

# Tod der Privatautonomie?

## Diskriminierungsschutz als Rücksichtnahmepflicht

Selma Gather\*

Wenn Disruption, wie in diesem Band, verstanden wird als erhebliche Störung, einschneidende Veränderung oder fundamentaler Paradigmenwechsel, dann ist wohl kaum einem zivilrechtlichen Gesetz in der jüngeren Vergangenheit größeres disruptives Potential zugeschrieben worden als dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG).<sup>1</sup> Die Reaktionen der Privatrechtswissenschaft angesichts der (drohenden) Verabschiedung des Gesetzes im Jahr 2006 waren zum Teil jedenfalls alarmistisch.<sup>2</sup> Es war vom „Ende der Privatautonomie“<sup>3</sup> und der Einführung einer „Tugendrepublik der neuen Jakobiner“<sup>4</sup> die Rede. Auch heute, knapp zwanzig Jahre nach Verabschiedung des AGG, werden privatrechtliche Diskriminierungsverbote noch kontrovers diskutiert.<sup>5</sup>

---

\* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht und Doktorandin an der Freien Universität Berlin.

1 Plastisch *H. Reichold*, Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit, JZ 2004, 384 (385): „Die [...] Antidiskriminierungs-Richtlinien [...] drohen der Zivilrechtswissenschaft nach den Erschütterungen der Schuldrechtsreform 2001 mit neuen heftigen Eruptionen wegen sozialpolitisch veranlassten Veränderungen vormals liberaler Privatrechtssätze.“

2 Exemplarisch *T. Reppen*, Antidiskriminierungsrecht: die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: J. Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, S. 11 ff.;

3 *E. Picker*, Antidiskriminierungsgesetz: Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, 880 ff.

4 *F. Säcker*, „Vernunft statt Freiheit!“: Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2002, 286 ff.

5 Dies zeigt sich insb. an den zahlreichen seit Verabschiedung des AGG verfassten Monographien zu dem Thema, s. nur *M. Grünberger*, Personale Gleichheit: der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013; *F. Kainer*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht, bislang unveröffentlichte Habilitationsschrift 2011; *A. V. Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, Baden-Baden 2010; *A. Leidinger*, Die Idee des unionalen Antidiskriminierungsrechts, i.E. 2025; *A. K. Mangold*, Demokratische Inklusion und Recht: Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, Tübingen 2021; *A. Reinelt*, Soziale Inklusion: Der allgemeine Gleichheitssatz als Zugangsgregel im Vertragsrecht, Baden-Baden 2023.

Dieser Beitrag möchte die These der Disruption des Privatrechts durch Diskriminierungsverbote hinterfragen. Er setzt dabei an bei der dogmatischen Integration des AGG in das allgemeine Zivilrecht. Kernthese des Beitrags lautet: Das AGG ist eine Konkretisierung allgemeiner Rücksichtnahmepflichten im Rechtsgeschäftsverkehr. Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote sind dem Vertrauensschutz zuzuordnen. So verstanden, fügen sie sich bruchlos in die Grundstrukturen des bürgerlichen Rechts ein.<sup>6</sup>

## I. Das AGG...

Das AGG verbietet Diskriminierungen im Zivilrecht.<sup>7</sup> Das Gesetz trägt den Titel „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz“. Der Titel verspricht damit mehr, als das Gesetz beinhaltet. Denn das AGG statuiert keine allgemeine *Gleichbehandlungspflicht*, sondern enthält *Diskriminierungsverbote*, die außerdem nur in zwei ausgewählten Bereichen des Zivilrechts gelten.

### 1. Das AGG: Ein Antidiskriminierungsgesetz

Das AGG ist, erstens, ein Antidiskriminierungsgesetz.<sup>8</sup> Es zielt darauf, Benachteiligungen 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 (§1 AGG). Es verbietet, entlang der genannten Kategorien zu benachteiligen (§§ 6, 19 AGG). Damit begründet es gerade nicht die Pflicht, im Privatrechtskontakt gleich zu behandeln. Es verbietet nicht jede unsachliche Differenzierung. Es adressiert ein deutlich spezifischeres Phänomen, nämlich die materiell nachteilige Behandlung von Personen aufgrund ihrer Zuordnung zu kategorial bestimmten Gruppen, sprich Diskriminierung.<sup>9</sup>

---

6 Der Beitrag gibt damit einige Ergebnisse der Dissertation der Autorin wieder, S. Gather, *Ohne Ansehen der Person – Diskriminierungsverbote als Vertrauensschutz* (2024).

7 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 414).

8 So im Gesetzgebungsprozess auch noch bezeichnet, s. BT-Drs. 15/4538; BT-Drs. 15/5019; BT-Drs. 15/5755.

9 Zu diesem Diskriminierungsbegriff S. Baer/N. Markard, in: H v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, *Grundgesetz*, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3, Rn. 418; A. K. Mangoldt/M.

Die verschiedenen Formen, die Diskriminierungen annehmen können, sind in § 3 AGG definiert: Verboten sind sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen sowie Belästigungen. Wird gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, können Betroffene Beseitigung der Diskriminierung und Unterlassung für die Zukunft verlangen. Ist ein Schaden entstanden, kann dieser im Wege des Schadensersatzes geltend gemacht werden. Dies umfasst auch etwaige immaterielle Schäden (sog. Schmerzensgeld).<sup>10</sup>

## 2. Begrenzte Anwendungsbereiche

Das AGG gilt, zweitens, nur in zwei ausgewählten Bereichen des Zivilrechts: im Beschäftigungskontext<sup>11</sup> und beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen<sup>12</sup>. Im Folgenden wird ausschließlich letzterer Anwendungsbereich fokussiert. Laut amtlicher Überschrift des entsprechenden Abschnitts bietet er Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr. Vom Diskriminierungsverbot umfasst ist der „Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG). Nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist der Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots im allgemeinen Zivilrechtsverkehr grundsätzlich<sup>13</sup> weiter dadurch bestimmt, dass (Quasi-)Massengeschäfte betroffen sein müssen, das heißt insbesondere „zivilrechtliche[] Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“.

Wenn es im Folgenden um diesen Anwendungsbereich nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 8, 19 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 AGG geht, wird zwar ebenfalls vom „allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot“ gesprochen. Aber es zeigt sich, dass auch dieses Diskriminierungsverbot so „allgemein“ nicht ist, wenn es lediglich Geschäfte über öffentlich zugängliche Waren betrifft.

---

*Payandeh*, Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, in: A. K. Mangold/M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht: Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte, Tübingen 2022, S. 3 (5 f.).

10 Siehe insgesamt § 21 AGG.

11 Abschnitt 2, §§ 6 ff. AGG.

12 Abschnitt 3, §§ 19 ff. AGG.

13 Gilt nicht für rassistische Benachteiligungen, s. § 19 Abs. 2 AGG.

### 3. Beispielhafte Fälle

Konkret bedeutet die Geltung des AGG im fokussierten Bereich: Marktteilnehmende, die ihre Waren öffentlich angeboten haben, dürfen nicht diskriminieren. Sie dürfen insbesondere ihre Vertragsentscheidung nicht nach den in § 19 Abs. 1 AGG genannten Kategorien treffen. Wer beispielsweise eine Veranstaltungsvilla vermietet, darf diese nicht einem homosexuellen Paar zu seiner Hochzeit verweigern.<sup>14</sup> Wer eine Diskothek betreibt, darf nicht People of Colour aufgrund ihrer Hautfarbe an der Tür abweisen.<sup>15</sup> Wer (eine Vielzahl von) Wohnungen vermietet, darf Mieterhöhungsverlangen nicht ausschließlich an Mieter:innen türkischer oder arabischer Herkunft adressieren.<sup>16</sup> Wer eine Arztpraxis betreibt, darf einer sehbehinderten Patientin nicht den Zugang mit ihrer Führhündin verweigern.<sup>17</sup> Nicht zwangsläufig zulässig, aber jedenfalls vom AGG nicht erfasst, sind indes beispielsweise Diskriminierungen im Bereich des Familienrechts sowie bei der Gründung von Vereinen oder Gesellschaften.

## II. ... als Disruption des Privatrechts

Trotz des in zweierlei Hinsicht begrenzten Geltungsbereichs ist das AGG, wie eingangs erwähnt, verbreitet als große Herausforderung für das Privatrecht wahrgenommen worden. Nun gibt es aus Perspektive der Privatrechtswissenschaft verschiedene Möglichkeiten, mit Neuem, das nicht so recht zum Alten passen mag, umzugehen.

### 1. Läuten der Totenglocken

So kann man das Alte für tot erklären.<sup>18</sup> Freilich können die bereits zitierten, stark beunruhigten Reaktionen aus der Rechtswissenschaft auf das AGG heute relativiert werden. Sie müssen eher dem rechtspolitischen als dem rechtswissenschaftlichen Diskurs zugeschlagen werden. Zudem hat sich in den knapp 20 Jahren seit Verabschiedung des AGG gezeigt, dass das

---

14 LG Köln NJW 2016, 510 (511 f.).

15 OLG Stuttgart, NJW 2012, 1085 (1085 f.).

16 AG Tempelhof-Kreuzberg, WuM 2015, 73 (75 f.).

17 BVerfG NJW 2020, 1282 (1282 f.).

18 So beispielsweise *Reppen*, Totenglocke (Fn. 2), S. 11.

liberale Privatrecht noch nicht an seinem Ende angekommen ist. Dennoch werden private Diskriminierungsverbote als Bedrohung wahrgenommen, und dies auf zwei fundamentalen Ebenen. Bedroht sei zum einen die Vertragsfreiheit. Bedroht sei aber auch die moralische Integrität des Privatrechts an sich.

a) Gefahr für die Vertragsfreiheit

Auf erster Ebene werden Diskriminierungsverbote als Gefahr für die (Vertrags-)Freiheit wahrgenommen. Im Ausgangspunkt steht ein antagonistisches Verständnis von Freiheit und Gleichheit.<sup>19</sup> Diskriminierungsverbote werden als Eingriff in die Vertragsfreiheit der Verpflichteten verstanden, der so gravierend sei, dass er kaum zu rechtfertigen sei. Freiheit des Willens bedeute eben auch Willkür, es gelte das Flum'sche Dictum „*stat pro ratione voluntas*“.<sup>20</sup> Dem widerspreche es, wenn das AGG Vertragsentscheidungen einer Motivationskontrolle unterziehe. Vertragsfreiheit beinhalte essentiell auch die Freiheit zur Diskriminierung.<sup>21</sup> Die Diskriminierungsverbote des AGG beraubten der Freiheit also ihres Kerns.

---

19 Zum konflikthafter Verhältnis von Freiheit und Gleichbehandlung bspw. *P. Badura*, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten, *ZaöRV* 2008, 347 (353 ff.); *G. Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, *VVDStRL* 64 (2005), 355; *Dittmann*, Privatrechtliche Diskriminierungsverbote aus verfassungsrechtlicher Sicht, S. 81 ff.; *M. Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, *VVDStRL* 64 (2005), 298; *M. Mahlmann*, Gleichheitsschutz und Privatautonomie, *ZEuS* 2002, 407 (420 f.); *J. Neuner*, Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in: S. Leible/M. Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, S. 73 (77 ff.); *D. Schwab*, Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland, *DNotZ* 2006, 649 (669 ff.).

20 Siehe nur *T. Lobinger*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, in: Isensee (Hrsg.), *Vertragsfreiheit* (Fn. 2), S. 99 (104); *K. Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in *K. Riesenhuber/Y. Nishitani* (Hrsg.), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?*, S. 21; *Säcker*, *Tugendrepublik* (Fn. 4), 286.

21 *Riesenhuber*, *Privatautonomie* (Fn. 20), *E. Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, *JZ* 2003, 540 (540). „Diskriminierung“ wird in dem Zusammenhang indes häufig gleichgesetzt mit schlichter Differenzierung, was freilich den Diskriminierungsbegriff verfehlt.

## b) Aushöhlung der liberalen Grundanlage

Darüber hinaus sollen Diskriminierungsverbote die moralischen Grundlagen des Privatrechts als Ganzes bedrohen. Statt der liberalen Freiheitsmoral des Privatrechts, die essentiell von Selbstverantwortung, Willensfreiheit und Freiheit von staatlicher Beeinflussung lebt, stülpe das Antidiskriminierungsrecht dem Privatrecht eine diesem fremde „Sozialmoral“ über.<sup>22</sup> Die formale Ethik des subjektiven Rechts werde bedroht durch einen moralpädagogischen Impetus privater Gleichbehandlungspflichten.<sup>23</sup> Es drohe dem Privatrecht eine „Veröffentlichung“.<sup>24</sup> Statt der zivilistischen Gerechtigkeit der *iustitia commutativa* folgten Diskriminierungsverbote distributiven, also „öffentlichen“, Gerechtigkeitsmaßstäben. Mit der Rechtsgleichheit aller Akteure sei das einzig relevante Gleichheitsproblem im Privatrecht bereits gelöst, weil „sämtliche Private ohne Unterschied zur gegenseitigen ‚Diskriminierung‘ berechtigt“ seien. Die Verbesserung der „Teilhabe für Personen, die von Natur aus benachteiligt sind“, sei eine „über die formale Gleichberechtigung hinausgehende tatsächliche Gleichstellung“ und als solche „im Ausgangspunkt Aufgabe des öffentlichen Rechts.“<sup>25</sup> Mit dem AGG scheint aus dieser Perspektive die finale Wende zu einem sozialpolitisch überformten Privatrecht vollzogen.<sup>26</sup>

## 2. Paradigmenwechsel

Diese Untergangserzählung stellt Michael Grünberger auf den Kopf, wenn er – u.a. angesichts des AGG – einen Paradigmenwechsel im Privatrecht ausruft.<sup>27</sup> Grünbergers Erzählung nach komme der Freiheit keine vorrangige Rolle im Privatrecht (mehr) zu.<sup>28</sup> Das Privatrecht sei (auch) wesentlich geprägt von einem „Prinzip der personalen Gleichheit“, wonach im Aus-

---

22 T. Pfeiffer, Editorial, ZGS 2002, 165.

23 Reichold, Sozialgerechtigkeit (Fn. 1), 391.

24 Reichold, Sozialgerechtigkeit (Fn. 1), 391; Repgen, Totenglocke (Fn. 2), S. 45.

25 Lobinger, Vertragsfreiheit (Fn. 20), S. 116, 121.

26 Zu dieser Verfallserzählung im größeren Kontext verschiedener „Beschränkungen“ der Privatautonomie s. A. Röthel, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer, in: C. Bumke/A. Röthel, Autonomie im Recht, Tübingen 2017, S. 92 (95 ff).

27 Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 5), hier S. 52.

28 Ebd., S. 750.

gangspunkt jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig sei.<sup>29</sup> Der so konzipierte Gleichbehandlungsgrundsatz sensibilisiere das Recht für die ungleiche Verteilung von Freiheiten, die es in seiner Umwelt gibt.<sup>30</sup> Jede Person könne eine sie betreffende Ungleichbehandlung als solche rechtlich thematisieren und eine Rechtfertigung dafür verlangen.<sup>31</sup> Je nach Kontext der Konfliktsituation gelte ein abgestuftes System akzeptabler Rechtfertigungsgründe.<sup>32</sup>

Bei Licht betrachtet ist dieser „Paradigmenwechsel“ jedoch nur eine dem AGG wohlgesonnenere Beschreibung der Abkehr vom „vormals liberalen“<sup>33</sup> Privatrecht. Michael Grünbergers Rechtfertigung geht zudem deutlich weiter, als das, was das AGG bringt: Er rekonstruiert einen *allgemeinen* Gleichbehandlungsanspruch. Nach seinem Konzept wird jede privatrechtliche Freiheitsausübung grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig, sofern sie eine Ungleichbehandlung zur Folge hat. Skeptiker werden hier (zurecht) sagen: Wenn jeder Freiheitsgebrauch mit der Pflicht zur Rechtfertigung belastet ist, kann von Freiheit nur noch eingeschränkt die Rede sein.<sup>34</sup> Und wo Gleichheit die Freiheit verdrängt, sei nicht mehr von Privatrecht zu sprechen, zumindest nicht von jenem, wie wir es kennen.<sup>35</sup> Die Disruption führt auch in dieser Erzählung zum Bruch mit den tradierten Strukturen und Prinzipien.

---

29 *Ebd.* S. 749 ff.

30 *Ebd.* S. 929 f.

31 *Ebd.* S. 802.

32 *Ebd.* S. 824 ff.

33 Reichold, Sozialgerechtigkeit (Fn. 1), 385.

34 Es stellt sich zudem die Frage, wie attraktiv ein Privatrechtsmodell ist, in dem die genaue Kontur subjektiver Freiheiten immer erst noch im „Rechtfertigungsdiskurs“ bestimmt werden muss; kritisch hierzu Leidinger, Antidiskriminierungsrecht (Fn. 5), § 4 I.2.b; skeptisch gegenüber der Begründbarkeit eines allgemein zivilrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs auch M. Auer, Zwei Jahrhunderte Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit, in: S. Grundmann/J. Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, Tübingen 2021, S. 67 (81 ff.)

35 Vgl. K. Adomeit, Diskriminierung: Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622 (1623): „Ein Privatrecht, das den Teilnehmern am Rechtsverkehr nicht mehr die freie Entscheidung belässt, wen man sich als Vertragspartner wünscht und wen nicht, ist eigentlich kein Privatrecht mehr.“

### III. Weg der Versöhnung: dogmatische Integration

Je nach Standpunkt können private Diskriminierungsverbote also als Ausdruck einer „Veröffentlichung“ des Privatrechts und dessen Totenglocke oder als Marker eines Paradigmenwechsels im bürgerlichen Recht verstanden werden. In beiden Erzählungen aber ist ihr Einfluss auf das klassisch-liberale Privatrecht disruptiv.

#### 1. Frage nach der dogmatischen Verortung des AGG

Es gibt jedoch eine Alternative. Sie besteht in der dogmatischen Rekonstruktion des allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots. Denn neben eher theoretischen Auseinandersetzungen um das (richtige) Verhältnis von Freiheit und Gleichheit<sup>36</sup> oder um Wesen und Bedeutung von Vertrag<sup>37</sup> und Vertragsfreiheit<sup>38</sup> im Angesicht von Diskriminierungsverboten hat in den vergangenen Jahren auch eine Diskussion um die *dogmatische* Einordnung der AGG-Nichtdiskriminierungspflicht stattgefunden. Auch dieser Diskurs nimmt im Ausgangspunkt das AGG als „Herausforderung“<sup>39</sup> für das Privatrecht wahr. Er ist aber bemüht, das AGG nicht von vornherein als einen diesem „implantierter Fremdkörper“<sup>40</sup> zu brandmarken, sondern die Diskriminierungsverbote durch das Instrumentarium der Privatrechtsdogmatik mit den Grundstrukturen des Zivilrechts zu versöhnen. Es geht dabei um die Frage, ob das AGG essentiell Deliktsrecht darstellt, oder Vertragsrecht, oder gar etwas anderes.

Auch wenn die Auseinandersetzung mit der dogmatischen Einordnung weniger lautstark – und weniger kontrovers – geführt worden ist, berührt sie nicht minder grundsätzliche Fragen. Diese betreffen sowohl Strukturfragen des Privatrechts als auch die Frage nach Programmatik und Legitimation von zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten.

---

36 Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 5).

37 Reinelt, Soziale Inklusion (Fn. 5).

38 Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit (Fn. 5).

39 T. Lobinger, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 216 (2016), 28 (80).

40 Jestaedt, Diskriminierungsschutz (Fn. 19), 350.

## 2. Diskriminierungsverbote als Deliktsrecht

Wo die Frage nach der „Privatrechtskonformität“ des AGG aus Perspektive der Rechtsdogmatik gestellt wird, ist bislang die Auffassung herrschend, dass privates Antidiskriminierungsrecht im Kern Deliktsrecht sei. Danach stelle die Diskriminierung im Privatrechtsverkehr eine Herabwürdigung dar. Die §§ 19 ff. AGG sollen diesen Persönlichkeitsrechtsverletzungen begegnen und seien daher als Deliktsrecht zu verstehen.<sup>41</sup>

Die Idee, bei privaten Diskriminierungsverboten handele es sich um Deliktsrecht, überzeugt nicht. Dies kann im Rahmen dieses Beitrags indes nur angerissen und nicht vertieft werden:<sup>42</sup> Zum einen ist es verkürzend, das Unrecht von Diskriminierungen auf die Verletzung der Persönlichkeit der betroffenen Personen zu reduzieren.<sup>43</sup> Auf diese Art lässt sich schon der Katalog der geschützten Kategorien kaum erklären. Es kann genauso verletzend sein, wegen der Größe der Nase oder anderer persönlicher Eigenschaften benachteiligt zu werden. Die Auswahl der in § 1 AGG genannten Kategorien ist aber nicht beliebig. Die Kategorien sind Ausdruck von historisch gewachsenen gesellschaftlichen Hierarchieverhältnissen.<sup>44</sup> Diskriminierungen sind also nicht allein deswegen normativ problematisch, weil sie Betroffene herabwürdigen, sondern weil sie Ausdruck von struktureller Exklusion sind. Die Rekonstruktion der §§ 19 ff. AGG als Deliktsrecht wird darüber hinaus dem geltenden Recht nicht gerecht. Insbesondere das Verbot der mittelbaren Diskriminierung ist auf dem Boden deliktsrechtlicher Lesarten eigentlich nicht zu erklären,<sup>45</sup> ebenso wenig wie der spezifische

41 *J. Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, Berlin 2012, insb. S. 125 ff.; *F. Hartmann*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, in: C. Herresthal/D. Kaiser/M. Stoffels (Hrsg.), Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2018, S. 104 ff., Rn. 6, 8; *Lobinger*, Perspektiven (Fn. 39), 82 ff.; *F. Rödl/A. Leidinger*, Diskriminierungsschutz im Zivilrechtsverkehr, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht (Fn. 9), S. 927 ff.

42 Vertiefend *Gather*, Ohne Ansehen (Fn. 6), § 3 A.

43 Grundlegend *S. Baer*, Würde oder Gleichheit?, Baden-Baden 1995; *U. Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., Baden-Baden 1996; für eine pluralistische Fundierung von Antidiskriminierungsrecht auch *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 5), S. 355 ff.; *M. Hong*, Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts: Würde, Gleichheit, Freiheit und Demokratie, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht (Fn. 9), S. 67 ff.

44 Nur wenige persönlichkeitsrechtliche Rekonstruktionsangebote reflektieren diese strukturelle Dimension des Diskriminierungsunrechts, insb. *Rödl/Leidinger*, Diskriminierungsschutz (Fn. 41), S. 934 f.

45 So auch *Grünberger*, Personale Gleichheit (Fn. 5), S. 555.

Zuschnitt des Anwendungsbereichs des AGG auf den rechtsgeschäftlichen Bereich.

Entscheidend ist aber, dass trotz – oder vielleicht wegen – ihrer nur begrenzten Fähigkeit, Diskriminierungsverbote zu tragen, die persönlichkeitsrechtliche Lesart weithin als alternativlos präsentiert wird. Nur wenn Diskriminierungsverbote im Kern als Integritätsschutz rekonstruiert würden, stünden sie im Einklang mit dem überkommenen Zivilrechtssystem. Alternativ käme nur in Betracht, das AGG entweder als Instrument von Verteilungs- oder Sozialpolitik oder als Mittel moralpädagogischer Verhaltenssteuerung zu verstehen.<sup>46</sup> Beide Lesarten liefen auf eine unzulässige Instrumentalisierung des Zivilrechts für im Kern öffentlich-rechtliche Anliegen hinaus.<sup>47</sup> Auf ihrem Boden sei das AGG privatrechtsdogmatisch nicht zu verarbeiten. Es zeigt sich, wie eng die oben angerissenen Grundlagenfragen mit der Frage der dogmatischen Verortung zusammenliegen: Der Persönlichkeitsschutz wird als alleinige Möglichkeit identifiziert, das AGG in das hergebrachte Haftungssystem des Zivilrechts zu integrieren und einen Bruch mit den grundlegenden Strukturen und moralischen Prämissen zu verhindern.<sup>48</sup>

#### IV. Nichtdiskriminierung als Rücksichtnahmepflicht

Hier soll eine Alternative zur deliktsrechtlichen Lesart angeboten werden. Diese besteht darin, die §§ 19 ff. AGG als Konkretisierung vor- bzw. außervertraglicher Rücksichtnahmepflichten – also als *culpa in contrahendo* (c.i.c.) – zu verstehen.<sup>49</sup> Es soll gezeigt werden: Diskriminierungsverbote können jenseits des Deliktsrechts privatrechtlich rekonstruiert werden, und dies ohne ihren emanzipatorischen Gehalt aufzugeben.

##### 1. Wesen der Rücksichtnahmepflichten

Kenner:innen der Materie mag es ironisch erscheinen, dass das AGG gerade mittels der Rekonstruktion als c.i.c. mit dem Zivilrecht versöhnt

---

46 Lobinger, Perspektiven (Fn. 39), 83 f.

47 Hartmann, AGG (Fn. 41), S. 104 ff. (Rn. 7 f.); Lobinger, Perspektiven (Fn. 39), 83 f.

48 So auch K. Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, Tübingen 2007, S. 1 (19).

49 In diese Richtung schon D. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000, S. 396 ff.

werden soll. Denn die Zivilrechtswissenschaft hatte jahrzehntelang ähnlich große Probleme, vor- und außervertragliche Rücksichtnahmepflichten in die zivilrechtlichen Grundstrukturen zu integrieren. Um die Diskriminierungsverbote als Rücksichtnahmepflicht rekonstruieren zu können, muss sich also zunächst Rechtsnatur und Funktion von Rücksichtnahmepflichten vor Augen geführt werden.

a) Einordnung nach dem Gesetz

Einmal von Rudolph von Jhering „entdeckt“,<sup>50</sup> wurde engagiert gestritten über die dogmatische Natur der sogenannten *culpa in contrahendo*.<sup>51</sup> Die Parallelen zur heute in Bezug auf Diskriminierungsverbote geführten Diskussion sind durchaus bemerkenswert: Auch Rücksichtnahmepflichten im geschäftlichen Kontakt waren auf den ersten Blick kaum zu vereinbaren mit einem auf Individualismus und Selbstverantwortung fußenden liberalen Privatrecht. So traf der Vorwurf der Verwirklichung einer privatrechtsfremden Sozialmoral beispielsweise auch Aufklärungspflichten.<sup>52</sup> Gleichzeitig herrschte lange Zeit Uneinigkeit darüber, wie Rücksichtnahmepflichten zivilrechtsdogmatisch einzuordnen seien. Es gab ein starkes deliktsrechtliches Lager<sup>53</sup> und insbesondere in der Frühphase der Auseinandersetzung auch eine Strömung, die die sogenannte *culpa in contrahendo* rechtsgeschäftlich<sup>54</sup> zu rekonstruieren versuchte.

---

50 R. v. Jhering, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, *JhJhb* 4 (1861) 1861, 1 ff.

51 Ausführlich nachzulesen bei J. Benedict, *Culpa in contrahendo*, Bd. 1, Historisch-kritischer Teil, Tübingen 2018.

52 Näher unten.

53 Stellvertretend C. v. Bar, *Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln u.a. 1980, S. 220 ff., 312 ff.; D. Medicus, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. 1, 1981, S. 479 (490 ff.); R. Thiemann, *Culpa in contrahendo: ein Beitrag zum Deliktsrecht*, Gelsenkirchen 1984, S. 29 ff.

54 Paradigmatisch H. Siber, *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, *JhJhb* 70 (1921), 223 (258 ff.); ferner H. Stoll, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, *LZ* 1923, 532 (544 f.); F.-S. Evans-v. Krbek, *Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens- oder Sorgfaltspflichtverletzungen?*, *AcP* 179 (1979), 85 (96 ff.).

Durchgesetzt hat sich schließlich eine dritte Idee, wonach die c.i.c. als Vertrauenshaftung zu verstehen ist.<sup>55</sup> Die Einordnung außervertraglicher Rücksichtnahmepflichten als Vertrauensschutz liegt heute auch dem Gesetz zugrunde. Seit der Schuldrechtsreform von 2001 haben Rücksichtnahmepflichten ihre Grundlage in §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. In der Sprache des Gesetzes beruht die Haftung aus c.i.c. auf einem „rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnis“ (§ 311 BGB), welches die Pflicht zur „Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ mit sich bringt (§ 241 Abs. 2 BGB). Für seine Entstehung ist ein geschäftlicher Kontakt ausschlaggebend, insbesondere die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder „die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut“ (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

Hier kann nicht allen Fragen nachgegangen werden, die sich mit Blick auf dieses „rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnis“ stellen.<sup>56</sup> Festzuhalten und für die weitere Argumentation von Interesse bleibt an dieser Stelle lediglich zweierlei: Erstens ist die *culpa in contrahendo* heute weit mehr als nur „Verschulden bei Vertragsverhandlungen“, sondern beinhaltet eine allgemeine Rücksichtnahmeverpflichtung im Rechtsgeschäftsverkehr, die weit in das Vorfeld von Vertragsschlüssen hineinreicht.<sup>57</sup> Diese Rücksichtnahmeverpflichtung hat, zweitens, offenbar ihren Grund im Vertrauensschutz.

## b) Rücksichtnahmepflichten als normativer Vertrauensschutz

Zentral für die Einordnung von Rücksichtnahmepflichten ist dementsprechend ihre Begründung mit dem Vertrauensgedanken. Auf jenen Begründungszusammenhang wird im Folgenden eingegangen, denn er ist aufklärungsbedürftig.<sup>58</sup> Der Vertrauensschutz ist, so die heute herrschende Auf-

---

55 Grundlegend *Ballerstedt*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), 501 ff.; *C.-W. Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

56 Vertiefend *Gather*, Ohne Ansehen (Fn. 6), § 4.

57 *V. Emmerich*, in: F. J. Säcker/R. Rixecker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl., München 2022, § 311 Rn. 47 ff.

58 Dies ist vielfach und zu Recht kritisiert worden, s. *G. Frotz*, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in: C. Faistenberger/H. Mayrhofer (Hrsg.), Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Aalen 1969, S. 163 (170): Die These, die c.i.c. rechtfertige sich aus dem Vertrauensgedanken, sei „niemals überzeugend be-

fassung, der tragende Legitimationsgedanke für die besondere Rücksichtnahmeverpflichtung im rechtsgeschäftlichen Kontakt.<sup>59</sup> Aber weiter reicht die Auskunft häufig nicht. Der Zusammenhang von Vertrauen und Pflicht muss also erhellt werden, und dies nicht zuletzt mit Blick auf die hier zentrale These. Denn auf den ersten Blick mag es nicht gerade einleuchten, dass Diskriminierungsverbote etwas mit Vertrauen zu tun haben sollen. Wer häufig Diskriminierungserfahrungen macht, wird regelmäßig gerade *nicht* darauf vertrauen, beim Zugang zu Waren und Dienstleistungen nicht diskriminiert zu werden.

#### aa) Vertrauen als normative Verhaltenserwartung

Damit angesprochen ist jedoch ein verbreitetes Missverständnis über den zivilrechtlichen Vertrauensschutz. Dieses Missverständnis besteht darin, das haftungsbegründende Vertrauen bestehe in natürlichem, also psychologisch nachweisbarem, Vertrauen. Das trifft aber jedenfalls für den außervertraglichen Vertrauensschutz, wie er in §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB geregelt ist, nicht zu. Rücksichtnahmepflichten gründen nicht auf den Schutz tatsächlich-psychologischen Vertrauens. Ich bin nicht verpflichtet zu Rücksichtnahme, *weil* – und folgerichtig nur *wenn* – mir die andere Seite im geschäftlichen Kontakt in besonderem Maße vertraut, etwa weil ich eine besonders vertrauenswürdige Person bin oder diesen Ruf habe. Ich kann im Gegenteil gerade dann zur Rücksichtnahme verpflichtet sein, wenn sie mir misstraut.

Denn verstanden als psychologisches Faktum ist Vertrauen als rechtliches Haftungskriterium völlig ungeeignet.<sup>60</sup> Das liegt einmal daran, dass Vertrauen in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit zu häufig vorkommt.

---

gründet worden“; sehr kritisch und sehr ausführlich *Benedict*, *Culpa in contrahendo* (Fn. 51); ferner *M. Frost*, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, Berlin 1981, spricht auf S. 43 von „erschreckenden Begründungslücken“; ebenso *M. Keller*, *Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung*, Berlin 2007, S. 19 ff.

59 *J. Busche*, *Anbahnung von Schuldverhältnissen*, in: Herresthal/Kaiser/Stoffels (Hrsg.), *Staudinger Eckpfeiler* (Fn. 41), S. 311 Rn. 13; *C. Herresthal*, in: B. Gsell/W. Krüger u.a. (Hrsg.), *beck-online Großkommentar*, 15. Februar 2024, § 311 Rn. 196; differenzierend *Emmerich* (Fn. 57), § 311 Rn. 43.

60 Kritisch auch *Benedict*, *Culpa in contrahendo* (Fn. 51), S. 457 ff.; *Frotz*, *culpa in contrahendo* (Fn. 58), S. 171; *J. Gernhuber*, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen 1989, S. 179; *Keller*, *Rechtskreisöffnung* (Fn. 58), S. 90 ff.; *J. Köndgen*, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen 1981, S. 98, 115; *E. Picker*, *Positive Forderungsverletzung und culpa*

Als Haftungskriterium ernst genommen, müsste es eine unüberschaubare Verrechtlichung diverser Sozialbeziehungen zur Folge haben. Zum anderen überzeugt der Begründungszusammenhang von tatsächlichem Vertrauen und Rücksichtnahmeverpflichtung schon theoretisch nicht. In moralischer Hinsicht mag es zutreffen, dass zu besonderer Rücksicht verpflichtet ist, wer besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt. Weshalb aber aus Vertrauen eine *zivilrechtliche* Pflicht folgen soll, bedarf einer anderen Begründung.

Die Verpflichtung zu rücksichtsvollem Verhalten kann also nicht allein damit begründet werden, dass mir eine Person im Einzelfall *tatsächlich* besonderes Vertrauen schenkt. Das ist heute weitestgehend anerkannt.<sup>61</sup> Der außervertraglichen Vertrauenshaftung geht es vielmehr um einen normativen Begriff von Vertrauen. Geschützt wird das Vertrauen darin, dass sich mein Gegenüber im rechtsgeschäftlichen Kontakt redlich verhält,<sup>62</sup> also: Rücksicht nimmt auf meine Rechte, Rechtsgüter und Interessen. Das haftungsbegründende „Vertrauen“ wird daher treffend auch als *normative Verhaltenserwartungen* bezeichnet.<sup>63</sup> Die c.i.c. – genauer die außervertragliche Rücksichtnahmeverpflichtung – sichert diese Verhaltenserwartungen rechtlich ab. Das so verstandene Vertrauen ist normativ, weil es nicht darum geht, ob tatsächlich vertraut *wird*, sondern ob vertraut werden *darf*. Es wird insoweit auch von „Vertrauendürfen“ oder „legitimen Verhaltenserwartungen“ gesprochen.<sup>64</sup> Der Vertrauensschutz ist schließlich auch deshalb normativ, weil wir vertrauen *müssen*, um überhaupt miteinander in Kontakt zu treten. Nur wenn ich meinem Gegenüber vertraue, dass er oder

---

in contrahendo, AcP 183 (1983), 369 (421 ff.); *ders.*, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1041 (1046).

61 Ausdrücklich selbst C.-W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: C.-W. Canaris/ K. Schmidt u.a. (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof, München 2000, Bd. I, S. 129 (195).

62 *Busche* (Fn. 59), S. 311 Rn. 14; ferner *K. Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, Bd. I, S. 106.

63 *M. Bohrer*, Die Haftung des Dispositionsgaranten, Ebelsbach 1980, S. 92 f.; *Frost*, Schutzpflichten (Fn. 58), S. 82; *Köndgen*, Selbstbindung (Fn. 60), S. 116; *W. Küpper*, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen, Berlin 1988, S. 36; *Larenz*, Schuldrecht (Fn. 62), S. 106; *ders.*, Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“, in: *W. Flume/P. Raisch/E. Steindorff* (Hrsg.), Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag, S. 397 (414); *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, München 1993, S. 103–105; *ders.*, Die Dogmatik der Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, in: *H. Grigoleit/J. Petersen* (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 425 (444); *W. Thiele*, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 (652).

64 *Köndgen*, Selbstbindung (Fn. 60), S. 116.

sie Rücksicht nimmt auf mich, lasse ich mich auf den Kontakt überhaupt erst ein. Vertrauensschutz ist also Voraussetzungsschutz. Er sichert die Voraussetzungen dafür, dass Menschen miteinander in Kontakt treten können.

## bb) Absicherung gleicher rechtsgeschäftlicher Autonomie

Vor diesem Hintergrund werden Rücksichtnahmepflichten häufig eher funktionalistisch erklärt. Danach sollen Rücksichtnahmepflichten der Ermöglichung eines reibungslosen Rechtsgeschäftsverkehrs dienen.<sup>65</sup> Der Rechtsgeschäftsverkehr sei auf den Schutz von Verhaltenserwartungen angewiesen, weil er sonst untragbar durch permanentes Misstrauen behindert würde. Rücksichtslosigkeit sei nicht zu vereinbaren mit einer Gemeinschaft, „die auf den möglichst störungsfreien, gefahrlosen Ablauf des rechtsgeschäftlichen Verkehrs angewiesen ist und sich eine ihren lebenswichtigen Bedürfnissen entsprechende Privatrechtsordnung schaffen muss“.<sup>66</sup> Der rechtliche Schutz des Vertrauens in rücksichtsvolles Verhalten anderer Teilnehmer:innen des geschäftlichen Verkehrs sei damit eine Funktionsbedingung des Rechtsgeschäftsverkehrs.<sup>67</sup>

An dieser funktionalistischen Betrachtung ist prinzipiell nichts auszusetzen, aber sie greift etwas zu kurz. Denn auf einer tieferen Ebene geht es um die Ermöglichung gleicher Freiheit in gegenseitiger Abhängigkeit. Dies sei im Folgenden erläutert.

Das Privatrecht ist eine Ordnung, in deren Zentrum die Idee gleicher Freiheit steht.<sup>68</sup> Das Rechtsgeschäft ist dabei *das* Mittel des Privatrechts,

---

65 Frost, Schutzpflichten (Fn. 58), S. 82; Frotz, culpa in contrahendo (Fn. 58), S. 174; Küpper, Scheitern von Vertragsverhandlungen (Fn. 63), S. 38 ff.; Larenz, Schuldrecht (Fn. 62), S. 106; Larenz, culpa in contrahendo (Fn. 63), S. 41 f.; Singer, Vertrauenshaftung (Fn. 63), S. 444, 448; R. Welser, Das Verschulden bei Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 281 (284 f.); in diese Richtung auch F. Kamp, Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten, Wiesbaden 2020, S. 223; stärker rechtsökonomisch gewendet M. Lehmann, Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 1981, 1233 (1239).

66 Frotz, culpa in contrahendo (Fn. 58), S. 174. Zu dieser institutionellen Schutzrichtung des Vertrauensschutzes s. auch M. Weber, Haftung für in Aussicht gestellten Vertragsabschluss, AcP 192 (1992), 390 (419 f., insb. 420 Fn. 155).

67 Singer, Vertrauenshaftung (Fn. 63), S. 448.

68 S. F. Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, Baden-Baden 2015.

um diese Freiheit auszuüben.<sup>69</sup> Das bürgerliche Recht als Ordnung gleicher Freiheit stattet seine Subjekte damit mit der Freiheit aus, die eigenen Angelegenheiten selbstbestimmt durch Rechtsgeschäft zu gestalten – das ist gemeint mit Privatautonomie. Diese Freiheit ist selbstlegitimierend<sup>70</sup>, weil und wenn sie gerade nicht instrumentell verstanden wird, also um ihrer selbst willen im Zentrum der Ordnung steht. Wir sind nicht in erster Linie frei, *um* bestimmte Dinge zu tun, oder weil so am effizientesten Bedürfnisse befriedigt und Güter verteilt werden. Bürgerlich-rechtliche Freiheit bedeutet in erster Linie Freiheit *von*, also insbesondere die Freiheit, niemandem gehorchen zu müssen und grundsätzlich selbst über den eigenen Freiheitsgebrauch entscheiden zu können.<sup>71</sup> Es ist die Freiheit, den *eigenen* Handlungsplänen nachgehen zu können. Es geht also um Autonomie. Das ist der Kern bürgerlich-rechtlicher Freiheit.<sup>72</sup>

Doch diese Freiheit – als Autonomie – ist mit der Herausforderung konfrontiert, dass sie in ihrer Verwirklichung essentiell von anderen Menschen abhängig ist. Damit angesprochen ist die Erkenntnis, dass Vertragsfreiheit immer nur im Zusammenwirken mit mindestens einer anderen Person zu realisieren ist.<sup>73</sup> Insofern liegt es von vornherein neben der Sache, die Gewährleistung von Willensfreiheit oder Willkür gegen Diskriminierungsverbote in Stellung zu bringen. Denn der Wille allein bewegt im Vertrag nichts. Es geht immer um die Vereinigung des eigenen Willens mit dem mindestens einer anderen Person. Vertragsfreiheit ist also inhärent abhängige Freiheit.<sup>74</sup>

---

69 Paradigmatisch *W. Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 1992, Bd. 2, S. 1, 23; außerdem *C.-W. Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, AcP 200 (2000), 273 (277); *J. Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023, S. 329; ausdrücklich bezogen auf die Funktion von Rücksichtnahmepflichten ferner *Welser*, Verschulden bei Vertragsschluss (Fn. 65), 284 f.

70 *Auer*, Materiale Gleichheit (Fn. 34), S. 70.

71 Prägnant *F. Rödl*, Gleiche Freiheit und Austauschgerechtigkeit, in: M. Grünberger/N. Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, Tübingen 2017, S. 180.

72 Es sei betont, dass damit nichts über die Grenzen dieser Freiheit gesagt ist, die sich schon aus der Freiheit selbst, aber auch aus den (weiteren) Strukturelementen des Privatrechts ergeben können.

73 In diese Richtung im Kontext von Diskriminierungsverboten auch *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit (Fn. 5), S. 97 f.; *D. Looschelders*, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, 105 (106); *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit (Fn. 49), S. 347 ff.

74 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit (Fn. 5), S. 95 ff. spricht in diesem Zusammenhang von Vertragsfreiheit als „immanent gebundener“ Freiheit. Allgemein zu relatio-

Rücksichtnahmepflichten liegt diese Idee tragend zugrunde. Rücksichtnahme ist Ermöglichungsbedingung, dass sich Privatrechtssubjekte vertrauensvoll in die Abhängigkeit eines Gegenübers begeben können, die darin liegt, dass sie in der Verwirklichung ihrer rechtsgeschäftlichen Autonomie aufeinander angewiesen sind.

### cc) Besondere Vulnerabilität im rechtsgeschäftlichen Kontakt

Dieser grundlegende Gedanke spiegelt sich auch im Gesetz. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB spricht von der „Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ „im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung“. Es ist auch hier anerkannt, dass die „besonderen Einwirkungsmöglichkeiten“ zentral sind für die Rechtfertigung von Rücksichtnahmepflichten.<sup>75</sup> Doch auch an dieser Stelle bleibt das Wesentliche allzu häufig unausgesprochen – nämlich die Antwort auf die Frage: Worin besteht der Legitimationszusammenhang genau? Weshalb folgt aus „besonderen Einwirkungsmöglichkeiten“ die Pflicht zur Rücksichtnahme? Die Antwort könnte schließlich auch lauten: aus Fremdverantwortung, etwa weil mein Gegenüber zu schwach ist, sich selbst zu schützen. Der Vorwurf „sozialer“, „zivilrechtsfremder“ Gerechtigkeit wäre im Raum.

Wer so denkt, verfehlt aber den eben angerissenen tieferen Sinn von Rücksichtnahmepflichten im Rechtsgeschäftsverkehr. Denn der Formel der „besonderen Einwirkungsmöglichkeiten“ liegt die eben angesprochene inhärente Abhängigkeit rechtsgeschäftlicher Autonomie zugrunde. Wir sind, wie erläutert, in der Ausübung unserer rechtsgeschäftlichen Autonomie immer abhängig von anderen. Wir müssen uns auf andere einlassen, um eigene Handlungspläne zu realisieren. Ferner werden wir – und das ist in § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB angesprochen – in dem Moment, in dem wir uns auf andere einlassen, verletzlicher, vulnerabler. In Kontakt zu treten, bedeutet, die eigene Isolation aufzugeben und sich in Bezug auf ein bestimmtes Gegenüber verletzlich zu machen. Diese spezifische Vulnerabilität ist angesprochen, wenn § 311 Abs. 2 BGB von „besonderen Einwirkungsmöglichkeiten“ spricht und zwar präzise „im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäft-

---

nen Konzepten von Autonomie *D. Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, S. 132 ff. m.w.N.

<sup>75</sup> *Herresthal* (Fn. 59), § 311 Rn. 291.

liche Beziehung“. Die besonderen Einwirkungsmöglichkeiten sind also eine Umschreibung der besonderen Vulnerabilität im geschäftlichen Kontakt.<sup>76</sup>

Rücksichtnahmepflichten tragen dieser Abhängigkeit und zugleich Vulnerabilität Rechnung. Um die Voraussetzungen zu gewährleisten, dass sich Personen trotzdem aufeinander (rechtsgeschäftlich) einlassen, bedarf es des Schutzes des Vertrauens, dass das Gegenüber auf die eigene Vulnerabilität Rücksicht nimmt. Rücksichtnahmepflichten sichern diese legitime Verhaltenserwartung rechtlich ab. Damit ermöglichen sie einerseits einen funktionsfähigen Rechtsgeschäftsverkehr. In erster Linie stellen sie aber Ermöglichungsbedingungen<sup>77</sup> rechtsgeschäftlicher Autonomie dar. Rücksichtnahmepflichten konkretisieren, welches Verhalten wir voneinander erwarten dürfen, wenn wir uns als freie Gleiche im Rechtsgeschäftsverkehr begegnen.<sup>78</sup> Treffend hat Canaris die zivilrechtliche Vertrauenshaftung in diesem Sinne bezeichnet als „Haftung kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr“.<sup>79</sup>

### c) Zwischenfazit

Es lassen sich also zwei Strukturmerkmale des vor- und außervertraglichen Vertrauensschutzes festhalten. Erstens, der Vertrauensschutz dient nicht dem Schutz tatsächlichen Vertrauens, sondern dem Schutz normativer Verhaltenserwartungen. Zweitens, der Schutz dieser normativen Verhaltenserwartung legitimiert sich durch den Umstand, dass die rechtsgeschäftliche Freiheit eine abhängige ist. Rücksichtnahmepflichten reagieren auf die spezifische Vulnerabilität, die sich aus der (notwendigen) Aufgabe der eigenen Isolation und dem Einlassen auf eine:n Andere:n ergibt. Sie gewährleisten, dass wir uns trotz dieser Vulnerabilität in die spezifische Abhängigkeit einer anderen Person begeben, die darin besteht, dass wir in rechtsgeschäftliche

---

76 Der Vulnerabilität wird – inhaltlich gleichbedeutend – teils unter dem Stichwort der „Rechtskreisöffnung“ entscheidende Bedeutung in der Begründung von Rücksichtnahmepflichten zugemessen, vgl. *Frost*, Schutzpflichten (Fn. 58), S. 54; *Keller*, Rechtskreisöffnung (Fn. 58), S. 125 ff.

77 Der Begriff ist entliehen von *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 5), S. 394 f. (in Anschluss an Habermas). Ermöglichungsbedingungen sind gerade keine „Gelingensgarantie“, sondern die rechtliche Absicherung von Mindestvoraussetzungen für das tatsächliche Gelingen eines Ideals.

78 *D. Medicus/J. Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg 2016, bezeichnen Rücksichtnahmepflichten treffend als den „Kodex des richtigen Verhaltens“ im Rechtsgeschäftsverkehr (dort Rn. 445).

79 *Canaris*, Vertrauenshaftung (Fn. 55), S. 442 f.

Beziehung treten (wollen). Vertrauen in die Einhaltung bestimmter Verhaltensstandards ist also Ermöglichungsbedingung, um sich (vertrauensvoll) im Rechtsgeschäftsverkehr begegnen zu können.

## 2. Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr als Rücksichtnahmepflichten

Wird der (vor- bzw. außervertragliche) Vertrauensschutz so verstanden, fällt die Einordnung von Diskriminierungsverboten als gesetzgeberische Konkretisierung von allgemeinen Rücksichtnahmepflichten leicht.

### a) Diskriminierungsschutz als normative Verhaltenserwartung

Genau wie Rücksichtnahmepflichten sichert die Pflicht zur Nichtdiskriminierung eine normative Verhaltenserwartung ab. Diese normative Verhaltenserwartung besteht darin, bei öffentlich angebotenen Gütern nicht aufgrund einer der in § 19 Abs. 1 AGG genannten Diskriminierungskategorien vom Zugang zum Vertrag ausgeschlossen zu werden. Wenn Rücksichtnahmepflichten ausweisen, welches Verhalten erwartet werden darf, wenn Privatrechtssubjekte in (potentiell) rechtsgeschäftlichen Kontakt treten, dann ist es auf Antrieb einleuchtend, die Abwesenheit von Diskriminierung zu jenen schützenswerten Redlichkeitserwartungen zu zählen.<sup>80</sup>

### aa) Anlass: Teilnahme am Rechtsgeschäftsverkehr

Die konkrete gesetzliche Fassung des Anwendungsbereichs des allgemein zivilrechtlichen Anwendungsbereichs stützt diese Lesart. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG greifen die Diskriminierungsverbote des AGG beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Nach herrschender Meinung steht ein Gut „der Öffentlichkeit zur Verfügung“, sobald die Verpflichteten die Ware öffentlich

---

80 So schon *J. Kandler*, Sanktionsregelungen für Verstöße gegen die EG-Gleichbehandlungsrichtlinie, Heidelberg 2003, S. 115; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit (Fn. 49), S. 404 f.

angeboten haben.<sup>81</sup> Exemplarisch hierfür ist das Anbieten auf einer Webseite, das Auslegen der Ware in einem Laden oder Annoncen in Zeitungen. Davon umfasst sind auch *invitationes ad offerendum*.<sup>82</sup> Wer also einmal öffentlich seine Bereitschaft signalisiert hat, über eine bestimmte Ware ins Geschäft kommen zu wollen, ist an Diskriminierungsverbote gebunden.

Es ist herausgestrichen worden, dass das öffentliche Anbieten der Ware für die Rechtfertigung der Nichtdiskriminierungspflicht entscheidend ist. Das öffentliche Angebot erwecke die Erwartung, dass das Geschäft auch zu den Bedingungen des Marktes zugänglich ist. Manche meinen sogar, dass mit dem öffentlichen Angebot ein „Versprechen merkmalsneutraler Entscheidung“<sup>83</sup> einhergehe, das die Anbietenden qua Selbstbindung verpflichte<sup>84</sup>. Dieses Versprechen ist freilich kein rechtsgeschäftlich bindendes. Die Erwartung ist auch keine, die die Anbietenden notwendig erwecken *wollen*. Einige mögen sich innerlich oder sogar explizit gerade vorbehalten, mit bestimmten Personen, die sie einer der § 1 AGG-Kategorien zuordnen, nicht zu kontrahieren – ohne dass dies sie von der Nichtdiskriminierungspflicht befreit. Denn Nichtdiskriminierung ist eine Erwartung, die die Anbietenden mit ihrem Auftreten auf dem Markt normativ bindet.

Diese Struktur teilt die Nichtdiskriminierungserwartung mit den allgemeinen Rücksichtnahmepflichten: Diese konstituieren eine spezifische Verhaltensordnung für den Rechtsgeschäftsverkehr, welcher sich die Teilnehmenden nicht entziehen können. Es handelt sich bei der Nichtdiskriminierungserwartung, wie sie Dagmar Schiek bereits zutreffend beschrieben hat, um eine derjenigen „erweiterten Verhaltenserwartungen an ein geschäftliches Agieren in der gesellschaftlichen Öffentlichkeit des Marktes“.<sup>85</sup>

---

81 Für viele C. *Armbrüster*, in: P. Westermann/B. Grunewald/G. Maier-Reimer (Hrsg.), *Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 16. Aufl., Köln 2020, § 2 AGG Rn. 27; B. *Franke*, in: W. Däubler/T. Beck (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar*, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 2 Rn. 59.

82 G. *Thüsing*, in: *Münchener Kommentar* (Fn. 57), § 2 AGG Rn. 28; U. *Wendeling-Schröder/A. Stein*, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Kommentar*, München 2008, § 19 Rn. 8.

83 O. *Mörsdorf*, *Ungleichbehandlung als Norm*, Tübingen 2018, S. 247.

84 E. *Picker*, *Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht*, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, Karlsruhe 2005, S. 7 (30).

85 *Schiek*, *Differenzierte Gerechtigkeit* (Fn. 49), S. 406.

bb) Normativität der Nichtdiskriminierungserwartung

Die Normativität der Nichtdiskriminierungserwartung findet ferner Ausdruck an einer weiteren entscheidenden Stelle im AGG. Nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist der Diskriminierungsschutz grundsätzlich beschränkt auf sogenannte Massengeschäfte.<sup>86</sup> Massengeschäfte sind solche Geschäfte, die „typischerweise ohne Ansehen der Person (...) zustande kommen“. Diese Bestimmung wird häufig missverstanden dahingehend, dass Geschäfte „ohne Ansehen der Person“ nur jene umfassen sollen, bei denen der Vertragsschluss gänzlich standardisiert abläuft, weil es für die Anbietenden vollkommen ohne Belang ist, wer Vertragspartner:in wird. Erfasst wären in dieser Lesart lediglich Verträge beispielsweise im Supermarkt oder andere anonyme Alltagsgeschäfte. Nicht erfasst wären hingegen insbesondere Mietverträge über Wohnraum, denn Mieter:innen werden in der Regel anhand vielfältiger Kriterien, also „in Ansehen“ ihrer Person, ausgewählt. Eine solche Lesart passt schon aus systematischen Gründen nicht, denn § 2 Abs. 1 Nr. 8 nennt explizit „Wohnraum“ als ein Gut, welches in den Anwendungsbereich des AGG fällt.

Richtigerweise ist das Merkmal „ohne Ansehen der Person“ daher normativ zu verstehen.<sup>87</sup> Laut der Regierungsbegründung wird ein Schuldverhältnis ohne Ansehen der Person begründet, wenn *gerade die in § 1 AGG genannten Merkmale* keine Rolle spielen.<sup>88</sup> Die Formel der Regierungsbegründung hat nur dann einen guten Sinn, wenn sie normativ verstanden wird. Denn es kann nicht darauf ankommen, bei welchen Geschäften *tatsächlich* nicht nach den Diskriminierungskategorien differenziert wird. Dann bestünde Diskriminierungsschutz gerade dort nicht, wo besonders stark diskriminiert wird: Wo beispielsweise typischerweise nach Geschlecht oder Herkunft differenziert wird, griffe das Diskriminierungsverbot nicht.<sup>89</sup>

86 Das Erfordernis des Massengeschäfts gilt indes nicht für rassistische Diskriminierungen, s. § 19 Abs. 2 AGG.

87 So auch *Mörsdorf*, Ungleichbehandlung (Fn. 83), S. 247; *G. Wagner/N. Potsch*, Haftung für Diskriminierungsschäden, JZ 2006, 1085 (1097).

88 BT-Drs. 16/1780, S. 41; zustimmend *J.C. Dammann*, Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, Berlin 2005, S. 351; *Looschelders*, Schutz vor Diskriminierung (Fn. 73), 108.

89 *O. Mörsdorf*, in: BeckOGK (Fn. 59), § 19 AGG Rn. 31; *T. Pfeiffer*, Antinomien im Gleichbehandlungsrecht, in: A. Heldrich/J. Prölss/I. Koller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 981 (989); *Thüsing* (Fn. 82), § 19 AGG Rn. 17.

Der Begriff „ohne Ansehen der Person“ ist daher – ganz im Sinne des normativen Vertrauensschutzes – so zu verstehen, dass bei der Begründung, Durchführung und Beendigung die in § 19 Abs. 1 AGG genannten Gründe keine Rolle spielen *dürfen*.<sup>90</sup>

Dass die Geschäfte „ohne Ansehen der Person“ geschlossen werden, sagt also aus: Aus Perspektive des bürgerlichen Rechts darf das Ansehen der Person, sofern es geschützte Merkmale betrifft, bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von Schuldverhältnissen – also im rechtsgeschäftlichen Verkehr – keine Rolle spielen. Denn das dürfen (potentielle) Vertragspartner:innen im Sinne des Vertrauensschutzes erwarten. Wer mit Geschäftseröffnung den Rechtsgeschäftsverkehr betritt, ist verpflichtet zu rücksichtsvollem Verhalten. Dazu gehört, nicht zu diskriminieren.

#### b) Diskriminierungsschutz als Ermöglichungsbedingung rechtsgeschäftlicher Autonomie

Oben wurde herausgearbeitet, dass Rücksichtnahmepflichten dem Umstand Rechnung tragen, dass die bürgerlich-rechtliche Freiheit mit der inhärenten Herausforderung konfrontiert ist, in ihrer Verwirklichung auf andere Menschen angewiesen zu sein. Indem Rücksichtnahmepflichten auf die spezifische Vulnerabilität im rechtsgeschäftlichen Kontakt reagieren, stellen sie Ermöglichungsbedingungen rechtsgeschäftlicher Autonomie dar.

Dies trifft auch auf Diskriminierungsverbote zu. Von Diskriminierung Betroffene machen überproportional häufig die Erfahrung, vom Versprechen gleicher Freiheit de facto ausgeschlossen zu werden, weil ihnen ein Vertragsschluss verwehrt wird – sei es der Mietvertrag, der Veranstaltungsraum oder der Einlass in die Diskothek. Diskriminierungsbetroffene bekommen die spezifische Vulnerabilität in der Abhängigkeit von anderen also besonders empfindlich zu spüren. Diskriminierungsverbote folgen damit genau der Idee von Rücksichtnahmepflichten. Sie halten den Zugang zum Vertrag frei von diskriminierenden Beschränkungen. Hier wie dort geht es um die Ermöglichung der Verwirklichung von Freiheit in Abhängigkeit von anderen.

In der Rekonstruktion als Rücksichtnahmepflicht wird damit das spezifische Unrecht von Diskriminierungen erfolgreich in die deontologische

---

90 So auch *Mörsdorf*, Ungleichbehandlung (Fn. 83), S. 247; *Wagner/Potsch*, Diskriminierungsschäden (Fn. 87), 1097.

Sprache des bürgerlichen Rechts übersetzt.<sup>91</sup> Diese Übersetzung gelingt deliktsrechtlichen Rekonstruktionen, wie oben angedeutet, nicht. Sie müssen das Unrecht der Diskriminierung auf die Persönlichkeitsverletzung reduzieren, die mit Diskriminierungen im allgemeinen Zivilrechtsverkehrs einhergehen kann, aber nicht muss. Verstanden als Rücksichtnahmepflichtverletzung werden demgegenüber weitere Facetten des Unrechts abgebildet. Es geht nicht (allein) um eine Herabwürdigung oder die Negation der eigenen Individualität. Schließlich kann es auch verletzend sein, wenn beispielsweise ein Vertragsschluss aufgrund von Missfallen der Frisur des Gegenübers verweigert wird. Solche persönlichen Präferenzen sind aber grundsätzlich hinzunehmen. Bei Diskriminierung geht es aber um mehr als nur individuelle Willkür, die alle Marktteilnehmer:innen treffen kann. Es geht um die Verweigerung von Teilhabe aufgrund strukturell wirkender Hierarchieverhältnisse, um Exklusion. Ein Paradefall solcher Exklusion ist der diskriminierend verweigerter Vertragsschluss.<sup>92</sup> Jede diskriminierende Vertragsverweigerung wirkt an diesem System von Ein- und Ausschlüssen mit und perpetuiert gesellschaftliche Strukturen von Hierarchie und Ungleichheit. Wie jede Diskriminierung ist sie Ausdruck historischer Benachteiligung, bewirkt Exklusion und beruht auf Hierarchisierungen, die sie zugleich fortschreibt.<sup>93</sup>

In dieser strukturellen Dimension liegt das Problem für die rechtsgeschäftliche Autonomie, die in ihrer Verwirklichung, wie erläutert, abhängig ist. Diskriminierende Praktiken wirken als Barrieren beim Zugang zur rechtsgeschäftlichen Selbstverwirklichung. Jede rechtsgeschäftliche Interaktion ist für Diskriminierungs Betroffene mit der Gefahr behaftet, von Exklusionsmechanismen betroffen zu sein, gegenüber welchen sie ohnmächtig sind. Das allgemein zivilrechtliche Diskriminierungsverbot hält die Verpflichteten dazu an, auf diese spezifische Vulnerabilität Rücksicht zu nehmen. Die §§ 19 ff. AGG besagen aus dieser Perspektive: Auch von Diskriminierung betroffene Menschen haben die gleiche Freiheit wie alle anderen, sich vertrauensvoll rechtsgeschäftlich auf andere Private einzulassen.

---

91 Zu dieser Herausforderung und dem damit verbundenen Risiko von Übersetzungsverlusten A. Somek, Neoliberale Gerechtigkeit: Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts, DZPhil 51 (2003), 45 (insb. 48 ff.), wenn auch ausgehend von einem teleologischen Verständnis von Antidiskriminierungsrecht, das hier nicht geteilt wird.

92 Vgl. Reinelt, Soziale Inklusion (Fn. 5), S. 182 ff.

93 S. Baer, Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht (Fn. 9), S. 223 (253 ff.).

### c) Ergebnis

Die § 19 ff. AGG – das ist das Ergebnis – können als gesetzliche Konkretisierung außervertraglicher Rücksichtnahmepflichten nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB verstanden werden. Sie stellen keinen Fremdkörper im BGB dar. Die Gesetzgebung hat schlicht erkannt, dass tradierte Hierarchien der Ungleichheit ein normatives Problem für die rechtsgeschäftliche Autonomie sind, und dies mit dem AGG zum Ausdruck gebracht.

## V. Schlussbetrachtung

Abschließend sei der Ertrag dieser Rekonstruktion betrachtet.

### 1. Privatrechtstheoretischer und -dogmatischer Ertrag

Die Rekonstruktion des allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes als Vertrauensschutz vollzieht eine Standortbestimmung von Antidiskriminierungsrecht im Privatrecht. Sie tut dies in bester Tradition der Rechtsdogmatik, deren Kernaufgabe es ist, das geltende Recht ernst zu nehmen, als einheitliche Ordnung zu begreifen und auf seinen tieferen Sinn hin zu befragen. Das geltende Recht dient dabei sowohl als allererster Bezugspunkt als auch als Prüfmaßstab für das Ergebnis.

#### a) Diskriminierungsverbote als Teil der Privatrechtsmoral

So zeigte sich: Die Diskriminierungsverbote der §§ 19 ff. AGG können privatrechtsimmanent rekonstruiert werden. Sie fügen sich in die Grundstrukturen des liberalen Zivilrechts sein, indem sie als gesetzgeberische Konkretisierung von Rücksichtnahmepflichten im rechtsgeschäftlichen Kontakt verstanden werden. Sie bedeuten damit nicht das Ende des Privatrechts oder ein Bruch mit dessen grundlegenden Strukturen. Aus der hier eingenommenen Perspektive sind weder Rücksichtnahmepflichten im Allgemeinen noch Diskriminierungsverbote im Besonderen Ausdruck eines sozialetischen Prinzips der Fremdverantwortung, welches potentiell in

Konflikt mit dem Prinzip der Freiheit steht.<sup>94</sup> Es geht ihnen nicht darum, Menschen an *irgendeine* moralische Verantwortung gegenüber ihren Mitmenschen zu erinnern, die beliebig (z.B. verteilungspolitisch) motiviert sein kann. Rücksichtnahmepflichten beschreiben vielmehr, welches Verhalten wir voneinander erwarten dürfen, wenn wir uns als freie Gleiche im Rechtsgeschäftsverkehr begegnen, eben weil wir alle gleich sind in unserer Abhängigkeit voneinander. Aus dieser Perspektive zeigt sich, dass es mit der rechtsgeschäftlichen Autonomie nicht zu vereinbaren ist, wenn bestimmte Marktteilnehmer:innen von Zugang zu und Teilhabe an Tauschgeschäften strukturell ausgeschlossen werden. Die liberale Ordnung wird also „durch Diskriminierungsverbote nicht gefährdet, sondern verteidigt“.<sup>95</sup>

## b) Rekonstruktion als Auslegungshilfe

Die Erkenntnis, dass Diskriminierungsverbote zivilrechtsdogmatisch als besondere Rücksichtnahmeverpflichtung im Rechtsgeschäftsverkehr einzuordnen sind, bringt auch praktischen Gewinn. So ist die genaue Reichweite des allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 8, 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG derzeit umstritten. Die Rechtsanwenderin muss sich namentlich fragen: Wann stehen Güter und Dienstleistungen „der Öffentlichkeit zur Verfügung“? Unter welchen Umständen werden Geschäfte „ohne Ansehen der Person“ geschlossen? Wann hat das Ansehen der Person „nachrangige Bedeutung“? Weil diese Fragen in Rechtsprechung und Literatur aktuell ungeklärt sind, wird noch uneinheitlich beantwortet, ob und unter welchen Voraussetzungen beispielsweise bei Verträgen über (Wohn-)Raummiete, Kredite, ärztliche und andere therapeutische Dienstleistungen oder beim Besuch von Musikveranstaltungen der AGG-Diskriminierungsschutz greift.<sup>96</sup>

Werden die §§ 19 ff. AGG als Konkretisierung von Rücksichtnahmepflichten nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB verstanden, zeigt sich: Der An-

---

94 Sowohl Rücksichtnahmepflichten als auch Diskriminierungsverboten wurde dies unterstellt. Für Rücksichtnahmepflichten vgl. *Benedict*, Culpa in contrahendo (Fn. 51), S. 444; *Frotz*, culpa in contrahendo (Fn. 58), S. 173; für Diskriminierungsverbote u.a. *Lobinger*, Vertragsfreiheit (Fn. 20); *Picker*, Antidiskriminierung (Fn. 21); *Reichold*, Sozialgerechtigkeit (Fn. 1), 391.

95 *M. Coester*, Diskriminierungsschutz und Privatrechtssystem, in: Heldrich/Prölls/Koller u.a. (Hrsg.), Festschrift Canaris (Fn. 59), S. 115 (124).

96 Vertiefend *Gather*, Ohne Ansehen (Fn. 6), § 1.

wendungsbereich des allgemein zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots ist weit auszulegen. Weil Rücksichtnahmepflichten grundsätzlich bei jedem geschäftlichen Kontakt greifen, besteht bei all den genannten Verträgen die Pflicht, nicht zu diskriminieren. Die „Öffentlichkeit“, von der § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG spricht, meint also präzise den Rechtsgeschäftsverkehr. Das nur scheinbar engere „Massengeschäft“ i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist wie erläutert nur sinnvoll als normatives Merkmal zu begreifen. Denn im Rechtsgeschäftsverkehr gilt Pflicht zur Rücksichtnahme bei jeglichem geschäftlichen Kontakt, und nicht nur in einem engen Bereich vollständig standardisierter Geschäfte.<sup>97</sup>

## 2. Fazit: Ende der Vertragsfreiheit?

Dieser Beitrag startete mit der Beobachtung, dass das AGG als Disruption für das Privatrecht wahrgenommen wurde, weil mit privaten Diskriminierungsverboten die Vertragsfreiheit ihres Wesens beraubt werde. In ähnlicher Stoßrichtung wird vielfach vertreten, die Vertragsfreiheit der Anbietenden gebiete eine enge Auslegung des allgemein zivilrechtlichen Anwendungsbereichs des AGG.<sup>98</sup> Nur wenn ein weites geschäftliches Betätigungsfeld vom Diskriminierungsverbot verschont werde, bliebe den Anbietenden ein „Arcanum persönlicher Entscheidungsfreiheit“<sup>99</sup>

Wird nun das allgemein zivilrechtliche Diskriminierungsverbot als Konkretisierung allgemeiner Rücksichtnahmepflichten im Rechtsgeschäftsverkehr begriffen, verschiebt sich entscheidend die Perspektive. Zum einen wird deutlich, dass Diskriminierungsverbote die liberale Ordnung nicht gefährden, sondern verteidigen. Sie ermöglichen, dass auch von Diskriminierung Betroffene vertrauensvoll in rechtsgeschäftliche Beziehung treten können.

Akzeptiert man, dass Diskriminierungsverbote zu denjenigen Rücksichtnahmepflichten gehören, die auf dem Terrain des Rechtsgeschäftsverkehrs zivilrechtlich gelten, ist nicht einzusehen, weshalb rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit zu Diskriminierung berechtigen soll. Diskriminierungsschutz bedeutet nicht, dass Vertragspartner:innen nicht mehr nach viel-

---

97 Vertiefend *ebd.*, § 5.

98 Für viele *K. Adomeit/J. Mohr*, Kommentar zum AGG und zu anderen Diskriminierungsverboten, 2. Aufl., Stuttgart/München 2011, § 19 Rn. 160.

99 *Pfeiffer*, Antinomien (Fn. 89), 989 f.

fältigen Kriterien ausgesucht werden können. Es geht schlicht darum, bestimmte Kriterien auszusortieren, eben weil an sie anzuknüpfen rücksichtslos ist. Treffend ist in Bezug auf die allgemeine Rücksichtnahmepflichtung festgehalten worden, was folgerichtig auch für die Nichtdiskriminierungspflicht gilt: Die c.i.c. stellt nicht die (negative) Vertragsfreiheit infrage, sondern „es wird vielmehr nur eine Verhaltenshaftung anlässlich der Vertragsverhandlungen statuiert, die auf den Redlichkeitserwartungen des Verhandlungspartners basiert“.<sup>100</sup> Werden Diskriminierungsverbote als solch unabdingbare Verhaltensstandards im rechtsgeschäftlichen Verkehr verstanden, dürfte die Sorge um die Entscheidungsfreiheit also an Impetus verlieren.

---

100 *Busche* (Fn. 59), S. 328 Rn. 47.

