vorgaben der EG-Diskriminierungsrichtlinien umsetzt, setzt sich der Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch gegenüber den nationalen Grundrechten durch. Die Richtlinien können nur am vertragsbegründeten Gemeinschaftsrecht und den im Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Grundrechten (Art. 6 Abs. 2 EU) gemessen werden; zu diesen wird allerdings auch der Schutz von Privatautonomie und Vertragsfreiheit zu rechnen sein. Soweit das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf einer selbständigen und über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehenden Entscheidung des Gesetzgebers beruht, unterliegt es der Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes. Im Streitfall wird die Abgrenzung nicht immer auf der Hand liegen und auch von einer Auslegung der in dem Gesetz umgesetzten Richtlinie abhängig sein. Ggf. wird daraus die Möglichkeit oder Notwendigkeit resultieren, den Europäischen Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen (Art. 234 Abs. 1 *lit.* b EG).

2. Das Diskriminierungsverbot im vertragsbegründeten Gemeinschaftsrecht

Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in ihrer berufspolitischen und arbeitsrechtlichen Dimension ist seit Anbeginn Gegenstand der Sozialvorschriften des Gemeinschaftsrechts (Art. 141 EG, ex-Art. 119 EWGV). Das Verbot jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gehört zu den Grundbedingungen der europäischen Integration (Art. 12 EG). Ein Grundsatz über die Bekämpfung von Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung ist erst durch die Verträge von Amsterdam und Nizza ausdrücklich in das Gemeinschaftsrecht aufgenommen worden (Art. 13 EG). Diese Nichtdiskriminierungsregelung ist eine Ermächtigung für Rechtsakte

⁹ BVerfGE 50, 290/337.

des sekundären Gemeinschaftsrechts, die dem Grundrechtsschutz dient. Ihr Anwendungsbereich sind die Materien, in denen die Gemeinschaft bereits aufgrund anderer Rechtsgrundlagen eine Regelungszuständigkeit besitzt. Der Rat kann "im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten" einstimmig "geeignete Vorkehrungen" treffen.¹⁰ Ungeachtet des inneren Zusammenhangs des in Art. 13 EG durch eine besondere Regelungsermächtigung verwirklichten Grundsatzes grundrechtlichen Freiheitsschutzes, wie er auch Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 14 EMRK zugrunde liegt, können aus dieser Norm keine subjektiven Rechte auf Schutz oder Unterlassung abgeleitet werden. Es ist Sache des nationalen Gesetzgebers, im Einklang mit den gemäß Art. 13 EG normativ getroffenen "geeigneten Vorkehrungen", den zu bekämpfenden Diskriminierungen nach dem Maß der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit entgegenzutreten. Unberührt bleibt die allein nach nationalem Verfassungsrecht zu beurteilende Regelungsvollmacht der Mitgliedstaaten in den ihrer alleinigen Zuständigkeit unterliegenden Materien.¹¹ Die Einschränkung der Ermächtigung auf die der Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten kann nicht mit der in Art. 12 EG vorzufindenden Klausel des "Anwendungsbereichs" des Vertrags gleichgesetzt werden. Das Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist für die europäische Integration konstitutiv und gilt deshalb für Personen, die "sich in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befinden".¹² Die Bekämpfung von Diskriminierung im Sinne des Art. 13 EG durch Rechtsakte des Rates und der Erlass von Fördermaßnahmen ist nur in den Grenzen der Gemeinschaft vertraglich zugewiesener Befugnisse und gesetzter Ziele und nur nach Maßgabe des Subsidiaritätsprinzips zulässig und darf nicht über das für die Erreichung der vertraglichen Ziele erforderliche Maß hinausgehen (Art. 5 EG).

In der Perspektive der von der Union zu achtenden Grundrechte (Art. 6 Abs. 2 EU) erscheint als Prämisse des Art. 13 EG, dass durch diese Norm und die auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsakte eine Schutzpflicht für die gleiche Freiheit auch unter Privaten erfüllt wird. Für die Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gilt das mit Eindeutigkeit nicht.¹³ Zieht man die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten für die Auslegung des Art. 13 EG zu Rate, ergibt sich – der deutschen Praxis folgend –,¹⁴ dass dem Gesetzgeber ein weiter Regelungs- und

¹⁰ Denkschrift der BReg. zum Vertrag von Amsterdam, BT-Drs. 13/9339 vom 3.12.1997, S. 139/159. G. Jochem, Der neue Art. 13 EGV oder "political correctness" auf europäisch?, ZRP 1999, 279.

¹¹ R. Streinz, in: ders. (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 13 Rn. 14, 17 ff.; S. Bouchoaf/T. Richter, Reichweite und Grenzen des Art. 13 EGV – unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot oder lediglich Kompetenznorm?, JURA 2006, 651; Korthaus (Anm. 3), 39 ff.; Rudolf/Mahlmann (Anm. 3), § 3 Rn. 54, 55.

¹² EuGH Urteil vom 24.11.1998 – Rs. C-274/96 – *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637/7650, Rz. 14.

¹³ Jestaedt (Anm. 8), 339 ff.; Britz (Anm. 8), 360 ff.; Schick (Anm. 3), Einl. AGG, Rn. 38 f.

¹⁴ BVerfG EuGRZ 1987, 353 – *AIDS*; BVerfG BayVBl. 1998, 274 – *Passivrauchen*; BVerfG BayVBl. 1999, 145 – *emittentenferne Waldschäden*; BVerfG DÖV 2002, 521 – *Mobilfunkanlage*.

Gestaltungsraum offen steht, dass nur im Fall evidenter Missachtung des Schutzauftrags durch Unterlassen hinreichender Regelung und Sicherung die eingetretene Grundrechtsgefährdung den objektiven Schutzauftrag zu einem grundrechtlichen Anspruch auf Schutzvorkehrungen individualisiert und dass die gesetzliche Schutzmaßnahme mit anderen berührten Verfassungsgütern und Rechten abgestimmt und ausgeglichen werden muss. Diese entsprechend auf die Auslegung des Art. 13 EG angewandte Rechtsauffassung wirkt sich auf Inhalt und Reichweite der sekundären Rechtsakte, also hier der Diskriminierungsrichtlinien, aus und umschreibt weiter den Regelungsauftrag des nationalen Gesetzgebers und dessen Grenzen.

3. Die Diskriminierungsrichtlinien

Die Antirassismusrichtlinie, die Beschäftigungsrichtlinie und die Gleichbehandlungsrichtlinie sind insbesondere auf Art. 13 EG gestützt, die Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG ist insbesondere auf Art. 141 Abs. 3 EG gestützt. Die Erwägungsgründe dieser vier Richtlinien berufen sich einleitend auf Art. 6 EU und konstatieren übereinstimmend: Die Gleichheit vor dem Gesetz und der Schutz aller Menschen vor Diskriminierung ist ein allgemeines Menschenrecht. Zur näheren Begründung wird darauf hingewiesen, dass Diskriminierungen wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung die Verwirklichung der im EG-Vertrag festgelegten Ziele unterminieren, insbesondere die Erreichung eines hohen Beschäftigungsniveaus und eines hohen Maßes an sozialem Schutz, die Hebung des Lebensstandards und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt, die Solidarität sowie Freizügigkeit.¹⁵ Unter sehr begrenzten Bedingungen könne eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sein, sofern es sich um einen legitimen Zweck und eine angemessene Anforderung handle.¹⁶ Alle Richtlinien bekräftigen, dass die vorgesehenen Maßnahmen dem in Art. 5 EG niedergelegten Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen.

Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gelten die Richtlinien hinsichtlich privatrechtlicher Rechtsbeziehungen unter Privaten vor allem für das Arbeits-, Berufs- und Ausbildungsrecht sowie für "den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum" (Art. 3 Abs. 1 RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG). Von erheblicher praktischer Bedeutung ist, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Umkehr der Beweislast zugunsten des Klägers eintreten soll (Art. 8

¹⁵ RL 2000/43/EG, Erwägungsgrund 9; RL 2000/78/EG, Erwägungsgrund 11.

¹⁶ RL 2000/43/EG, Erwägungsgrund 18; RL 2000/78/EG, Erwägungsgrund 23; RL 2004/113/EG, Erwägungsgrund 16.

RL 2000/43/EG; Art. 10 RL 2000/78/EG; Art. 9 RL 2004/113/EG). Eine Änderung der Regeln für die Beweislastverteilung wird für geboten erachtet, wenn ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung besteht. Zur wirksamen Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sei eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei erforderlich, wenn eine solche Diskriminierung nachgewiesen sei.¹⁷ Die Richtlinien enthalten Bestimmungen über Ungleichbehandlungen, die nicht als Diskriminierung anzusehen sind, so im Fall wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderungen (Art. 4 RL 2000/43/EG; Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG), im Fall gerechtfertigter Ungleichbehandlung wegen des Alters (Art. 6 RL 2000/78/EG) und wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitzustellen (Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG). Die Mitgliedstaaten können in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, Tendenzschutz einräumen (Art. 4 Abs. 2 und 3 RL 2000/78/EG). Insgesamt darf für die Umsetzung in nationales Recht nicht außer Acht gelassen werden, dass die Richtlinien unterschiedliche Antidiskriminierungsregime geschaffen haben durch die allgemeine Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, für den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen und durch die Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

Art. 13 EG begründet keine selbständige Kompetenz der Union und gibt dem Rat eine Ermächtigung nur im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten. Die Richtlinien wiederholen diese Einschränkung, indem sie für ihren Geltungsbereich sagen, dass er im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gegeben ist. Diese Regelungstechnik, die Rechtsunsicherheit hervorruft, hat zur Folge, dass der die Richtlinie umsetzende nationale Gesetzgeber die Bereiche abgrenzen muss, für die er gemeinschaftsrechtlich zur Antidiskriminierungsregelung verpflichtet ist.¹⁸

4. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Die EG-Diskriminierungsrichtlinien und das darauf fußende Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbieten in bestimmten Bereichen des Rechtsverkehrs unter Privaten, hauptsächlich im Arbeitsrecht und im Schuldrecht, bei rechtlich erheblichen Handlungen oder Unterlassungen, insbesondere Verträgen und anderen

¹⁷ RL 2000/43/EG, Erwägungsgrund 21.

¹⁸ Siehe die Kritik von G. Jochum, VVDStRL 64, 2005, 422 f. – Die Kompetenzgrundlage der RL 2000/43/EG ist zweifelhaft, weil es ihr an einer primär wirtschaftlichen Auswirkung und Ausrichtung hinsichtlich der Verwirklichung des Binnenmarktes fehlt, Korthaus (Anm. 3), 93.

Rechtsgeschäften, bestimmte verpönte Gründe als Anknüpfungspunkte für Benachteiligungen Dritter zu berücksichtigen.

Soweit das Gesetz den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung gewährt, ist hervorzuheben, dass ausdrücklich Fallgruppen einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, wegen der Religion oder Weltanschauung und wegen des Alters Ausnahmen von dem grundsätzlichen Benachteiligungsverbot bilden (§§ 8 ff. AGG). Der Schutz vor unzulässiger Benachteiligung betrifft individual- und kollektivrechtliche Vereinbarungen (siehe § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG). Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz (§ 2 Abs. 4 AGG); diese Ausnahme ist als gemeinschaftsrechtlich mangelhaft kritisiert worden. Als Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot sieht das Gesetz negatorische Ansprüche und ggf. Schadensersatz und den Ersatz immateriellen Schadens vor, nicht dagegen einen Kontrahierungszwang.

Soweit das Gesetz den Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr betrifft, ist eine wesentliche gemeinschaftsrechtliche Vorgabe, dass das Diskriminierungsverbot für die Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen gilt, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen und außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden.¹⁹ Das Gesetz hat dementsprechend den Schutzbereich dahin abgegrenzt, dass das Benachteiligungsverbot bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse zu beachten ist, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben. Diese Abgrenzung bedeutet eine Einschränkung, die das für das Privatrecht prägende Institut der Vertragsfreiheit angemessen berücksichtigen soll, lediglich eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse unzulässig (§ 19 Abs. 2 AGG).²⁰ Familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse werden nicht erfasst, auch finden die Schutzvorschriften keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird (§ 19 AGG). Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung ein "sachlicher Grund" vor-

¹⁹ Siehe die etwas variierenden Fassungen in Art. 3 Abs. 1 *lit. h* RL 2000/43/EG und Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

²⁰ Gesetzesentwurf der BReg. (Anm. 1), Begründung, 26. Dazu R. Nickel, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668; H. Wiedemann/G. Thüsing, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, DB 2002, 463.

liegt; das kann insbesondere in einigen ausdrücklich benannten Konstellationen der Fall sein (§ 20 AGG).

Das Gesetz unterdrückt nicht schlechthin bestimmte Gesinnungen oder Auffassungen. Es untersagt nur, diese Gesinnungen und Auffassungen durch eine diskriminierende Ungleichbehandlung in Rechtsbeziehungen zum Nachteil Dritter ins Werk zu setzen. Es handelt sich deshalb nicht um eine Grenzüberschreitung in den Bezirk der Moral oder eine wohlfahrtsstaatliche Bevormundung durch Unterdrückung bestimmter Meinungen oder weltanschaulicher Haltungen. Das gesetzliche Benachteiligungsverbot lässt sich in der Grundlinie, wenn auch nicht in allen Einzelregelungen als eine Konkretisierung der "guten Sitten" im Rechtsverkehr unter Privaten begreifen. Die nicht aus der Luft gegriffene Befürchtung, eine "Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm" könnte als "moralverordnende Intervention" in die Zonen ursprünglicher Selbstbestimmung den auf Individualfreiheit gegründeten Staat "über kurz oder lang zum freiheitsverdrängenden Tugendstaat wandeln",²¹ trifft eher eine rechtspolitische Tendenz als das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz.

Dennoch findet ein staatlicher Eingriff in die Privatautonomie und die wirtschaftliche Freiheit statt, dessen Rechtfertigung gerade in der negativen Bewertung eines rechtserheblichen Verhaltens besteht, das sich durch die in dem Gesetz als unzulässige Differenzierungsgründe bezeichneten Auffassungen und Merkmale leiten ließe. Die privatrechtlichen Benachteiligungsverbote berühren – im Schuldrecht außerhalb des Mietrechts weniger, im Arbeitsrecht mehr – die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit und damit die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und im Regelfall die Berufs- und Unternehmensfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG), soweit diese Freiheitsrechte durch Rechtsgeschäfte ausgeübt werden. Als Grund und Rechtfertigung des Eingriffs wird in erster Linie darauf rekurriert, dass der Schutz aller Menschen vor Diskriminierung ein Menschenrecht sei. Das ist eine recht abstrakte und undifferenzierte Rechtsauffassung, soweit sie nicht nur den Schutz der Freiheit und damit die Grenzen öffentlicher Gewalt meint, sondern einen grundsätzlichen Regelungsauftrag des Staates gebieten will. Selbst wenn man diesem Gedanken folgte, hätte er die Konsequenz, dass der Eingriff in die Freiheitsrechte nur dann und nur insoweit verfassungsrechtlich zulässig wäre, als der Schutz vor Diskriminierung es erfordert. Eigenart und Gewicht der einzelnen Differenzierungsmerkmale sind, vor allem wenn sie für den Privatrechtsverkehr gelten sollen, durchaus unterschiedlich. Religion und Weltanschauung etwa wenden sich kraft eigener Grundrechtsgarantie gegen den Staat, beanspruchen jedoch in der Sphäre des gesellschaftlichen Lebens den Schutz des Staates für die Ausübung dieser Freiheit. Die Ungleichbehandlung aus

²¹ E. Picker, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540; siehe auch ders., Eingriff in die Privatautonomie, FAZ vom 28.6.2006; F.-J. Säcker, "Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2009, 286.

den verpönten Gründen kann also im Privatrechtsverkehr für sich allein nicht als Verbotstatbestand ausreichen.

Die Anforderungen und Maßstäbe der Garantie und des Schutzes von Freiheit und Gleichheit sind in dem hier zu betrachtenden Feld nach dem deutschen Verfassungsrecht, den ungeschriebenen Grundrechten des Gemeinschaftsrechts (Art. 6 Abs. 2 EU) und nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (siehe Art. 14 EMRK) gleichartig. Der durch das Gemeinschaftsrecht garantierte Grundrechtsschutz dürfte im Hinblick auf die Antidiskriminierungsrichtlinien nicht hinter dem Grundrechtsschutz zurückbleiben, den das Grundgesetz bei isolierter Betrachtung gewähren würde. Was die besonderen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG anbelangt, ist daran zu erinnern, dass sie auch an die dort genannten Merkmale anknüpfende Regelungen nicht schlechthin untersagen, sondern nur dann, wenn sie der Sache nach nicht zwingend erforderlich sind. Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lässt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht – also auch mit anderen Grundrechten – legitimieren.²² Alles in allem führen die Neuerungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf eine nicht durchwegs leicht zu durchschreitende Allee von verfassungsrechtlichen Fragen. Es ist zumindest voreilig zu sagen, die Entscheidung über die Einführung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote sei “im Wesentlichen politischer Natur”.²³

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz geht in zweierlei Hinsicht über die umzusetzenden Vorgaben der EG-Richtlinien hinaus und kann insofern einer Prüfung anhand der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Verfassungsrechts nicht durch den Hinweis auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts entgehen. Die Richtlinien unterwerfen – erstens – die Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen dem Gleichbehandlungsgrundsatz nur hinsichtlich der Merkmale Rasse und ethnischer Herkunft und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Der “allgemeine Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung” hingegen gilt nur für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Das Gesetz geht über diese Differenzierung hinweg.²⁴ Es geht – zweitens – auch darüber hinweg, dass das gemeinschaftsrechtliche Gleichbehandlungsrecht nur “im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten” gilt, also insbesondere keine allgemeine Regelungszuständigkeit für das Recht der Schuldverhältnisse in Anspruch nimmt und nehmen kann.

Die verfassungsrechtliche Prüfung, die dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz noch bevorsteht und die vornehmlich durch die Privatautonomie und Vertragsfreiheit schützenden Grundrechte bestimmt ist, wird jedenfalls drei Fragenkreisen gewidmet sein. Das grundsätzliche Verbot einer Benachteiligung aus

²² BVerfGE 114, 357/364 für das Merkmal “Geschlecht”.

²³ Britz (Anm. 8), 384. Im Ergebnis übereinstimmend Jestaedt (Anm. 8), Leitsatz 8, 352.

²⁴ Gesetzentwurf der BReg. (Anm. 1), Begründung, 25 f.

Gründen der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung ("Identität") im Zivilrechtsverkehr kann als Grundsatz nicht allein durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, den als "Menschenrecht" erklärten Schutz aller Menschen vor Diskriminierung und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) gerechtfertigt werden. Nur auf einer prinzipiellen Ebene kann es sein Bewenden damit haben, dass ein die Privatautonomie einschränkendes Gesetz sich seinerseits einer "grundrechtlich fundierten Rechtsetzung" verdankt.²⁵ Gerade auf dieser Ebene darf der Unterschied austeilender Gerechtigkeit und ausgleichender Gerechtigkeit nicht aus dem Auge verloren werden. Die Verwirklichung grundrechtlicher "Werte" und Schutzpflichten durch die Privatrechtsgesetzgebung ist eine Ordnung des Freiheitsgebrauchs durch wohlfahrtsfördernden Eingriff. Die vergleichsweise Unbestimmtheit der nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zulässigen unterschiedlichen Behandlung bei einem "sachlichen Grund" (§ 20 AGG) wird den grundrechtlichen Anforderungen einer normenklaren, geeigneten und verhältnismäßigen Pflichtbindung der eingeschränkten Freiheitsrechte standhalten müssen.

Das gleiche gilt – zweitens – für die *probatio diabolica* der unter dem verhüllenden Blickwinkel "Rechtsschutz" vorgesehenen Umkehr der Beweislast: Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat (§ 22 AGG). Die Vorschrift folgt der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe, z.B. Art. 8 RL 2000/43/EG. Wenn derjenige, der sich auf eine Benachteiligung beruft, dem ersten Anschein nach diskriminiert ist und aufgrund der spezifischen Situation kein wirksames Mittel hätte, um seine Rechte durchzusetzen, kehrt sich die Beweislast für die fragliche anspruchsbegründende Tatsache um.²⁶ Eine derartige Regel bestand bisher für das geschlechtsbezogene Benachteiligungsverbot zulasten des Arbeitgebers (§ 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB), nicht aber allgemein für Schuldverhältnisse außerhalb des Arbeitsrechts. Es fragt sich, ob nicht die Regel des Anscheinsbeweises ausreichenden Schutz gewährt.

Ein gravierender Eingriff in den durch Privatautonomie und Vertragsfreiheit bestimmten Privatrechtsverkehr ist schließlich das den "Antidiskriminierungsverbänden" eingeräumte Recht, als Beistände Benachteiligter unterstützend in der Verhandlung aufzutreten (§ 23 AGG), auch wenn von dem früher in Betracht gezogenen Verbandsklagerecht Abstand genommen worden ist.

Der "paternalistische" Grundzug des die Gerechtigkeit der Ausübung der Vertragsfreiheit betreuenden Antidiskriminierungsrechts²⁷ wird besonders augenfällig

²⁵ S. B a e r, "Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2002, 290.

²⁶ Dazu Gesetzentwurf der BReg. (Anm. 1), Begründung, 47.

²⁷ Siehe A. B r u n s, Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?, JZ 2007, 385.

durch die beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend einzurichtenden Antidiskriminierungsstelle des Bundes, an die sich wenden kann, wer der Ansicht ist, wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt worden zu sein (§§ 25 ff. AGG). Gegen dieses, wie gesagt worden ist, "Monstrum" mögen verfassungsrechtliche Gründe möglich sein, die grundrechtlichen Freiheiten sind damit nicht tangiert.²⁸

Die gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten zu gewährleisten, ist Gegenstand und Aufgabe der Privatrechtsordnung. Die Schutz- und Ordnungsfunktion der Grundrechte stärkt die der Privatrechtsordnung eingestifteten Direktiven und Kriterien der ausgleichenden Gerechtigkeit. Privatautonomie und Vertragsfreiheit liefern das Privatrecht nicht individualistischer Willkür und dem freien Spiel des Marktmechanismus aus. Sie bleiben aber Voraussetzung einer gerechten Verwirklichung wohlfahrtsstaatlicher Schutzerfordernisse.

²⁸ W. Philipp, Ein verfassungswidriges Monstrum, NVwZ 2006, 1235.