

satz“, so fasst Friedmann Kainer das traditionelle Privatrechtsverständnis zusammen, „kann in einer freiheitlichen Privatrechtsordnung niemals ein allgemeines Prinzip sein; er wäre mit dem Grundsatz der Privatautonomie unvereinbar.“<sup>65</sup>

### 3. Gleichbehandlungspflichten im deutschen und europäischen Privatrecht

#### a) Allgemeine Gleichbehandlungspflichten

Wenn der Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit ein Prinzip ist, dann ist er allerdings ein von zahlreichen Ausnahmen durchbrochener Grundsatz. Gleichbehandlungspflichten sind jedenfalls kein Fremdkörper im Zivilrecht.<sup>66</sup> So ist etwa die Vertragspartnerwahlfreiheit von marktbeherrschenden (Art. 102 AUEV, § 19 GWB) bzw. marktmächtigen Unternehmen (§ 20 GWB) erheblich beschränkt, weil diese Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür tragen, dass sie durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht beeinträchtigen.<sup>67</sup> Die Entscheidung des alleinigen Lieferanten von Rossignol-Skiern in Deutschland, ein Sportfachgeschäft in Oberbayern nicht mehr zu beliefern, verstieß beispielsweise gegen § 26 Abs. 2 GWB aF (§ 20 Abs. 2 GWB), weil darin eine im Vergleich zu anderen Abnehmern sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung lag.<sup>68</sup> Rechtsfolge dieses „Diskriminierungsverbots“ ist, dass der Inhaber des Sportfachgeschäfts einen Anspruch auf Belieferung mit Skiern hat (§ 33 Abs. 1 S. 1 GWB) und der Anbieter daher einem Kontrahierungszwang unterliegt.<sup>69</sup> Es ist ein Verdienst ordoliberalen Denkens, auf den spezifisch privatrechtlichen Zusammenhang des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots hingewiesen zu haben.<sup>70</sup> Das Diskriminierungsverbot trägt insgesamt dazu bei, „die Voraussetzungen für eine sachgemäße Ausübung der Vertragsfreiheit zu schaffen“,<sup>71</sup> weil sie ihre Funktion „[n]ur bei relativ gleicher Macht oder relativ gleicher Machtlosigkeit der beteiligten Rechtssubjekte“<sup>72</sup> wahrnehmen kann. Privatautonomie ist danach kein in sich selbst ruhender, keiner weiteren Qualifizierung zugänglicher Wert, sondern Mittel individueller Gestaltung und zugleich Träger einer gesellschaftlichen Funktion.<sup>73</sup> Die Ausübung der gleichen rechtlichen Freiheit führt prinzipiell zu wirksamen Wettbewerb und dieser ist es, der seinerseits

65 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 c).

66 Zutreffend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI, wonach die Gegenauffassung, eine pauschalierende Bewertung sei.

67 Dazu vertiefend unten § 5 IV 2 b).

68 BGH NJW 1976, 801- Rossignol.

69 Bornkamm in: Langen/Bunte, § 33 Rn. 89 ff; Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rn. 102; Bechtold, GWB, 2008, § 33 Rn. 14.

70 Mestmäcker, JZ 1964, 441, 445, gegen Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 162 ff.

71 Mestmäcker, JZ 1964, 441, 445.

72 Mestmäcker, JZ 1964, 441, 443.

73 Mestmäcker, JZ 1964, 441, 442; vertiefend dazu Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 181 ff.

die gesellschaftlichen Bedingungen gewährleistet, unter denen Privatautonomie erst möglich ist.<sup>74</sup> Kommt es zu einer Störung des Wettbewerbs und sind deshalb nicht mehr alle wirtschaftlichen Akteure gleichmäßig teilnahmeberechtigt, führt der Funktionsaspekt der Privatautonomie dazu, dass Gleichbehandlungspflichten oder Diskriminierungsverbote im Grundsatz gerechtfertigt werden können. So lange und soweit der Wettbewerb allerdings funktioniert, ist nach ordoliberalen Denken im Privatrecht kein Platz für eine Gleichbehandlung der Wirtschaftsakteure.<sup>75</sup>

Ein anderes Beispiel für die Pflicht zur Gleichbehandlung im Privatrecht ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Im Wesentlichen – auf die Einzelheiten komme ich noch zurück<sup>76</sup> – gebietet dieser Grundsatz dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern gleich zu behandeln, soweit sie sich in gleicher oder vergleichbarer Lage befinden.<sup>77</sup> Verboten ist nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern vor allem eine sachfremde Gruppenbildung. Trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit ist der Gleichbehandlungsgrundsatz auch im Bereich der Vergütung anwendbar, wenn der Arbeitgeber die Leistungen nach einem allgemeinen Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlegt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird deshalb nicht angewendet, wenn es sich um individuell vereinbarte Löhne und Gehälter handelt und der Arbeitgeber nur einzelne Arbeitnehmer besser stellt.<sup>78</sup> Sachfremd ist eine Differenzierung dann, wenn es für sie keine billigenwerten Gründe gibt. Liegt ein solcher Grund nicht vor, so kann der übergangene Arbeitnehmer verlangen, nach Maßgabe der allgemeinen Regelung behandelt zu werden.

Neben den kartell- und arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten gibt es weitere Fallgruppen, in denen sich – zurückhaltend formuliert – „ein“ Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber privatautonomer Entscheidungsfreiheit durchsetzt. Zu nennen sind der Aufnahmewang von Vereinen,<sup>79</sup> der Gleichbehandlungsanspruch eines Gesellschafters oder Anteilseigners,<sup>80</sup> Gleichbehandlungsgebote des Kapitalmarktrechts,<sup>81</sup> die Gleichbehandlungspflichten bei Personenmehrheiten<sup>82</sup> und der allgemein anerkannte insolvenzrechtliche

74 Weiterführend *Wielisch*, Freiheit und Funktion, 2001, 191 ff.

75 Auf die Einzelheiten gehe ich unter § 4 I 4 ein.

76 Siehe unten § 5 I.

77 Dazu und zum folgenden grundlegend in neuerer Zeit BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608.

78 BAG AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1993, 171 (unter II.3.a); BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215.

79 Vertiefend dazu unten § 5 IV 4 und § 5 VI 2.

80 Eingehend unten § 5 II.

81 Ausführlich unten § 5 III.

82 Einzelheiten bei § 5 VII.

Gleichbehandlungsgrundsatz.<sup>83</sup> Bemerkenswert an allen diesen „Ausnahmen“ sind drei Faktoren: (1.) Aufgrund ihres vermeintlich freiheitsbeschränkenden Charakters werden Gleichbehandlungspflichten Privater durchweg als begründungsbedürftige Ausnahme konzipiert.<sup>84</sup> (2.) Die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wird in der privatrechtlichen Diskussion grundsätzlich nicht mit der (unmittelbaren oder „mittelbaren“) Geltung von Art. 3 Abs. 1 GG begründet.<sup>85</sup> Dennoch werden regelmäßig die Gemeinsamkeiten zwischen grundrechtlichen und privatrechtlichen Rechtsprinzipien betont. Exemplarisch dafür steht der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts inhaltlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt sei.<sup>86</sup> (3.) Das Rechtfertigungsproblem von Gleichbehandlungspflichten Privater wird mit sektorspezifischen und im Kern jeweils genuin privatrechtlichen Erwägungen gelöst. Der Versuch, die verschiedenen Gleichbehandlungspflichten Privater mit einem einheitlichen Ansatz zu rechtfertigen – sei es der Gedanke der Verteilungsmacht<sup>87</sup> oder des Gemeinschaftsverhältnisses<sup>88</sup> – wurde bis vor kurzem für gescheitert erklärt.<sup>89</sup> Erst in jüngster Zeit gerät wieder Bewegung in die Debatte. Exemplarisch dafür steht Friedemann Kainer. Nach seiner Auffassung handelt es sich bei den verschiedenen Gleichbehandlungspflichten um drei Hauptformen einer Inhaltskontrolle, „die auf die Gerechtigkeitsformen der iustitia distributiva und iustitia commutativa zurückzuführen sind“:

„Erstere ist auf den Schutz der ausgleichenden Gerechtigkeit, etwa auf die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung in einem Vertragsverhältnis gerichtet. Distributive Inhaltskontrolle verfolgt heteronome, vom Gesetzgeber vorgegebene Ziele allgemeinen Interesses. Dazwischen liegt eine Form der Inhaltskontrolle, die als institutionelle Inhaltskontrolle bezeichnet werden kann und auf den Schutz eines Rechtsinstiuts gerichtet ist, etwa auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.“<sup>90</sup>

Damit kommt man der These, dass es im Zivilrecht *einen* Gleichbehandlungsgrundsatz gebe, wieder etwas näher. Allerdings glaubt Kainer zwischen den vermeintlich privatrechtskonformen kommutativen und institutionellen Gleichbehandlungsgeboten einerseits und den tendentiell irritierenden distributiven Diskriminierungsverboten andererseits streng differenzieren zu müssen.<sup>91</sup> Ich möchte dagegen ein Modell diskutieren, in dem der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ – nach dem Vorbild des Verfassungsrechts – aus zwei Elementen be-

83 Näheres unten § 5 V.

84 Zuletzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V und VI 2 a).

85 Grundlegend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 95-116.

86 BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608; dazu unten § 5 I 3 d).

87 Grundlegend Raiser, ZHR (111) 1948, 75, 93 f.

88 Vgl. Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 127 ff.

89 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 158 f.

90 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V.

91 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3.

steht: dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot und den speziellen Diskriminierungsverboten.<sup>92</sup>

### b) Diskriminierungsverbote im Privatrecht

Neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz bilden Diskriminierungsverbote den zweiten Faktor von Gleichbehandlungsansprüchen. Diskriminierungsverbote wollen verhindern, dass ein Entscheidungsträger seine Auswahlentscheidung an einem verbotenen Merkmal festmacht. Sie sind nach klassischer Privatrechtskonzeption im Grundsatz unvereinbar mit dem Grundsatz der Privatautonomie. Wenn man Privatautonomie als Freiheit zur Ungleichbehandlung versteht, ist es konsequent, Privatautonomie als „die Freiheit zu diskriminieren“ aufzufassen.<sup>93</sup> Das bedeutet, dass der einzelne Privatrechtsakteur gerade anhand der Merkmale einer Person differenzieren dürfe, an die anzuknüpfen dem Staat grundsätzlich verwehrt sei. Der Staat verletze seinerseits nicht die unmittelbar an ihn adressierten Diskriminierungsverbote, wenn er „nichtdiskriminierende Diskriminierungsmöglichkeiten“<sup>94</sup> für Privatrechtssubjekte schaffe.<sup>95</sup> Der dagegen erhobene Vorwurf, man würde so den „Fehlgebrauch von Freiheit“ zum Merkmal des Privatrechts schlechthin machen,<sup>96</sup> trifft nicht zu. Diese Kritik geht nämlich von einem positiven Freiheitsverständnis aus („Freiheit zu etwas“), während die klassische Konzeption von Privatautonomie – in Übereinstimmung mit der klassisch-liberalen Grundrechtstheorie<sup>97</sup> – einem negativen Freiheitsbegriff („Freiheit von etwas“) folgt.<sup>98</sup> Auch der bereits oben angesprochene Prozess der „Materialisierung“ des Privatrechts konnte im Ergebnis das herrschende Paradigma von Vertragsfreiheit als Freiheit zur Diskriminierung nicht nachhaltig erschüttern.<sup>99</sup> Vereinzelte Stimmen haben zwar versucht, an Private adressierte Diskriminierungsverbote mit dem materialen Paradigma der Vertragsfreiheit zu vereinbaren.<sup>100</sup> De lege lata konnte sich dieser Ansatz in der deutschen Privatrechtsdoktrin vor 2006 nicht durchsetzen. Deutlich mehr Spuren hat dagegen die Diskussion über die „mittelbare“ Wirkung der Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG im Privatrecht hinterlassen. Das Bundesverfassungs-

92 Dazu eingehend unten § 7.

93 Riesenhuber, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie, 2007, 25.

94 Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 341.

95 Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 338 ff; Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 48 ff; Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299, 339 ff.

96 Otto, Personale Freiheit, 1978, 1.

97 Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1530 f.

98 Vgl. dazu Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 c). Grundlegend zur Differenzierung Berlin, Two Concepts, in: Hardy, Liberty, 2002, 166 ff; vertiefend dazu unten § 7 IV 2 a).

99 Zur Verknüpfung von Materialisierungs- und Gleichbehandlungsdebatte zuletzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 IV.

100 Grundlegend Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 289 ff.

gericht entschied beispielsweise zu Art. 3 Abs. 2 GG, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstelle und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstrecke.<sup>101</sup> Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war mit § 611a BGB aF allerdings eine genuin arbeitsrechtliche Norm.<sup>102</sup> Daher konnte man bis vor kurzem behaupten, dass „Diskriminierungsverbote im hergebrachten Privatrecht im Grundsatz keine Rolle [spielen]“.<sup>103</sup> Beispieldhaft ist die Feststellung *Jürgen Basedows*, wonach der Gleichheitsgrundsatz oder das Verbot der Diskriminierung nicht zu den traditionellen Leitprinzipien des Privatrechts gehören.<sup>104</sup> An Privatrechtssubjekte adressierte Diskriminierungsverbote sind dann zwangsläufig rechtfertigungsbedürftige und für viele nicht rechtfertigungsfähige Fremdkörper in der Privatrechtsgesellschaft.<sup>105</sup>

### (1) Der Einfluss des Unionsrechts

Solche Aussagen werden unter dem Einfluss des Unionsrechts zunehmend fragwürdig. Der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ ist in seiner Ausprägung als Diskriminierungsverbot mittlerweile ein fest verankertes Prinzip des Unionsrechts:<sup>106</sup> „Nichtdiskriminierung ist ein Grundprinzip der Europäischen Union“, formuliert der Beschluss, mit dem das Jahr 2007 als das Europäische Jahr der Chancengleichheit für alle bestimmt wurde.<sup>107</sup> Diskriminierungsschutz zählt zu den traditionellen Regelungsmaterien des EUV bzw. des AEUV.<sup>108</sup> Das Unionsrecht durchbricht den Grundsatz der Vertragsinhalts- und -abschlussfreiheit vielfach zugunsten materialer Gleichbehandlungsansprüche. Diese These lässt sich anhand zahlreicher Beispiele belegen: Man denke etwa an das allgemeine Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit<sup>109</sup> in Art. 18 AEUV und sei-

101 BVerfGE 85, 191, 207; BVerfGE 89, 276, 285.

102 Siehe dazu unten § 4 II 3 c).

103 *Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in: *Riesenhuber/Nishitani*, *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie*, 2007, 20, 25.

104 *Basedow*, ZEuP 2008, 230.

105 Statt vieler *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 113 ff; *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 255 ff; skeptisch auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3.

106 Grundlegend EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75: „Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist somit als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen.“ Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes im Unionsrecht siehe *Kischel*, EuGRZ 1997, 1; *Meyer*, Diskriminierungsverbot, 2001, und (aus neuester Zeit) *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 1 ff; zu den Facetten des unionsrechtlichen Diskriminierungsbegriffs siehe *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 268 ff.

107 Beschl. Nr. 771/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.5.2006 zur Einführung des Europäischen Jahres der Chancengleichheit für alle (2007) – Beitrag zu einer gerechten Gesellschaft, ABl. Nr. L 146 v. 31.5.2006, S. 1.

108 *Bell*, Anti-discrimination Law in Transition: the European Union and Racism, in: *Kälin*, Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, 1999, 28-31; *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 268-294.

109 Siehe dazu statt vieler *Rossi*, EuR 2000, 197 ff.

nen speziellen Ausprägungen in den als Diskriminierungsverbote verstandenen Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit),<sup>110</sup> denen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unmittelbare Wirkung auch im Privatrechtsverkehr zukommen kann.<sup>111</sup> Gleiches gilt für das in Art. 157 AEUV niedergelegte Gebot der Entgeltgleichheit unabhängig vom Geschlecht.<sup>112</sup> Die Richtlinie 75/117/EWG über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen<sup>113</sup> hat die aus dem Primärrecht folgenden Gleichbehandlungspflichten weiter konkretisiert. Bahnbrechend war die Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen.<sup>114</sup> Art. 2 Abs. 1 dieser Richtlinie definierte den „Grundsatz der Gleichbehandlung“ dahingehend, dass im Arbeitsleben „keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts [...] erfolgen darf“. Damit wurde die Vertragsabschlussfreiheit des Arbeitgebers erheblich eingeschränkt, weil „bei den Bedingungen des Zugangs – einschließlich der Auswahlkriterien – zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen [...] keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts“ erfolgen durfte (Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 76/207/EWG). Die Richtlinie überließ es den Mitgliedstaaten, die Sanktionen für einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorzusehen, verpflichtete sie aber, Maßnahmen zu ergreifen, die das Ziel der Richtlinie erreichen, wirksam und abschreckend sind und in einem angemessenen Verhältnis zum entstandenen Schaden stehen.<sup>115</sup> Zu den von der Richtlinie erlaubten, wenn auch nicht zwingend vorgeschriebenen Sanktionen zählte auch die Pflicht des Arbeitgebers, einen Arbeitsvertrag mit dem diskriminierten

110 Streinz, Kompetenzen der EG, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 17 f.

111 EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139 Rz. 36: „Das in Art. 48 EGV Art. 39 EG/Art. 45 AEUV ausgesprochene Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit gilt somit auch für Privatpersonen.“; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman* = Slg. 1995, I-4921 Rz. 82 ff; näher Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 7 Rn. 52 ff; Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 743 ff (jeweils mwN) und aus privatrechtlicher Perspektive Herresthal, Die „Drittewirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177 ff; Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 465 ff.

112 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Drefenne v. SABENA (Drefenne II)* = Slg. 1976, 455 Tz 38/39; EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-320/00 – *Lawrence ua v. Regent Office Care Ltd ua* = Slg. 2002, I-7325 Tz 13; dazu statt vieler Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 2007, 134-136, 227-246; Zum Entgeltbegriff näher: von Roettetken, AGG, § 1 AGG Rn. 59 mwN.

113 ABl. L 45 v. 19.2.1975, S. 19.

114 ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40; geändert durch Richtlinie 2002/73/EG, ABl. L 269 v. 5.10.2002, S. 15 und abgelöst durch die Richtlinie 2006/54/EG, ABl. Nr. L 204 v. 26.7.2006, S. 23.

115 Grundlegend EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rz. 18, 23 f; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rz. 24 f.

Bewerber abzuschließen.<sup>116</sup> Die Richtlinie wurde mit § 611a BGB aF<sup>117</sup> umgesetzt.<sup>118</sup>

Seit dem Jahr 2000 lässt sich im früheren Gemeinschaftsrecht und jetzigen Unionsrecht eine erhebliche Ausdehnung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht feststellen.<sup>119</sup> Im Vertrag von Amsterdam<sup>120</sup> wurde mit Art. 13 Abs. 1 EG eine neue Kompetenzgrundlage<sup>121</sup> geschaffen, die es der Gemeinschaft – und jetzt nach Art. 19 Abs. 1 AEUV der Union – erlaubt, „geeignete Vorkehrungen [zu] treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“ Auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 1 AEUV sind in den letzten Jahren insgesamt drei Richtlinien ergangen: Richtlinie 2000/43/EG v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft,<sup>122</sup> Richtlinie 2000/78/EG v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf<sup>123</sup> und Richtlinie 2004/13/EG v. 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.<sup>124</sup> Daneben wurde auf der Grundlage von Art. 157 Abs. 3 AEUV die Richtlinie 76/207/EWG zunächst von der Richtlinie 2002/73/EG<sup>125</sup> erheblich modernisiert und schließlich zusammen

116 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rz. 15 ff.

117 Art. 1 Nr. 1 Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) v. 13.8.1980, BGBl. I S. 1308.

118 Zum Ganzen näher § 4 II 3.

119 Das europäische Nichtdiskriminierungsrecht hat mittlerweile zu einer Flut von Veröffentlichungen geführt, vgl. dazu nur: *Bell*, 6 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 5 (1999); *Bell*, Anti-discrimination Law in Transition: the European Union and Racism, in: Kälin, Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, 1999, 27; *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145 (2001); *Waddington/Bell*, 38 CMLR 567 (2001); *Bell*, 8 ELJ 384 (2002); *Bell*, Anti-Discrimination, 2002 (grundlegend); *Schiék*, 8 ELJ 290 (2002); *Bell/Waddington*, 28 E.L. Rev. 349 (2003); *Caruso*, 44 Harv. Int'l. L.J. 331(2003); *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16(2003); *Hepple*, 67 Mod. L. Rev 1 (2004); *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 529; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43; *Ahtela*, 11 ELJ 57 (2005) (krit. Würdigung der Richtlinien zur Geschlechterdiskriminierung); *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 196-343; *Holmes*, 68 Modern L. Rev. 175 (2005); *Howard*, 11 ELJ 468 (2005); *Hosking*, 31 E.L. Rev. 667 (2006); *Neuner*, 2 ERCL 35 (2006); *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 47-214; *Monen*, Verbot der Diskriminierung, 2008, 72-115; *Schiék*, From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality for Europe, in: *Schiék/Chege*, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 3 ff; *Wesseling*, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz, 2009.

120 ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 1.

121 *Meyer*, Diskriminierungsverbot, 2001, 44-75; *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 121-143; *Bouchouaf/Richter*, Jura 2006, 651 ff; *GA Geelhoed*, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 38-49.

122 ABl. L 180 v. 19.7.2000, S. 22.

123 ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16.

124 ABl. L 373 v. 21.12.2004, S. 37.

125 ABl. L 269 v. 5.10.2002, S. 15.

mit weiteren Richtlinien<sup>126</sup> vollständig von der Richtlinie 2006/54/EG v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen<sup>127</sup> aufgehoben. Ebenfalls auf Art. 157 AEUV basiert die Richtlinie 2010/41/EU v. 7.7.2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben.<sup>128</sup> Das jüngste Ergebnis dieser Entwicklung ist der ebenfalls auf Art. 19 Abs. 1 AEUV basierende Vorschlag für eine Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung außerhalb von Beschäftigung und Beruf.<sup>129</sup> Zusammen bilden diese fünf Richtlinien das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht<sup>130</sup> und haben ein „neues Zeitalter im Gleichbehandlungsrecht“ im Unionsrecht eingeleitet.<sup>131</sup> Es zeichnet sich einerseits durch eine Reihe von Gemeinsamkeiten aller Richtlinien aus, denen andererseits wesentliche Unterschiede gegenüberstehen.<sup>132</sup> Der allen Richtlinien gemeinsame „Grundsatz der Gleichbehandlung“<sup>133</sup> verbietet unmittelbare<sup>134</sup> und mittelbare Diskriminierungen<sup>135</sup>, (sexuelle<sup>136</sup>) Belästigungen,<sup>137</sup> Anweisungen zu Diskriminierungen<sup>138</sup> und nachteilige Behandlungen in Bezug auf eine erfolgte Diskriminierung<sup>139</sup>. Die Richtlinien unterscheiden sich nach den jeweils erfassten Diskriminierungsmerkmalen (Rasse und ethnische Herkunft,<sup>140</sup> Religion

126 Richtlinien 75/117/EWG, 86/378/EWG und 97/80/EG.

127 ABl. L 204 v. 26.7.2006, S. 23.

128 ABl. L 180 v. 15.7.2010, S. 1. Die Richtlinie löste die Richtlinie 86/613/EWG v. 11.12.1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit – auch in der Landwirtschaft – ausüben, sowie über den Mutterschutz, ABl. L 359 v. 19.12.1986, S. 56, ab.

129 KOM(2008) 426 endg. Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens siehe [http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=en&DocId=197196](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DocId=197196) [Stand: 31.12.2012].

130 Zur Unterscheidung allgemeines/spezifisches Gleichbehandlungsrecht siehe *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 45; zum ausführlicheren Überblick siehe unten § 6 II 1 b).

131 *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145 ff (2001) (eigene Übersetzung).

132 Statt vieler *Schiek*, 8 ELJ 290, 294 ff (2002).

133 Art. 1 RL 2000/43/EG; Art. 1 RL 2000/78/EG; Art. 1 RL 2004/113; Art. 1 RL 2006/54/EG; Art. 1 RL 2010/41/EU.

134 Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. a) i.V.m. 2 lit. a) RL 2004/113; Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. a) RL 2010/41/EU.

135 Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Art. 2 lit. b) RL 2004/113; Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. b) RL 2010/41/EU.

136 Art. 2 lit. c), Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. d) RL 2010/41/EU.

137 Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 3 RL 2000/78/EG; Art. 2 lit. c), Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. c) RL 2010/41/EU.

138 Art. 2 Abs. 4 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 4 RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 4 RL 2004/113; Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 4 Abs. 3 RL 2010/41/EU.

139 Art. 4 Abs. 3 S. 2 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 4 Abs. 2 RL 2010/41/EU.

140 Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG.

oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung,<sup>141</sup> Geschlecht<sup>142</sup>) und in ihrem sachlichen Anwendungsbereich: Beschäftigung und Beruf,<sup>143</sup> Sozialschutz und Bildung<sup>144</sup> sowie Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.<sup>145</sup> Diesbezüglich erfasst das geltende Unionsrecht alle privatrechtlichen Verträge,<sup>146</sup> während der persönliche Anwendungsbereichs des neuen Richtlinienvorschlags auf Verbraucherträge beschränkt ist.<sup>147</sup> Das Unionsprivatrecht differenziert insgesamt deutlich zwischen den Anwendungsbereichen der einzelnen Diskriminierungsgründe. Dadurch entsteht eine „Hierarchie der Gleichheit“: Das Merkmal „Rasse und ethnische Herkunft“ genießt den weitestgehenden Schutz, etwas abgeschlagen folgt das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“<sup>148</sup>, während die restlichen Merkmale dagegen vergleichsweise geringer geschützt werden.

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund bestimmter persönlicher Merkmale ist neben der sekundärrechtlichen Absicherung auch primärrechtlich als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts<sup>149</sup> verankert. Das hat der Europäische Gerichtshof in der Rs. *Mangold* zum Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ausdrücklich entschieden<sup>150</sup> und ist damit in Deutschland – aber auch bei einigen Generalanwälten<sup>151</sup> – auf ein sehr kritisches Echo gestoßen.<sup>152</sup> In der Rs. *Küciükdeveci* hat der EuGH das in der Rs. *Mangold* entwickelte Prinzip nachdrücklich

141 Art. 1 RL 2000/78/EG.

142 Art. 4 RL 2004/113/EG; Art. 1, 2 RL 2006/54/EG; Art. 1 RL 2010/41/EU.

143 Art. 3 Abs. 1 lit. a-d) RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 1 RL 2006/54/EG; Art. 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 RL 2010/41/EU.

144 Art. 3 Abs. 1 lit. e-g) RL 2000/43/EG; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 lit. a-c); Art. 8 RL 2010/41/EU. Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag, KOM(2008), 426 endg.

145 Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG; siehe auch Art. 3 Abs. 1 lit. d) Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag, KOM(2008), 426 endg.

146 Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG; Art. 4 Abs. 1 RL 2010/41/EU.

147 Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag, KOM(2008), 426 endg.

148 *Waddington/Bell*, 38 CMLR 567, 610-611 (2001).

149 Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Unionsprivatrecht zuletzt *Metzger*, Extra legem, intra ius, 2009, 323 ff.

150 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rz. 75.

151 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Tz 38 ff; GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Tz 79 ff; zustimmend dagegen GA Sharpston, Schlussanträge v. 30.11.2006, Rs. C-227/04 P – *Lindorfer v. Rat* = Slg. 2007, I-6767 Tz 52 ff; GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Haushgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Tz 42 ff.

152 Aus der umfangreichen Literatur vgl. nur *Wiedemann*, AP Nr. 1 zu RL 2000/78/EG; *Schmidt*, 7 German. L.J. 504; *Thüsing*, ZIP 2005, 2149; *Bauer/Arnold*, NJW 2006, 6; *Hailbronner*, NZA 2006, 811; *Preis*, NZA 2006, 401; *Reich*, EuZW 2006, 20; *Reichold*, ZESAR 2006, 55; *Richter/Bouchouaf*, NVwZ 2006, 538; *Schiek*, AuR 2006, 145; *Zedler*, GPR 2006, 151; *Reich*, EuZW 2007, 198; *Streinz/Herrmann*, Rda 2007, 165; *Riesenhuber*, FS Adomeit, 2008, 631; *Waltermann*, FS Birk, 2008, 915; siehe auch die Beiträge in *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz*, „*Mangold*“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009. Differenzierter aus der Rückschau zum Beispiel *Nettesheim*, JZ 2008, 1159 ff und *Colneric*, NZA Beilage 2008, Heft 2, 66, 70 ff.

bestätigt.<sup>153</sup> Das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot gilt allerdings nur, wenn die möglicherweise diskriminierende Behandlung einen unionsrechtlichen Bezug aufweist.<sup>154</sup> Gekrönt wird diese Entwicklung von der Grundrechte-Charta, die in Art. 21 Abs. 1 Diskriminierungen anhand von insgesamt 17 Merkmalen, darunter des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, verbietet und die in Art. 23 Abs. 1 verlangt, die Gleichheit von Frauen und Männern „in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung“ sicherzustellen. Die Entwicklung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in seiner Ausgestaltung als Diskriminierungsverbot auf Unionsebene ist insgesamt erstaunlich: Das 1957 nur sehr rudimentär verankerte und lediglich integrationspolitisch motivierte Prinzip der Nichtdiskriminierung hat sich in den vergangenen Jahrzehnten erheblich ausgedehnt und ist zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz erstarckt, der im Kern ganz wesentlich grundrechtlich legitimiert wird.<sup>155</sup>

Diese Entwicklung lässt sich auch in den gegenwärtigen Bestrebungen zur Herausbildung eines Europäischen Privatrechts nachvollziehen. Im von der Study Group on a European Civil Code<sup>156</sup> und der Research Group on EC Private Law<sup>157</sup> vorgelegten Draft Common Frame of Reference (DCFR)<sup>158</sup> ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung an prominenter Stelle (Book II – Contracts and other juridical acts – Chapter 2) erwähnt.<sup>159</sup> Art. II. – 2:101 des DCFR enthält ein Diskriminierungsverbot und lautet:

„A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public.“<sup>160</sup>

Dieses Diskriminierungsverbot erstreckt sich nicht nur auf die Vertragsbegründung, sondern erfasst auch die Vertragsdurchführung, die Ausübung vertragli-

153 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

154 Grundlegend jetzt EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 – *Åklagare v. Hans Åkerberg Fransson* = Slg. 2013, I-n.v. Rn. 17 ff.; speziell zum Nichtdiskriminierungsrecht: EuGH, Urt. v. 23.9.2008, C-427/06 – *Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Tz 25; vgl. dazu GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rz. 67 ff. Zur Abgrenzungsproblematik siehe Epiney, NvWZ 2009, 949, 951 f.

155 Dazu eingehend Prechal, 41 CMLR 533 (2004).

156 Zur Zusammensetzung siehe *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 25 ff.

157 Zur Zusammensetzung siehe *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 28 ff.

158 Zum DCFR siehe *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 1 ff.; zur kritischen Würdigung vgl. statt aller Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 529 ff.; zur Methodik vgl. Pfeiffer, AcP 208 (2008), 207 ff.

159 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 165 ff.

160 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 186.

cher Rechte und die Vertragsbeendigungsfreiheit (Art. III.-1:105 DCFR).<sup>161</sup> Eine Rechtfertigung ist nach Art. II. – 2:103 möglich:

*„Unequal treatment which is justified by a legitimate aim does not amount to discrimination if the means used to achieve that aim are appropriate and necessary.“<sup>162</sup>*

Damit wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit (Art. II-1:102(1) DCFR) eingeschränkt: „Discrimination on such grounds“, so die nicht ganz unproblematische<sup>163</sup> Begründung dafür, „is a particularly anti-social form of denying the contractual freedom, and indeed the human dignity, of the other party.“<sup>164</sup> Der DCFR ordnet den Gleichbehandlungsgrundsatz in seiner Funktion als Diskriminierungsverbot als Ausprägung der Gerechtigkeit („justice“) ein,<sup>165</sup> die ihrerseits neben der Freiheit, der Rechtssicherheit und der Effizienz zu den vier Grundprinzipien des DFCR zählt.<sup>166</sup> Der DCFR führt einen materialen Diskriminierungsschutz als selbstverständlichen Bestandteil in das europäische Vertragsrecht ein und verbindet ihn mit dem grundlegenden Recht eines jeden Menschen, als Gleicher anerkannt zu werden.<sup>167</sup> Das wird trotz der einschlägigen Richtlinien auf diesem Gebiet noch immer als „ein relatives Novum“ empfunden.<sup>168</sup> Der Gleichbehandlungsgrundsatz hat also das Potential, zu einem mit dem Grundsatz der Privatautonomie in Konflikt tretenden<sup>169</sup> Leitprinzip des europäischen Privatrechts zu werden.<sup>170</sup>

## (2) Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Das im Sommer 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)<sup>171</sup> dient im Wesentlichen der Umsetzung des speziellen unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrechts. Die Entstehungsgeschichte wurde von zahlreichen

161 Vgl. *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 689.

162 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 187.

163 Näher unten § 6 II 2 b).

164 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 41.

165 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 53.

166 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 37f.

167 Ausführlich dazu *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 254 ff.

168 *Berger*, 16 Eur. Rev. Priv. L. 843, 844 (2008).

169 Vgl. dazu einerseits *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 37f und andererseits *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529, 534 f; abwägend *Berger*, 16 Eur. Rev. Priv. L. 843, 865-67 (2008).

170 Kritisch dazu etwa *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 247.

171 Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14.8.2006, BGBl. I S. 1897, in Kraft seit 18.8.2006 (vgl. Art. 4 des Gesetzes); zuletzt geändert von Art. 15 Abs. 6 Gesetz v. 5.2.2009, BGBl. I S. 160.

und äußerst kontroversen Stellungnahmen<sup>172</sup> begleitet, in denen sich der emotional aufgeladene<sup>173</sup> rechtspolitische Kampf<sup>174</sup> um den Grund und den Umfang von Gleichbehandlungsgeboten im Privatrecht widerspiegelt. Das AGG bricht nachdrücklich mit dem klassischen Verständnis von Privatautonomie als Freiheit auch zur Diskriminierung. Seine Aufgabe ist es nämlich, „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“, § 1 AGG. Das AGG sieht dafür zwei Benachteiligungsverbote vor: § 7 AGG gilt für den Bereich von Beschäftigung und Beruf<sup>175</sup> und § 19 AGG enthält das „zivilrechtliche Benachteiligungsverbot“. Dessen Aufgabe ist es, „Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr“<sup>176</sup> zu gewährleisten: Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion,<sup>177</sup> einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist bei der Begründung, Durchführung und Begründung von im Einzelnen näher bestimmten zivilrechtlichen Schuldverhältnissen unzulässig, § 19 Abs. 1 AGG. Dazu zählen „Massengeschäfte“ (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG), „massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte“ (§ 19 Abs. 1

172 Vgl. Nickel, NJW 2001, 2668; Kocher, RdA 2002, 167; Thüsing, ZfA 2006, 241; Mahlmann, ZEuS (S) 2002, 407; Picker, JZ 2002, 880; Wagner, ZRP 2005, 136; Engert, 4 German L.J. 685; Neuner, JZ 2003, 57; Picker, JZ 2003, 540; Stork, 6 German L.J. 533 (2005); Belling, NZA 2004, 885; Eichenhofer, DVBL 2004, 1078; Raasch, KJ 2004, 394; Reichold, JZ 2004, 384; Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529; Riesenhuber, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie, 2007, 20; Schwab, DNotZ 2006, 649; Thüsing, NJW 2003, 3441; Wiedemann/Thüsing, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes 2002, 463; Armbräster, KritV 2005, 41; Armbräster, ZRP 2005, 41; Braun, ZRP 2005, 135; Britz, VVDStRL (64) 2005, 355; Edinger, DRiZ 2005, 65; Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299; Reichold/Hahn, NZA 2005, 1270; Säcker, BB 2004, Beilage Nr. 16, 16; Silva, Jör (54) 2006, 129; Stork, ZEuS 2005, 1; Koppenfels, WM 2002, 1489; Busche, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159; Kocher, KJ 2006, 356; Korell, Jura 2006, 1; Maier-Reimer, NJW 2006, 2577; Reichold, ZfA 2006, 257; Riesenhuber, Verbot der Diskriminierung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 123; Säcker, ZG 2005, 154; Säcker, ZEuP 2006, 1; Schöbener/Stork, ZEuS 2004, 43; Schmidt-Kessel, Fremde Erfahrungen, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 53; Schubert, NJ 2006, 481; Thüsing, JZ 2004, 172; Kocher, KJ 2007, 22; Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99; Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 255ff; Repgen, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11; Melot de Beauregard, RIW 2009, 18; zum arbeitsrechtlichen Teil vgl. Lingscheid, Antidiskriminierung, 2004; Schiek, NZA 2004, 873; Hanau, ZIP 2006, 2189; Richardi, NZA 2006, 881; Willemse/Schweibert, NJW 2006, 2583; Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007.

173 Zutreffend die Einschätzung von Leible/Schlachter, Einführung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 1.

174 Vgl. die Stellungnahmen von Adomeit, NJW 2002, 1622; Baer, ZRP 2002, 290; Braun, JuS 2002, 424; Säcker, ZRP 2002, 286; Adomeit, NJW 2003, 1162; Schmelz, ZRP 2003, 67; Braun, RiA 2005, 72; Adomeit, NJW 2006, 2169; Kohler, JZ 2006, 1057.

175 Allg. Ansicht, statt aller Schmidt in: Schiek, AGG, § 7 Rn. 1; Däubler in: Däubler, AGG, § 7 Rn. 1-2b.

176 Überschrift zu Abschnitt 3 des AGG.

177 Auf die Aufnahme der „Weltanschauung“ in den Katalog wurde bewusst verzichtet, vgl. BT-Drs. 16/2022, S. 13; dazu unten § 6 III 3 c).

Nr. 1 Alt. 2 AGG),<sup>178</sup> der Abschluss privatrechtlicher Versicherungen (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG) und, wenn es sich um eine Benachteiligung wegen Rasse und ethnischer Herkunft handelt, auch sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse (§ 19 Abs. 2 AGG).<sup>179</sup> Das Benachteiligungsverbot wird nicht verletzt, wenn für die unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt (§ 20 Abs. 1 S. 1 AGG). Eine Rechtfertigung von Benachteiligungen aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft ist aufgrund zwingender Richtlinienvorgaben<sup>180</sup> ausgeschlossen.<sup>181</sup> Hervorzuheben ist, dass von den zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten nur die Merkmale „Rasse und ethnische Herkunft“ sowie „Geschlecht“ auf zwingend umzusetzenden Gemeinschaftsrecht beruhen.<sup>182</sup> Der Schutz einer Ungleichbehandlung aus Gründen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist dagegen noch eine eigenständige Entscheidung der deutschen gesetzgebenden Institutionen. Das könnte sich ändern, wenn der oben angesprochene Richtlinienvorschlag<sup>183</sup> der Kommission vom Rat verabschiedet wird. Das AGG hat bereits während des Gesetzgebungsprozesses und in der Zeit unmittelbar vor und nach Inkrafttreten eine stetig anschwellende Literatur zu dogmatisch-praktischen Problemen im Zusammenhang mit seiner Auslegung und Anwendung hervorgebracht. Obwohl der quantitative Schwerpunkt davon im Arbeitsrecht zu verorten ist,<sup>184</sup> ist die Anzahl an allgemein zivil-

178 Der Begriff stammt von *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 37 und ist dem Alternativvorschlag von *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 266-267 („Beinahe-Massengeschäft“) vorzuziehen, vgl. *Frankel/Schlüchtmann* in: *Däubler*, AGG, § 19 Rn. 35.

179 Eingehend zum sachlichen Anwendungsbereich unten § 6 IV 1 c).

180 Vgl. Art. 4 RL 2000/43/EG, der nur eine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vorsieht und in § 8 AGG umgesetzt wurde.

181 Statt aller *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 2; *Grüneberg* in: *Palandt*, § 20 AGG Rn. 1.

182 RL 2000/43/EG und RL 2004/113/EG.

183 KOM(2008) 426 endg.

184 Siehe dazu statt vieler *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, 2007; aktuell bildet die Altersdiskriminierung einen Schwerpunkt der Diskussion, dazu statt vieler *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008.

rechtlichen Beiträgen dazu beachtlich hoch.<sup>185</sup> Gleichbehandlungspflichten Privater in ihrer Ausprägung als Diskriminierungsverbot sind in Deutschland zu Beginn des 21. Jahrhunderts zu einem wichtigen Thema des Privatrechts geworden.

#### 4. Nachwirkungen personenrechtlicher Ungleichbehandlungen

Die gleiche Rechtsfähigkeit löste ab 1800 den „status“ als neuen Grundbegriff des Personenrechts ab.<sup>186</sup> Mit dem *status* wurde bis ins späte 18. Jahrhundert die rechtliche Stellung beschrieben, die ein Mensch in einer Gesellschaft aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe innehatte.<sup>187</sup> Der Status eines Menschen bestimmte dessen persönliche Rechtslage<sup>188</sup> und damit seine Fähigkeit, autonom agieren zu können. Ein unterschiedlicher Status führte im Regelfall zur gesellschaftlich akzeptierten Ungleichbehandlung. Mit § 1 BGB kam eine der zentralen Errungenschaften der Privatrechtsentwicklung zu ihrem Abschluss:<sup>189</sup> „[D]ie in der Lebensstellung der Personen hervortretenden Verschiedenheiten sind für das Recht nicht von grundlegender Bedeutung“<sup>190</sup>. Die so begründete personale Rechtsgleichheit hat allerdings ihre Verlustlisten.<sup>191</sup> Die „Abstraktion und Entstofflichung“<sup>192</sup> des Menschen zur gleichen Rechtsperson wurde nicht in allen Teilen des Privatrechts gleich weit getrieben. Am weitesten ging man im Verkehrsrecht des BGB, wo sich der konstruktive Charakter der Rechtsperson am

185 Neben den zahlreichen Kommentierungen zum AGG siehe die Monographien von *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004; *Gaier/Wendland*, AGG, 2006; *Korthaus*, Das neue Antidiskriminierungsrecht, 2006; *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006; *Monen*, Verbot der Diskriminierung, 2008; und die Beiträge von *Husmann*, ZESAR 2005, 107; *Schubert*, NJ 2006, 481; *Arnbrüter* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, zur Behandlung von Spezialproblemen vgl. etwa *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21 (zum Kontrahierungszwang); *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (haftungsrechtliche Gesichtspunkte); *Hense*, Kirche und Diskriminierungsverbot, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 181 (zum Verhältnis Diskriminierungsrecht-Kirchen); *Metzger*, WuW 2007, 47 (jeweils zum Mietrecht); *Schmidt-Räntsche*, NZM 2007, 6; *Thüsing/Burg*, ZTR 2007, 71 (zur Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände); *Wackerbarth*, ZIP 2007, 453 (zu Vermeidungsstrategien); zu versicherungsrechtlichen Problemen jeweils *Wräse/Baer*, NJW 2004, 1623; *Raasch*, ZESAR 2005, 209 (zur Verbandsbeteiligung); *Arnbrüster*, VersR 2006, 1297; *Loosbelders*, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 141; *Koch*, VersR 2007, 288; *Thüsing/von Hoff*, VersR 2007, 1; *Windel*, RdA 2007, 1, (zu Beweisfragen) und *Mansel*, FS *Canaris* (Bd. I), 2007, 799 (zum internationalen Anwendungsbereich); *Rebhahn*, ZfA 2006, 347 (zum österreichischen Recht); *Budde*, BB 2007, 731 (zu den Auswirkungen auf Vertriebspartner).

186 *Duve* in: HKK-BGB, §§ 1-14, Rn. 8; grundlegend *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 167-171.

187 Siehe *Mehrhoff*, F., Stichwort „Status“, HRG, Bd. IV, 1990, Sp. 61. Aus der zeitgenössischen Literatur kritisch zum Begriff des *status*: *Feuerbach*, Civilistische Versuche, Bd. I, 1803, 173-190; *Savigny*, System, Bd. II, 1840, 443-515.

188 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 168.

189 Zu den Einzelheiten unten § 2 I und III 1.

190 *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25.

191 Darauf gehe ich in § 2 II ein.

192 Instruktiv *Caroni*, Privatrecht, 1988, 64-66.