

# Michael Schreier

## Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – wirklich ein Eingriff in die Vertragsfreiheit?

Die Diskussion zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz ist von starken Gegensätzen gekennzeichnet. Diskriminierungsschutz ist für die einen ein Angriff auf die Privatautonomie, für die anderen die notwendige Durchsetzung des Gleichheitssatzes. Der aus dem Gedanken der Gleichheit resultierende Kontrahierungszwang ist nach weit verbreiteter Auffassung mit dem Rechtsinstitut der Vertragsfreiheit nicht vereinbar. Der Beitrag hinterfragt die häufig vertretene These, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz einen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellt, kritisch.

### *I. Ausgangslage*

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist am 29.6.2006 vom Deutschen Bundestag beschlossen worden und seit dem 18.8.2006 geltendes Recht. Obwohl das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf Grund europarechtlicher Vorgaben zwingend umzusetzen war,<sup>1</sup> häuft sich die Kritik an einem solchen Antidiskriminierungskonzept in der Politik und nicht zuletzt in der juristischen Literatur.<sup>2</sup> Dabei sind Diskriminierungsverbote nichts Neues: Sie haben schon vor Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes Eingang in das deutsche Recht, z.B. in § 611a BGB oder dem BGleichstG, gefunden. Die Gesetzgebung gegen diverse Bereiche der Diskriminierung beruht zum einen darauf, dass Deutschland Diskriminierungsverbote in verschiedenen völkerrechtlichen Übereinkommen<sup>3</sup> ratifiziert hat.<sup>4</sup> Zum anderen unterliegt Deutschland europarechtlichen Vorgaben. Der wirksame Schutz vor Diskriminierungen liegt schon seit langer Zeit im Blickfeld der Europäischen Gemeinschaft.<sup>5</sup> Diskriminierungsbekämpfung wird als ein Kernziel der EG verstanden,<sup>6</sup> weswegen relativ weit gehende entsprechende europarechtliche Vorgaben geschaffen wurden. Mit Einführung des Art. 13 EGV durch den Amsterdamer Vertrag wurde

1 Der EuGH hatte die Bundesrepublik Deutschland wegen Nichtumsetzung der Richtlinie 2000/43/EG bereits auf eine Klage der Europäischen Kommission hin verurteilt, EuGH 28.4.2005 – Rs. C-329/04, EuZW 2005, 444 – Kommission/Deutschland.

2 Siehe nur *Mohr*, SAE 2006, 26, 31; *Picker*, JZ 2002, 880, 880 ff.; *ders.*, JZ 2003, 540, 541; *Säcker*, ZRP 2002, 286, 290; *Wagner*, ZRP 2005, 136, 137.

3 Die Gleichheit der Menschen und der Schutz vor Diskriminierung wurden in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, im Übereinkommen der Vereinten Nationen (VN) zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Frauen, im Internationalen Pakt der VN über bürgerliche und politische Rechte, im Internationalen Pakt der VN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten anerkannt; vgl. Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 sowie BT-Drs. 329/06, 20 und *Wendeling-Schröder*, NZA 2004, 1320, 1321. Zum völkerrechtlichen Diskriminierungsschutz vertiefend *Nickel*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik (1999), 98 ff.

4 BT-Drs. 329/06, 20 ff.

5 Entschließung des Europäischen Parlaments gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABl. 1993 Nr. C 342/19, 21; ABl. 1994 Nr. C 323/154, 156. Siehe auch Mitteilung des Bundesministeriums der Justiz in NZA 10/2006, IX.

6 »Die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Diskriminierungsverbots sind das Kernstück des europäischen Sozialmodells. Sie sind ein Fundament der Grundrechte und grundlegenden Werte, auf denen die heutige Europäische Union beruht«, siehe Grünbuch der Europäischen Kommission: Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Europäischen Union (28.5.2004) 3, KOM (2004) 379 endg.

der Gemeinschaft die Möglichkeit eröffnet, »geeignete Vorkehrungen« zu ergreifen, um Diskriminierungen wirksam zu bekämpfen.<sup>7</sup> Geeignete Vorkehrungen in diesem Sinn sind Rechtsetzungsmaßnahmen nach Art. 249 EGV. So ist auf Grundlage des Art. 13 EGV zunächst die »Antirassismus-Richtlinie«<sup>8</sup> einstimmig erlassen worden. Es folgten drei weitere Richtlinien;<sup>9</sup> alle vier verpflichteten die Bundesrepublik Deutschland und die anderen europäischen Mitgliedstaaten zur Umsetzung ins nationale Recht. Hierbei hat der deutsche Gesetzgeber von seiner Möglichkeit, über das europäische Minimum<sup>10</sup> hinauszugehen, Gebrauch gemacht.<sup>11</sup> Damit wurde die Grundlage einerseits für eine Symbolwirkung gegen Diskriminierung, andererseits für eine Kompensation bestehender Nachteile der Diskriminierungsopfer geschaffen.<sup>12</sup>

Dass eine solche gesetzgeberische Verantwortung geboten ist, zeigt sich nicht zuletzt am Phänomen der Diskriminierungen: Sie sind seit langem in Form von Stereotypen, Vorurteilen und Stigmatisierungen bekannt.<sup>13</sup> Neben individuellen Diskriminierungen einzelner Menschen ist auch die Existenz struktureller Diskriminierungen anerkannt.<sup>14</sup> Als strukturelle Diskriminierungen werden Diskriminierungen ganzer Bevölkerungsgruppen aufgrund bestimmter Merkmale wie Geschlecht, ethnische Herkunft, körperlicher Konstitution oder sexueller Orientierung verstanden.<sup>15</sup> Diese entstehen aus der Struktur der Gesellschaft heraus, die durch Handlungen und Haltungen einer homogenen Gruppe in der Gesellschaft geprägt ist, die andere Gruppen diskriminieren. Solche strukturellen Diskriminierungen können Folge sozialer Prozesse sein (sog. institutionelle Diskriminierung).<sup>16</sup> Ihre Wurzeln liegen in diesen Fällen in dem Netzwerk gesellschaftlicher Institutionen, beispielsweise dem (Aus)bildungs-, dem Arbeits- oder dem Wohnungsmarkt. Durch institutionalisierte Denk- und Verhaltensmuster wird z.B. noch teilweise die Ansicht der beruflichen Unterlegenheit von Frauen verbreitet. Im Rahmen der sexuellen Identität wird z.B. die Heterosexualität anderen Formen sexueller Orientierung als überlegen und von »der« sozialen Norm abweichend eingeordnet.<sup>17</sup> Dadurch erfolgt eine Hierarchisierung, die Diskriminierungen von schlichten Differenzierungen unterscheidet.<sup>18</sup> Diskriminierungen sind tradiert und daher vielen Menschen nicht

7 Mohr, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht (2004), 180, 184; Rademacher, Diskriminierungsverbot und »Gleichstellungsauftrag« (2004), 266.

8 Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft vom 29.06.2000.

9 Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000; Richtlinie 2002/73/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes von Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 23.09.2002; Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vom 13.12.2004.

10 Baer, ZRP 2001, 500, 501; Wagner, ZRP 2005, 136, 137.

11 Annuß, BB 2006, 1629, 1634. Dies stieß auf heftige Kritik, nicht zuletzt in der Stellungnahme des Bundesrates vom 16.6.2006 zu dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

12 Baer, ZRP 2001, 500, 501.

13 BT-Drs. 329/06, 22. Instrukтив zu den Erscheinungsformen gesellschaftlicher Diskriminierungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt und in weiteren gesellschaftlichen Bereichen Nickel (Fn. 3), 73 ff.; zu Diskriminierungen im Alltag durch Privatpersonen Fathi, in: Mahdavi/Vandré (Hrsg.), Wie man Menschen von Menschen unterscheidet (1998), 94 f.; siehe auch Eichenhofer, DVBl. 2004, 1078, 1084.

14 Hormel/Scherr, Bildung für die Einwanderungsgesellschaft (2004), 27 f.

15 Fathi (Fn. 13), 85 f.; Hormel/Scherr (Fn. 14), 28.

16 Dravenau/Groh-Samberg, in: Berger/Kahlert (Hrsg.), Institutionalisierte Ungleichheiten (2005), 111 ff.; Fathi (Fn. 13), 86 ff.; Gomalla/Radtke, Institutionelle Diskriminierung (2002), 14 f.; Hormel/Scherr (Fn. 14), 28; Nickel (Fn. 3), 70 m.w.N.

17 Brockhaus: Enzyklopädie in 30 Bänden, Bd. 12 Hanf–Hurr (21. Aufl. 2006), 665.

bewusst; sie erfolgen oftmals unbeabsichtigt<sup>19</sup> und äußern sich subtil, in der einen oder anderen persönlichen Präferenz im Umgang mit anderen Menschen. Solche Diskriminierungen führen dazu, dass einige Bevölkerungsgruppen schlechtere Chancen als andere haben, z.B. hinsichtlich der Integration in den Arbeitsmarkt.<sup>20</sup>

Eine mögliche Maßnahme gegen diskriminierende Denk- und Verhaltensmuster ist die aktive Integration der diskriminierten Menschen. Sie hat der Gesetzgeber u.a. bereits mit Quotenregelungen für Frauen geschaffen.<sup>21</sup> Die Rolle des Staates kann also darin liegen, auf soziale Prozesse Einfluss zu nehmen. Größtmögliche Effektivität lässt sich hierbei erreichen, wenn ein Verstoß gegen missbilligte Verhaltensweisen sanktioniert werden kann, der Staat also sowohl die Pflicht zu einem diskriminierungsfreien Umgang der Menschen miteinander statuiert und gleichzeitig Sanktionen festsetzt. Durch eine solche Gesetzgebung kann der Staat deutlich machen, was gesellschaftlich und rechtlich missbilligt wird.<sup>22</sup> Dieses Konzept liegt dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zu Grunde. So weit, so gut, würde das System seiner Sanktionen nicht weitläufig als Eingriff in die Vertragsfreiheit verstanden werden.<sup>23</sup> Die Rede ist u.a. vom »Tod der Privatautonomie«,<sup>24</sup> vom Schleifen »der letzten und zentralen Bastion privatrechtlicher Vertragsfreiheit«<sup>25</sup> sowie vom »trojanischen Pferd (...), das die Privatautonomie als Kern des Privatrechts von innen heraus zerstört.«<sup>26</sup> Ob ein solcher existenzbedrohender Eingriff in die Vertragsfreiheit tatsächlich vorliegt, soll nachfolgend untersucht werden.

## II. Umfang und Grenzen der Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit der Bürger, die neben den Freiheitsrechten der Eigentumsfreiheit, Testierfreiheit und Vereinigungsfreiheit steht, ist grundlegend für das deutsche Recht<sup>27</sup> – sie gehört zum prägenden Rechtsbegriff der Privatautonomie<sup>28</sup> und genießt Verfassungsrang.<sup>29</sup> Die Vertragsfreiheit überlässt es einer

18 Baer, *Würde oder Gleichheit?* (1995), 48.

19 BT-Drs. 329/06, 22; Baer, ZRP 2002, 290, 293 f.; Mohr, SAE 2006, 26, 27.

20 BT-Drs. 329/06, 22.

21 Vgl. Maidowski, *Umgekehrte Diskriminierung* (1989); Specht, *Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz* (1999), 132 ff.; Colneric, BB 1996, 265, 265 ff.; Weber, DB 1988, 45, 50; ablehnende Haltung Herrmann, SAE 1995, 229, 237 f.; Loritz, EuZW 1995, 763, 764; Thomas Richter, NVwZ 2005, 636, 637; Schmidt, NJW 1996, 1724, 1725.

22 Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 4.5.2006, abzurufen unter <http://www.bmj.bund.de>; Adomeit, JZ 2003, 540, 541 spricht vom moralischen Drang der gesetzgeberischen Ausgestaltung. Siehe auch Picker, in: Egon Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2004 (2005), 17.

23 Mohr, SAE 2006, 26, 31; Picker, JZ 2002, 880, 880 ff.; ders., JZ 2003, 540, 541; ders., *ZfA* 2005, 167, 176; Reichold, JZ 2004, 384, 389; Ring, ZGS 2006, 371, 375; Säcker, ZEuP 2006, 1, 3; ders., ZRP 2002, 286, 290; Schwab, DNotZ 2006, 649, 669 ff.; Wagner, ZRP 2005, 136, 137; vgl. auch Eichenhofer, DVBl. 2004, 1078, 1078 ff.; Neubacher/Vukovic, *Der Spiegel* (13.11.2006) 36, 38.

24 Säcker, ZG 2005, 154, 160 u. 163; ders., ZRP 2002, 286, 289.

25 Picker, JZ 2002, 880, 881; ähnlich Braun, *AnwBl.* 2002, 569, 572.

26 Säcker, ZEuP 2006, 1, 3.

27 Busche, in: *Staudinger* (Begr.), *Eckpfeiler des Zivilrechts* (2005), 179 f.; ders., *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (1999), 46; Mohr (Fn. 7), 43; Paulus/Zenker, *JuS* 2001, 1. Siehe auch Wetz, *Illusion Menschenwürde – Aufstieg und Fall eines Grundwerts* (2005), 97, der die Freiheit als Teil der Menschenwürde versteht.

28 Die grundsätzliche Vertragsfreiheit wird vom BGB stillschweigend vorausgesetzt, siehe Busche, in: *Staudinger* (Fn. 27), 179 f.; Mestmäcker, *Recht und ökonomisches Gesetz* (2. Aufl. 1984), 397; Klaus Richter, *AcP* 206 (2006), 3; Paulus/Zenker, *JuS* 2001, 1.

29 BVerfG NJW 1994, 36, 38; BVerfG NJW 1990, 1469, 1470 = NZA 1990, 389, 390; Canaris, in: *Festschrift Peter Lerche* (1993), 873, 878 f.; Baer, ZRP 2002, 290, 291; Mohr, SAE 2006, 26, 30; Paulus/Zenker, *JuS* 2001, 1; Thüsing, *RdA* 2005, 257, 258.

Partei, ob sie einen Vertrag eingehen will (positive Vertragsfreiheit) oder nicht (negative Vertragsfreiheit).<sup>30</sup> Neben der Vertragsbegründungsfreiheit wird auch die Vertragsbeendigungsfreiheit garantiert.<sup>31</sup> Ferner soll niemand dem Staat über die Motive eines Rechtsgeschäftes Rechenschaft ablegen müssen.<sup>32</sup> Mit anderen Worten: An Stelle von Vernunft und Tugend steht der Wille der Vertragsschließenden.<sup>33</sup> Der Staat schreibt seinen Bürgern nicht vor, was sie zu tun oder zu lassen haben, sofern sie sich innerhalb der gesetzlichen Schranken bewegen.<sup>34</sup>

Die staatliche Anerkennung macht die Freiheit also möglich.<sup>35</sup> Die Freiheit ist damit aber unfrei, denn sie unterliegt gerade dieser staatlichen Regelung.<sup>36</sup> In der Phase der Vertragsbegründung unterliegen die Parteien z.B. dem Rechtsinstitut der culpa in contrahendo, das begründungslose Abbrüche von Vertragsverhandlungen nach gesetztem Vertrauen sanktioniert.<sup>37</sup> Bei der Vertragsbeendigung unterliegen die Parteien gleichermaßen zahlreichen Regeln. Paradebeispiel hierfür ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, was durch das Kündigungsschutzgesetz erheblich erschwert wird. Der Wille des Einzelnen ist damit nur dann frei und rechtlich akzeptiert, wenn er Zielen dient, die der Gesetzgeber anerkennt.<sup>38</sup>

### III. Einschränkung der Vertragsfreiheit durch das AGG

Die Einschränkung der Vertragsfreiheit der Diskriminierungstäter ergibt sich im Bereich des Arbeitslebens nicht aus einem Kontrahierungszwang als Rechtsfolge,<sup>39</sup> sondern aus dem Tatbestand, der mittelbar eine Einschränkung der Privatautonomie bewirkt: Pflicht ist das Unterlassen einer Benachteiligung im Rahmen des vom AGG vorgegebenen Umfangs. Wer sich rechtstreu verhält, hat die Einschränkung der negativen Vertragsfreiheit hinzunehmen und damit, auch wenn sein freier Wille ein anderer ist, den Vertrag abzuschließen.

Ferner ist die Rechtsfolge mit Entschädigungs- und Schadenersatzansprüchen so gravierend, dass das rechtstreu Verhalten und damit der faktische Kontrahierungszwang unter wirtschaftlichem Druck erreicht wird. Zum einen sieht § 15 Abs. 2 AGG den Ersatz des Nichtvermögensschadens bis zu einer Höhe von drei Monatsgehältern vor, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Häufiger werden wohl in der Praxis die Fälle so liegen, dass eine Einstellung gerade wegen eines Diskriminierungsmerkmals nicht erfolgt ist und ansonsten erfolgt wäre. Andernfalls könnte der Arbeitgeber die Nichteinstellung mit objektiven Kriterien belegen und sich so von einem Vorwurf der Diskriminierung entlasten, falls diese nicht allzu offensichtlich erfolgte. In dem ersten und zukünftig wohl häufiger auftretenden Fall aber verlangen die EG-Richtlinien ein Schmerzensgeld, das wirksam,

<sup>30</sup> Busche, in: *Staudinger* (Fn. 27), 180; *ders.*, Privatautonomie (Fn. 27), 72; *Klaus Richter*, AcP 206 (2006), 3.

<sup>31</sup> Busche, Privatautonomie (Fn. 27), 70; v. *Koppensfels*, WM 2002, 1489, 1491.

<sup>32</sup> *Mohr*, SAE 2006, 26, 27; *Säcker*, ZRP 2002, 286, 290.

<sup>33</sup> *Säcker*, ZG 2005, 154; *ders.*, ZRP 2002, 286; siehe auch *Hanau*, in: Festschrift Horst Konzen (2006), 235.

<sup>34</sup> Ausführlich *Busche*, in: *Staudinger* (Fn. 27), 181 f.; *ders.*, Privatautonomie (Fn. 27), 23, 138; *Säcker*, ZRP 2002, 286.

<sup>35</sup> *Thüsing*, RdA 2005, 257, 258. Ausführlich *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 149 ff.

<sup>36</sup> *Wetz* (Fn. 27), 98.

<sup>37</sup> Siehe nur *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB (66. Aufl. 2007), § 311 Rn. 34.

<sup>38</sup> *Wetz* (Fn. 27), 273; *Thüsing*, RdA 2005, 257, 258.

<sup>39</sup> Siehe § 15 Abs. 6 AGG.

verhältnismäßig und abschreckend ist<sup>40</sup> – daran wird sich die Rechtsprechung halten müssen.<sup>41</sup> Zum anderen ist nach § 15 Abs. 1 AGG ein Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens gegeben, und zwar aus dem Umkehrschluss des § 15 Abs. 2 AGG in unbeschränkter Höhe auf die bis zum Erreichen des ersten Kündigungstermins hypothetisch entstehenden Vermögensvorteile.<sup>42</sup> Der erste hypothetisch entstehende Kündigungstermin ist allerdings nicht jener in der Probezeit.<sup>43</sup> Die Annahme, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis noch innerhalb der Probezeit ordentlich gekündigt hätte, ist regelmäßig unbegründet.<sup>44</sup> Insbesondere wäre eine Kündigung innerhalb der Probezeit wegen Diskriminierung unzulässig, wenn diese auf Grund eines Diskriminierungsmerkmals in der Person des Arbeitnehmers und nicht seiner Leistungen erfolgt. Ein solcher hypothetischer Kündigungszeitpunkt würde gerade die bei der Einstellung erfolgte Diskriminierung untermauern. Der erste hypothetische Kündigungstermin kann also nur ein solcher sein, der nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstößt.<sup>45</sup> Damit bildet die schadenersatzrechtliche Kompensation der Diskriminierung zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung im Bereich des Arbeitslebens zwar selbst keinen Kontrahierungszwang, aber dennoch ein effektives Steuerungselement zur Erreichung des Lenkungsziels, namentlich der Einschränkung der negativen Vertragsfreiheit.

Im Bereich des Schutzes vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr ist indessen auch ein unmittelbarer Kontrahierungszwang als Rechtsfolge möglich.<sup>46</sup> Anders als in § 15 Abs. 6 AGG für das Arbeitsleben schränkt der Gesetzgeber im Bereich der Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr den Anspruch auf Begründung eines Vertrages nicht ein. Aus dem Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch in § 21 Abs. 1 AGG leitet sich ein Kontrahierungsanspruch des Geschädigten her.<sup>47</sup> Beispielsweise kann ein behinderter Mensch, der keinen Zutritt in ein Restaurant erhält, auf Beseitigung der Beeinträchtigung und zukünftige Unterlassung, also auf Zutritt in das Restaurant sowie auf Abschluss des Vertrages (Bestellung und Lieferung der Speisen), klagen.<sup>48</sup>

40 Artikel 15 der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft; Artikel 17 und Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000; Artikel 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vom 13.12.2004.

41 Schreier, JuS 2007, 308, 312.

42 Zur Rechtslage bei § 611a BGB: *Annuß*, in: *Staudinger* (Begr.), BGB, §§ 611–615 BGB (2005), § 611a Rn. 99; *Raab*, in: *Soergel* (Begr.), BGB, §§ 516–651 BGB (12. Aufl. 1997), § 611a BGB Rn. 54; *Annuß*, BB 2006, 1629, 1634; *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253, 260; *Hergenröder*, JZ 1997, 1174, 1174; *Oetker*, ZIP 1997, 802, 803; *Zwanziger*, DB 1998, 1330, 1331.

43 So *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893, 895; *Ehmann/Emmert*, SAE 1997, 253, 260.

44 *Nollert-Borasio/Perreng*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2006), § 15 Rn. 19.

45 Vgl. hierzu *Treber*, NJW 1998, 856, 858.

46 *Schreier*, JuS 2007, 308.

47 *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2007), § 21 Rn. 75–82; *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG (2006), Rn. 208; *Nollert-Borasio/Perreng* (Fn. 44), § 21 Rn. 2; kritisch *Armbrüster*, in: *Rudolf/Mahlmann* (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht (2007), § 7 Rn. 185–191.

Alternativ kann der Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge des verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruchs (Naturalrestitution) diskutiert werden, vgl. *Maiер-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582.

48 *Nollert-Borasio/Perreng* (Fn. 44), § 21 Rn. 2; *Schreier*, JuS 2007, 308.

Die Vertragsfreiheit steht grundsätzlich den beteiligten Parteien zu, sowohl Diskriminierungstätern als auch -opfern.<sup>49</sup> Häufig wird übersehen, dass auch die Diskriminierungsopfer Adressaten der Vertragsfreiheit sind.<sup>50</sup> Beide Parteien haben die rechtliche Freiheit, ihre Willenserklärung abzugeben.<sup>51</sup> Die Willenserklärung liegt auf Seiten der Diskriminierungstäter in der Vertragsbeendigung oder der Ablehnung eines Vertragsschlusses. Auf Seiten der Opfer ist die Willenserklärung auf Fortsetzung eines Vertrages oder einen Vertragsschluss gerichtet.

Rein äußerlich liegt ein funktionierendes System der Vertragsfreiheit für beide Seiten vor. Schließlich kann jede Partei ihren Willen äußern. Faktisch ist auf Seiten der Diskriminierungsopfer jedoch keine Vertragsfreiheit gegeben. Vertragsfreiheit bedeutet zwar kein Erfolgsrecht. Sie impliziert jedoch eine Vertragschance.<sup>52</sup> In Situationen, in denen die eigene Willenserklärung niemals eine Wirkung entfalten kann, kommt es auf die Äußerung des Willens nicht mehr an. Solche Situationen liegen in allen Diskriminierungsfällen vor. Möchte z.B. ein Personalleiter für das Unternehmen aus sachfremden Motiven keinen »Neger« einstellen, so wird der dunkelhäutige Mensch, der noch so qualifiziert und für die Stelle geeignet sein kann, keine Möglichkeit haben, einen Arbeitsvertrag abzuschließen. Das Diskriminierungsopfer hat faktisch keine relevante Entscheidungsfreiheit. Die Möglichkeit des Zugangs zum Vertrag, die als Selbstbestimmungsinstrumentarium anerkannt ist,<sup>53</sup> bleibt dem Opfer verwehrt.<sup>54</sup> Ob das Opfer nun einen Vertrag schließen oder weiter fortführen möchte: Sein Wille ist nicht relevant. Die Antwort des Täters ist immer ablehnend. Das rein äußerlich funktionierende System der Vertragsfreiheit entpuppt sich als falsches Spiel zu Lasten der Diskriminierungsopfer. Diskriminierungsopfer unterliegen stets dem Willen der anderen Partei.<sup>55</sup> Ihre positive Vertragsfreiheit führt niemals zum Erfolg.<sup>56</sup> Die Vertragsfreiheit ist damit wert- und kraftlos.<sup>57</sup> Faktisch siegt damit immer die negative über die positive Vertragsfreiheit. Dieser Zustand kann als Verletzung der Vertragsfreiheit der Diskriminierungsopfer verstanden werden,<sup>58</sup> die der Gesetzgeber zu beheben versucht.

#### V. Verhältnis von positiver und negativer Vertragsfreiheit

Das Nichtvorhandensein der positiven Vertragsfreiheit auf Seiten der Diskriminierungsopfer wirft die Frage auf, ob das AGG durch die vorgenommene

49 Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die beiderseitige Vertragsfreiheit: BVerfG NJW 1994, 36, 38; BVerfG NJW 1990, 1469, 1470 = NZA 1990, 389, 390; *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht (2004), 294; *Mahlmann*, ZEuS 2002, 407, 421; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 61 f.

50 Siehe nur *Adomeit*, NJW 2002, 1622, 1623; *Picker*, JZ 2002, 880, 880 ff.; *ders.*, JZ 2003, 540, 541; *Säcker*, ZG 2005, 154; *ders.*, ZRP 2002, 286; *Wagner*, ZRP 2005, 136, 137.

51 *Busche*, Privatautonomie (Fn. 27), 645; *Thüsing*, ZGS 2005, 49, 53.

52 Vgl. *Busche*, Privatautonomie (Fn. 28), 125; so auch *Schieck*, Differenzierte Gerechtigkeit (1999), 347, die von dem Erfordernis realistischer Vertragsfreiheit spricht; *Wendeling-Schröder*, NZA 2004, 1320, 1321.

53 *Busche*, Privatautonomie (Fn. 27), 125.

54 *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 61.

55 Dies resultiert nicht zuletzt daraus, dass Vertragswillige stets auf den Vertragspartner angewiesen sind: *Eichenhofer*, DVBl. 2004, 1078, 1085.

56 *Eichenhofer*, DVBl. 2004, 1078, 1085, spricht von faktischer Ungleichheit der Parteien beim Vertragsschluss.

57 *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 61.

58 Vgl. *Busche*, Privatautonomie (o. Fußn. 27), 125; *Wendeling-Schröder*, NZA 2004, 1320, 1321.

Verlagerung der negativen auf die positive Vertragsfreiheit mit einer auf beiden Seiten funktionierenden Privatautonomie vereinbar ist. Auf den ersten Blick scheinen der Kontrahierungszwang zu Lasten der Diskriminierungstäter und die damit gestärkte Privatautonomie zu Gunsten der Diskriminierungsoffer gegensätzlich zu sein. Die Beantwortung der Frage hängt nicht zuletzt davon ab, in welchem Verhältnis die positive und die negative Vertragsfreiheit zueinander stehen.

Grundsätzlich sind weder die positive noch die negative Vertragsfreiheit vorrangig.<sup>59</sup> Dennoch war bereits vor Inkrafttreten des AGG anerkannt, dass in gewissen Bereichen wie etwa der Grundversorgung ein Vertragsschluss auch gegen den Willen des Vertragspartners erzwingbar ist.<sup>60</sup> Die positive Vertragsfreiheit wurde folglich bereits in der Vergangenheit gestärkt. Das AGG zielt nun auf einen benachteiligungsfreien Vertragsschluss, wenn neben dem Diskriminierungsoffer auch der Diskriminierungstäter prinzipiell willig ist, einen Vertrag abzuschließen. Der Kontrahierungszwang respektiert damit grundsätzlich fehlende Vertragsbegründungsinteressen der Diskriminierungstäter. Erzwungen wird nicht, dass ein Vertrag zu schließen ist, sondern nur *mit wem*. Die Vertragsfreiheit, überhaupt keinen Vertrag oder einen *diskriminierungsfreien* Vertrag zu schließen, bleibt damit erhalten. Den Diskriminierungstatbeständen des AGG ist lediglich gemein, dass sie eine willkürliche Vertragsverweigerung wegen sachfremder Merkmale verbieten.<sup>61</sup> Persönliche Merkmale des Vertragspartners dürfen bei Geschäften, die kein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis voraussetzen,<sup>62</sup> keine Rolle spielen, solange nur die für den Vertrag objektiv relevanten Eigenschaften<sup>63</sup> erfüllt werden. Damit dient die Einschränkung der Vertragsfreiheit auf Seiten der Diskriminierungstäter der Erfüllung der heteronomen Moralauffassung des Gesetzgebers und einer Öffnung der Freiheit für die Opfer. Der Gesetzgeber, der die Macht über die Ausgestaltung der Freiheit hat, macht von seiner Ordnungsautonomie Gebrauch. Hierbei nutzt er seinen weit gehenden Gestaltungsspielraum.<sup>64</sup>

Wenn die Rechtsordnung nun als Reaktion auf die faktisch nicht bestehende positive Vertragsfreiheit der Diskriminierungsoffer diesen einen Anspruch auf einen Vertragsschluss oder eine Vertragsfortführung einräumt und den verweigernden Teil spiegelbildlich einem Kontrahierungszwang unterwirft, geht es der Sache nach nicht um die Aufhebung der Vertragsfreiheit.<sup>65</sup> Die Verlagerung der negativen auf die positive Vertragsfreiheit sorgt vielmehr für die Funktionssicherung des Instituts Vertragsfreiheit, die zuvor bei einer Partei – der diskriminierten – nicht funktionierte.<sup>66</sup>

## VI. Ausnahmen

Die Verlagerung der negativen auf die positive Vertragsfreiheit darf allerdings nicht stets erfolgen. Sie muss vielmehr im konkreten Fall interessengerecht

<sup>59</sup> Busche, Privatautonomie (Fn. 27), 127.

<sup>60</sup> Heinrichs, in: Palandt (Fn. 37), Einf. v. § 145 Rn. 8.

<sup>61</sup> Däubler, in: Däubler/Bertzsch (Fn. 47), Einl. Rn. 73; Die subjektive Beliebigkeit bleibt bei Nichtanknüpfung an ein geschütztes Diskriminierungsmerkmal bestehen.

<sup>62</sup> Darunter versteht der Gesetzgeber insbesondere alle Arbeitsverhältnisse und Massengeschäfte.

<sup>63</sup> Siehe oben II.

<sup>64</sup> BVerfGE 38, 61, 87; Busche, Privatautonomie (Fn. 27), 600.

<sup>65</sup> Eichenhofer, DVBl. 2004, 1078, 1084 f.; Tießler-Marenda, ZAR 2005, 100, 103; Wrase, HFR 5-2005, 1, 4.

<sup>66</sup> Vgl. Busche, Privatautonomie (Fn. 27), 126.

sein. Im Sinne eines angemessenen Ausgleichs sind daher Ausnahmen von der Verlagerung der negativen auf die positive Vertragsfreiheit zu fordern und im Einzelfall eine ungleiche Behandlung zuzulassen.<sup>67</sup> Die dafür notwendige Legitimation erteilt der Gesetzgeber durch Ausnahmenvorschriften,<sup>68</sup> die mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sein müssen.<sup>69</sup>

Ist, wie beispielsweise, die Homosexualität mit den jahrtausende alten Anschauungen der katholischen Kirche fundamental unverträglich,<sup>70</sup> so kann die Einschränkung des Merkmals der sexuellen Identität im Einzelfall geboten sein, welche eine Suspendierung der positiven Vertragsfreiheit rechtfertigt und für interessengerecht erscheinen lässt. Dies geht konform mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 ff. WRV, wonach den Kirchen, sonstigen Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften das Recht zukommt, über Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten selbständig zu entscheiden. Dies umfasst auch die Berechtigung, die Religion oder Weltanschauung als berufliche Anforderung zu bestimmen.<sup>71</sup> Andernfalls wäre das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften unverhältnismäßig eingeschränkt,<sup>72</sup> was auch nicht Ziel des Richtliniengebers ist.<sup>73</sup>

In den übrigen Fällen der Einschränkung des (zivilrechtlichen) Benachteiligungsverbots wird der Individualsphäre des Vertragspartners Rechnung getragen. Bei Geschäften, die keine Massengeschäfte sind, und bei besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnissen der Parteien wird eine Einschränkung der Privatautonomie auf Seiten des Vertragsverweigerers nicht verlangt.<sup>74</sup> Dies ist konsequent, da im Gegensatz zu Massengeschäften bzw. Geschäften ohne Nähe- oder Vertrauensverhältnis persönliche Eigenschaften des Vertragspartners eher eine Rolle spielen können und daher nicht mehr denknotwendig sachfremd für den Vertragsabschluss sind. Ebenso wenig sachfremd sind Eigenschaften, die zwar von § 1 AGG erfasst sind, aber dennoch im Einzelfall auf den konkreten Vertrag durchschlagen. Insbesondere beim Alter sind sowohl das niedrige wie auch das hohe Alter geeignet, unterschiedliche Qualifikationen und Leistungsfähigkeiten des Alters zu begründen. Dem wird § 10 AGG gerecht. Es liegt folglich keine Benachteiligung vor, wenn eine Ungleichbehandlung wegen des Alters erfolgt, die sich zugleich durch einen sachnahen Grund rechtfertigen lässt. Der Gesetzgeber greift damit nicht pauschal in die negative Vertragsfreiheit der Diskriminierungstäter ein, sondern bemüht sich um einen schonenden Ausgleich, der weiterhin auch die bestehende (negative) Vertragsfreiheit der Diskriminierungstäter grundsätzlich anerkennt.

67 Vgl. *Busche*, Privatautonomie (Fn. 27), 130; *Mohr*, SAE 2006, 26, 37.

68 Siehe §§ 8–10 AGG für den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung sowie § 20 AGG für den Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr.

69 *Wiedemann/Thüsing*, DB 2002, 463, 468.

70 Zum Standpunkt der katholischen Kirche siehe statt vieler *Bier*, in: *Camphausen/Riedel-Spangenberg/Sebott* (Hrsg.), Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht, Bd. 2 (2002), 272; vgl. auch *Lingscheid* (Fn. 49), 257 u. Fußn. 1714; *Belling*, NZA 2004, 885, 886; *Joussen*, RdA 2003, 32, 37 f.; *Thüsing*, NZA 2001, 1061, 1062.

71 BR-Drs. 329/06, 37.

72 So auch *Thüsing*, JZ 2004, 172, 175.

73 Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000.

74 Vgl. *Schreier*, JuS 2007, 308, 309.

1.

Wer die Vertragsfreiheit nur für Diskriminierungstäter anerkennt, denkt zu kurz.<sup>75</sup> Auch für die Diskriminierungsopfer geht es um den Schutz der verfassungsrechtlich geschützten Vertragsfreiheit.<sup>76</sup> Nicht das Gegensatzpaar der Gleichheit auf Seiten der Diskriminierungsopfer und der Vertragsfreiheit auf Seiten der Diskriminierungstäter beschreibt das Spannungsverhältnis zutreffend, sondern das Verhältnis von positiver und negativer Vertragsfreiheit.

2.

Mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz liegt kein pauschaler Eingriff in die Vertragsfreiheit vor. Der Eingriff auf Seiten der Diskriminierungstäter stellt sich als Umverteilung der Freiheitssphären zu Gunsten der Diskriminierungsopfer dar. Der – im Arbeitsrecht nur faktisch wirkende – Kontrahierungszwang stärkt im Ergebnis das Rechtsinstitut der Vertragsfreiheit. Dabei handelt es sich um keine Paradoxie, sondern um das richtige Verständnis der staatlich begrenzten Freiheit.

## Joachim Perels Überwindung des NS-Systems durch Pluralismus – Ernst Fraenkel

### Wandlung und Kontinuität des Begriffs der Demokratie

I.

Die Konstituierung der politischen Wissenschaft nach 1945 ist ein zentrales Element des demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Neubeginns nach der Zerschlagung der NS-Despotie. Die Gedankenwelt der Aufklärung, des Ausgangs aus gesellschaftlicher und politischer Unmündigkeit, bildete bei allen Unterschieden im Einzelnen die theoretische und konzeptionelle Grundlage. Dies beruhte wesentlich darauf, dass, anders als in den Nachbarwissenschaften vor allem des öffentlichen Rechts und der Geschichte, die Begründer der politischen Wissenschaft, vielfach durch den Widerstand und die Emigration geprägt, schon personell mit der NS-Herrschaft ganz überwiegend nicht verbunden waren.<sup>1</sup>

<sup>75</sup> Vgl. *Baer*, ZRP 2002, 290, 292.

<sup>76</sup> Siehe Fn. 49.

<sup>1</sup> Vgl. Michael Stolleis, Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben, *Kritische Justiz* H. 4/1993, S. 293 ff.; Horst Dreier, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, *VVDStRL* 60, Berlin 2001, S. 10 ff.; Joachim Perels, Das Grundgesetz zwischen historischen Erfahrungen und tradierter Interpretationsmacht, in: ders., *Entsorgung der NS-Herrschaft? Konfliktlinien im Umgang mit der NS-Herrschaft*, Hannover 2004, S. 119 ff.; Götz Aly/Susanne Heim, *Vordenker der Vernichtung: Auschwitz und die deutschen Pläne für eine neue europäische Ordnung*, Hamburg 1991; *Geschichtsschreibung als Legitimationswissenschaft*, hrsg. v. Peter Schöttler, Frankfurt am Main 1997; *Deutsche Historiker im Nationalsozialismus*, hrsg. v. Winfried Schule/Otto Gerhard Oexle, Frankfurt am Main 1999; Ingo Haar, *Historiker im Nationalsozialismus: Deutsche Geschichtswissenschaft und der »Volkstumskampf« im Osten*, Göttingen 2002.