

## II. Die erste „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten 1976-2000

Das zweite Gleichheitsproblem wurde erst in den 1970er Jahren in Deutschland verstärkt diskutiert. Nachdem man geglaubt hatte, die von Art. 3 GG ausgelösten Irritationen erfolgreich überwunden zu haben, wurden Diskriminierungsverbote erneut zum Thema. Die Anstöße dazu kamen dieses Mal von „außen“ und dagegen richteten sich auch die eingesetzten Strategien zur weitgehenden Beibehaltung des *status quo*. Ich möchte diese These anhand von drei Entwicklungen darstellen: dem beginnenden Einfluss ausländischer Rechtsordnungen beim rechtsvergleichenden Zugang zum Problem, den gestiegenen Anforderungen des Völkerrechts an die Vermeidung von Rassendiskriminierung und schließlich den Konsequenzen der gemeinschaftsrechtlichen Verankerung der Gleichbehandlung der Geschlechter. Die Beispiele sollen nachweisen, dass die freiheitsrechtliche Bekämpfung von Diskriminierungen zwangsläufig zu Konflikten mit den gleichheitsrechtlichen Konzeptionen der Diskriminierungsverbote im ausländischen, inter- und supranationalen Recht führten. Langfristig gesehen setzten sich die gleichheitsrechtlichen Konzeptionen schließlich durch.

### 1. Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen – U.S.A. und Großbritannien

In der Diskussion über das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverboten lag es bereits in den 1960er Jahren nahe, den Blick auf die Entwicklungen in den U.S.A. zu lenken. Damit wurden im Ergebnis ganz unterschiedliche Zwecke verfolgt. Bei *Salzwedel* dient der rechtsvergleichende Streifzug primär der Illustration der spezifischen Probleme der Privatrechtswirkung von Gleichheitsrechten.<sup>458</sup> Ganz grundlegende Bedeutung kam der Behandlung des U.S.-Rechts dagegen in der Arbeit „Wirtschaft und Verfassung“<sup>459</sup> von *Horst Ehmke* zu. Er war einer der ersten, der die Drittwirkungsdebatte<sup>460</sup> im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit rassistischer Vereinbarungen Privater nach der *Shelley*-Rechtsprechung<sup>461</sup> für das deutsche Publikum erschloss.<sup>462</sup> *Ehmke* wollte damit zeigen, dass die Zurückhaltung des *Supreme Court* bei der Privatrechtswirkung des 14. Verfassungszusatzes erst den notwendigen politischen Handlungsspielraum für eine gesetzliche Regelung des Problems schuf. Er wies zugleich mit Nachdruck darauf hin, dass dieser Handlungsspielraum erst ermöglicht wurde, nachdem das Gericht seine in der *Lochner*-Ära erfolgte verfassungs-

458 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339 f.

459 *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961; siehe dazu die Rezension von *Mestmäcker*, DÖV 1964, 606 ff.

460 Siehe dazu oben § 4 I 2.

461 Dazu oben § 3 IV 2.

462 *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 647 ff.

rechtliche Verankerung eines Konzepts unbeschränkter Vertragsfreiheit<sup>463</sup> aufgegeben habe.<sup>464</sup> Die Rechtsvergleichung erfüllte hier also eine primär verfassungstheoretische Funktion.

Ganz klassisch, als Hilfsmittel für den Gesetzgeber, setzte sie *Jost Delbrück* ein, um die Möglichkeiten auszuloten, wie der deutsche Gesetzgeber seinen völkerrechtlichen Pflichten zur Beseitigung der Rassendiskriminierung<sup>465</sup> nachkommen könne.<sup>466</sup> Dabei griff er auf die jüngsten Entwicklungen der *Civil-Rights*-Gesetzgebung in den U.S.A.<sup>467</sup> und in Großbritannien zurück.<sup>468</sup> Dort wurde mit dem *Race Relations Act 1965*<sup>469</sup> ein in manchem dem U.S.-amerikanischen Vorbild nachgebildetes Diskriminierungsverbot geschaffen. Das Gesetz verbot die Diskriminierung ausschließlich „on grounds of colour, race, or ethnic or national origin“ in enumerativ aufgezählten *places of public resorts* wie Hotels, Restaurants, Cafés, Theatern, Kinos, Discos, Sportstätten und öffentlichen Transportmitteln, nicht aber in Einzelhandelsläden.<sup>470</sup> Diskriminierungen waren zunächst vor den *Race Relations Board* zu bringen, bevor zivilrechtliche Schritte dagegen unternommen werden konnten, die bis hin zu einer *injunction* des diskriminierenden Verhaltens – und damit zum Kontrahierungszwang – reichten.<sup>471</sup> Das Gesetz wurde bereits drei Jahre später vom *Race Relations Act 1968*<sup>472</sup> abgelöst.<sup>473</sup> Dieses Gesetz enthielt eine Definition des Diskriminierungsbegriffs, die unter dem Gesichtspunkt der positiven Diskriminierung nicht unproblematisch war,<sup>474</sup> erweiterte den sachlichen Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots erheblich, indem im Wesentlichen alle der Öffentlichkeit angebotenen oder zugänglichen Waren oder Dienstleistungen und der Bereich von Beschäftigung und Beruf erfasst wurden und sah Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich und Rechtfertigungen von Ungleichbehandlungen für das Wohnungswesen und das Arbeitsleben vor, die im Wesentlichen auf die dort gegeben besondere persönliche Nähe der Beteiligten zurückgeführt werden können.<sup>475</sup> Das Gesetz wur-

463 Dazu oben § 3 III 5 c).

464 *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 344 ff.

465 Dazu gleich unten § 4 II 2 b) und c).

466 *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 235 f.

467 Dazu oben § 3 IV 4.

468 *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 235, vgl. auch schon *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 177 ff.

469 1965 c.73; dazu *Hepple*, 29 Modern L. Rev. 306 (1966).

470 *Hepple*, 29 Modern L. Rev. 306, 808-809 (1966); ähnlich auch die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs im U.S.-Recht, sie oben § 3 IV 4 a).

471 *Hepple*, 29 Modern L. Rev. 306, 809-810 (1966).

472 1968 c.71, zugreifbar unter [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1968/pdf/ukpga\\_19680071\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1968/pdf/ukpga_19680071_en.pdf); dazu *Hepple*, 32 Modern L. Rev. 181 (1968).

473 Zum Vergleich beider Gesetze aus zeitgenössischer Perspektive *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 279 ff.

474 *Hepple*, 32 Modern L. Rev. 181, 182 (1968).

475 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 284 f.

de vom *Race Relations Act* 1976<sup>476</sup> abgelöst, der ein modernes Diskriminierungsrecht einführt und zum Vorbild des Gemeinschaftsrechts wurde. Mittlerweile trat der Equality Act 2010 an seine Stelle.<sup>477</sup>

In Deutschland war man zu Beginn der 1970er Jahre von einem allgemeinen Diskriminierungsverbot im Privatrecht nach den Vorstellungen des *Civil Rights Act* von 1964,<sup>478</sup> des *Fair Housing Act* von 1968<sup>479</sup> oder des *Race Relations Act* von 1968 weit entfernt. Auch das unter Rückgriff auf den *Civil Rights Act* von 1866 entwickelte und (kompetenzrechtlich) auf den 13. Verfassungszusatz basierende Verbot der Rassendiskriminierung,<sup>480</sup> kannte im damaligen deutschen Recht keine Parallelen. Bis auf *Nipperdeys* und *Leisners* Ansatz einer unmittelbaren Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 3 GG im Privatrecht,<sup>481</sup> bot das deutsche Verfassungsrecht nach damaligem Verständnis keine ausreichenden Mittel, die völkerrechtlichen Pflichten zur Beseitigung von Rassendiskriminierung auch im Privatrecht *de lege lata* vollständig zu verankern. Das lässt an *Delbrücks* Ausgangsthese zweifeln, nach der die Spannungslage zwischen Freiheit und Gleichheit in der amerikanischen und der deutschen Rechtsordnung aufgrund gleicher Wertvorstellungen in der Gesellschaft im Wesentlichen gleich zu beurteilen sei.<sup>482</sup> Geht man von den Wertvorstellungen aus, wie sie sich im positiven Recht niedergeschlagen haben, kommt man kaum umhin, erhebliche Unterschiede festzustellen. Die Bedeutung einer diskriminierungsfreien Gesellschaft bildete sich im deutschen Recht offensichtlich weniger deutlich ab als in den U.S.A. oder in Großbritannien. Der Grund dafür dürfte Anfang der 1970er Jahre noch darin gelegen haben, dass Deutschland im Unterschied zu diesen Ländern keine ethnisch heterogene Gesellschaftsstruktur aufwies und es daher nicht zum Zusammenprall einer weitgehend homogenen weißen Bevölkerungsschicht mit anderen Gruppen kam.<sup>483</sup> Das ist nicht zuletzt auch eine Spätfolge der Zeit zwischen 1933 und 1945. Die homogene Gesellschaftsstruktur der späten 1950er und der 1960er Jahre brach als Folge der massenhaften Anwerbung ausländischer Arbeitskräfte bereits Ende der 1960er Jahre auf; ein Trend, der sich auch nach dem 1973 erklärten „Anwerbestopp“ aufgrund stetig steigender Ausländereinwanderung nach Deutschland verstärkte.<sup>484</sup> Das vertiefte die Spannungen im Verhältnis

476 1976 c.75; zugreifbar unter [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1976/pdf/ukpga\\_19760074\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1976/pdf/ukpga_19760074_en.pdf); dazu jetzt *Malik* in: *Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht*, § 4 Rn. 29 ff.

477 2010 c.15, zugreifbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

478 Dazu oben § 3 IV 4 a).

479 Siehe § 3 IV 4 b).

480 Dazu oben § 3 IV 3.

481 Anders aber die Einschätzung von *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 231 f, der allerdings die Möglichkeit von *Nipperdeys* Ansatz unterschätzt (dazu oben § 4 I 2 b)).

482 *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 235.

483 Zum Einfluss dieser Faktoren aus zeitgenössischer Sicht *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 19 ff.

484 Vertiefend *Herbert*, Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland, 2001, 223 ff.

von Deutschen und den „Ausländern“.<sup>485</sup> Zugespißt formuliert, hatte sich die Zusammensetzung der „Privatrechtsgesellschaft“ in diesen 20 Jahren erheblich verändert. Ihre Heterogenität wurde zunehmend sichtbar. Das zweite Gleichheitsproblem wurde also auch tatsächlich drängender.

Die Privatrechtswissenschaft reagierte darauf. Das lässt sich exemplarisch an der Schrift „Personale Freiheit und Soziale Bindung“ von *Hansjörg Otto* zeigen. Darin erfüllt die Rechtsvergleichung beide klassischen Funktionen: eine Auswahl zwischen rechtspolitischen Optionen zu erleichtern und Hilfsmittel bei der Auslegung nationalen Rechts zu sein. *Otto* vertrat darin die These, dass aus § 826 BGB ein allgemeiner Kontrahierungszwang folge, „wenn die Ablehnung des Vertragsschlusses als sittenwidrig zu bewerten ist“<sup>486</sup>. Darin sieht er gerade im Vergleich zur jüngsten englischen Gesetzgebung einen strukturellen Vorteil, weil eine Generalklausel flexiblere Lösungen als ein Spezialgesetz zulasse.<sup>487</sup> Aus denselben Erwägungen wurde auch vor Inkrafttreten des AGG statt eines Spezialgesetzes für eine Umsetzung an zentraler Stelle des BGB (§§ 134, 242) plädiert.<sup>488</sup> Die Lösung über § 826 BGB verlangte aber eine Konkretisierung der Sittenwidrigkeit. Weil man die Vertragsfreiheit nicht schlechthin unter das Toleranzgebot stellen könne, ohne den Freiheitsraum eines Bürgers auf Kosten des anderen Bürgers zu sehr auszudehnen,<sup>489</sup> war *Otto* zur Abwägung gezwungen. Er bestimmte die Sittenwidrigkeit einer Diskriminierung in einer Zusammenschau von „belastenden“ und „entlastenden Faktoren“, die er im Wesentlichen unter Rückgriff auf den *Race Relations Act* von 1968 und den verschiedenen U.S. *Civil Rights Acts* ermittelte.<sup>490</sup> Danach waren die wichtigsten „belastenden Faktoren“ die Bedeutung der angestrebten Rechtsbeziehung für den Betroffenen, insbesondere ob es sich um die Bereiche Arbeitsleben und Wohnung handelte, und der Öffentlichkeitsbezug der Diskriminierung. „Entlastend“ sollten der mit dem Vertrag herbeigeführte enge persönliche Kontakt und Tendenzbezüge des Diskriminierenden sein. Abgesehen von diesen Einschränkungen war eine Rassendiskriminierung nach *Otto* regelmäßig privatrechtlich über einen Kontrahierungszwang zu bekämpfen.<sup>491</sup> Das war 1978 noch eine Einzelmeinung; gegen Ende des hier behandelten Zeitraums wurde sie mehrheitsfähig.<sup>492</sup> *Ottos* Schrift steht beispielhaft für die These, dass man bereits in den 1970er Jahren die holzschnittartige Dichotomie von Privatautonomie oder Diskriminierungsschutz überwinden konnte. Das deutsche

485 Vgl. *Herbert*, Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland, 2001, 238 ff.

486 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 143, 34 ff.

487 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 146.

488 *Schulze*, Datum-Theorie und narrative Form, in: Jamye, Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, 2003, 155, 175 ff.

489 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 145, 140.

490 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 146 ff.

491 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 147 f.

492 Dazu unten § 4 II 4 b).

Recht bot mit den Generalklauseln unter Berücksichtigung der Privatrechtswirkung der Grundrechte beider Parteien Instrumente an, um zu differenzierten Ergebnissen zu gelangen. Das rechtsvergleichende Vorgehen „öffnete“ die Diskussion und ermöglichte es, auf die Wertungen in den insoweit ausgefeilteren Vorbildern im anglo-amerikanischen Recht zurückgreifen zu können. Nur zwingen konnte man den Rechtsanwender dazu nicht. Das vermochten nur Rechtsnormen im internationalen und im supranationalen Recht.

## 2. Einfluss des Völkerrechts am Beispiel des ICERD

### a) Überblick über die völkerrechtliche Entwicklung auf internationaler Ebene

Zu Beginn der 1970er Jahre existierte bereits ein – wie *Delbrück* es 1971 noch vorsichtig-zurückhaltend formulierte – „völkerrechtlicher Standard der Gleichstellung der Rassen“.<sup>493</sup> Den Wendepunkt des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes<sup>494</sup> setzte die Charta der Vereinten Nationen v. 26.6.1945.<sup>495</sup> Art. 1 Nr. 3 und Art. 55 lit. c UN-Charta verpflichten die Vereinten Nationen und deren Mitgliedstaaten (vgl. Art. 56 UN-Charta) zur „allgemeine[n] Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion“.<sup>496</sup> Damit formuliert die Charta das Diskriminierungsverbot als unmittelbar verbindliches völkerrechtliches Prinzip.<sup>497</sup> Der Internationale Gerichtshof legt „Rassendiskriminierung“ weit aus und versteht darunter „distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin“.<sup>498</sup> Die staatliche Errichtung und Durchsetzung solcher Differenzierungen ist als Verstoß gegen ein grundlegendes Menschenrecht „a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter“.<sup>499</sup> Jeden Staat trifft daher eine *erga omnes* wirkende völkerrechtliche Pflicht, Rassendiskriminierung zu vermeiden.<sup>500</sup> Von erheblicher entwicklungsgeschichtlicher Bedeutung ist die All-

493 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 39; einen neuen Überblick dazu gibt *Wolfrum*, Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: *Wolfrum*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 215, 218 ff.

494 *Cassese*, International Law, 2005, 377 ff; *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2008, 16 f.

495 BGBl. 1973 II S. 430.

496 Vgl. dazu *Giegerich* in: *Falke/Rust*, AGG, Einl. Rn. 24 ff.

497 *Wolfrum*, Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: *Wolfrum*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 215, 216.

498 IGH, Gutachten v. 21.6.1971 – *Rechtsfolgen der Präsenz Südafrikas in Namibia* = ICJ Reports 1971, 16 para. 131.

499 IGH, Gutachten v. 21.6.1971 – *Rechtsfolgen der Präsenz Südafrikas in Namibia* = ICJ Reports 1971, 16 para. 131.

500 IGH, Urt. v. 5.2.1970 – *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.* = ICJ Reports 1970, 3 para 33 f; zur Bedeutung dieser Qualifikation siehe statt vieler *Shaw*, International Law, 2008, 123 ff.

gemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948<sup>501</sup> (AEMR). Obwohl sie als Resolution der UN-Generalversammlung keine eigentliche Rechtsquelle ist,<sup>502</sup> wird sie mittlerweile von vielen als Menschenrechtskatalog mit teilweiser völkerrechtlicher Verbindlichkeit entweder als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht oder allgemeiner Rechtsgrundsätze aufgefasst.<sup>503</sup> Nach Art. 2 Abs. 1 AEMR hat jeder

*„Anspruch auf alle in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten, ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand“.*

Damit wird das in Art. 1 Nr. 3 UN-Satzung angelegte Diskriminierungsverbot konkretisiert und zugleich in zwei Richtungen hin ausgedehnt: Der Katalog der Diskriminierungsmerkmale wird erweitert und die Aufzählung wird bewusst nicht abschließend ausgestaltet („etwa nach“ „such as“).<sup>504</sup> Art. 7 AEMR konkretisiert den Grundsatz von gleicher Würde und Rechtsgleichheit in Art. 1 AEMR, indem er nach nicht unumstrittener Lesart sowohl einen allgemeinen Gleichheitssatz und ein Diskriminierungsverbot enthält.<sup>505</sup>

*„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Unterschied Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. Alle haben Anspruch auf gleichen Schutz gegen jede Diskriminierung, die gegen diese Erklärung verstößt, und gegen jede Aufhetzung zu einer derartigen Diskriminierung.“*

Auf internationaler Ebene wurden die Diskriminierungsverbote der AEMR mit dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (IPBPR)<sup>506</sup> völkervertragsrechtlich verpflichtend. Aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 IPBPR<sup>507</sup> folgt, dass es sich dabei lediglich um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot handelt. Danach darf der Staat bei Eingriffen in die vom Pakt geschützten Freiheitsrechte nicht aufgrund der genannten Merkma-

501 Resolution der UN-Vollversammlung Nr. 217 A (III) v. 10.12.1948, zugreifbar unter <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=ger> [Stand: 31.12.2012].

502 Zum Rechtscharakter der Resolutionen siehe *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2008, 202 ff; zur AEMR speziell *Nettesheim* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 173 Rn. 21.

503 Vgl. *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2008, 424 f; *Buergenthal/Thürer*, Menschenrechte, 2010, 30 f; zurückhaltend *Brownlie*, Principles of Public International Law, 2008, 559; aA *Cassese*, International Law, 2005, 381; vgl. auch den Überblick über den Meinungsstand bei *Hailbronner* in: Vitzthum, Völkerrecht, 3. Abschnitt Rn. 223 und vertiefend jetzt *Nettesheim* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 173 Rn. 38 ff.

504 *Giegerich* in: Falke/Rust, AGG, Einl. Rn. 30.

505 *Giegerich* in: Falke/Rust, AGG, Einl. Rn. 31 f.

506 BGBl. 1973 II S. 1533; UNTS Bd. 999, S. 171.

507 Der Wortlaut ist: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, *die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied* wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status *zu gewährleisten*.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

le diskriminieren.<sup>508</sup> Selbstständige Bedeutung kommt dagegen dem Diskriminierungsverbot in Art. 26 IPBPR<sup>509</sup> zu.<sup>510</sup> Es schützt gegen jede dem Staat zurechenbare Benachteiligung aus den genannten Gründen, auch außerhalb des Anwendungsbereichs der vom Pakt erfassten Freiheitsgarantien.<sup>511</sup> Aus dem Wortlaut („in dieser Hinsicht“) folgt, dass Art. 26 IPBPR keinen allgemeinen Gleichheitssatz enthält, sondern nur ein Diskriminierungsverbot statuiert. Dieses ist allerdings nicht abschließend gefasst („insbesondere“ und „sonstiger Status“).<sup>512</sup> Man kann das nicht abschließende Diskriminierungsverbot daher als funktionales Äquivalent zum allgemeinen Gleichheitssatz konzipieren.<sup>513</sup> Dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse und der Hautfarbe kommt darin erneut eine prominente Stellung zu. Die besondere Bedeutung der Rasse als verbotenes Diskriminierungsmerkmal im Völkerrecht unterstreicht schließlich das im Wesentlichen zeitgleich entstandene Internationale Übereinkommen v. 7.3.1966 zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (ICERD)<sup>514</sup>. Ich werde darauf gleich näher eingehen. Die damit erreichte völkervertragsrechtliche Verdichtung rechtfertigt es, das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rasse mittlerweile auch als einen Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts aufzufassen.<sup>515</sup> Ob das auch für das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ gilt, ist noch nicht sicher.<sup>516</sup> Art. 3 IPBPR zeigt bereits die schon 1966 auf internationaler Ebene gefestigte Bedeutung des Geschlechts als verbotenes Diskriminierungsmerkmal. Er betont die Pflicht der Vertragsstaaten, „die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller in diesem Pakt festgelegten bürgerlichen und politischen Rechte sicherzustellen.“ Diese Entwicklung erreichte ihren Höhepunkt mit dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung

508 *Giegerich* in: Falke/Rust, AGG, Einl. Rn. 36 ff; *Vedder* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 174 Rn. 13 f.

509 Art. 26 IPBPR lautet: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten.“

510 Grundlegend: Ausschuss für Menschenrechte, *Zwaan-de Vries v. the Netherlands*, Communication No. 182/1984, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40), 160 (1987) (zugreifbar unter [http://www.es.cr-net.org/usr\\_doc/HR's\\_Committee\\_Decision\\_-\\_Zwaan\\_de\\_Vries.html](http://www.es.cr-net.org/usr_doc/HR's_Committee_Decision_-_Zwaan_de_Vries.html)) [Stand: 31.12.2012]. Zur Entwicklung und Kritik an dieser Interpretation siehe *Dupuy*, Equality under the 1966 Covenants and in the 1948 Declaration, in: Wolfrum, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 149, 150 ff.

511 Vertiefend zum Unterschied zwischen akzessorischen und selbstständigen Diskriminierungsverboten im Völkerrecht *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2008, 395 ff.

512 Dazu *Giegerich* in: Falke/Rust, AGG, Einl. 40 ff.

513 Vgl. *König/Peters* in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 21 Rn. 21 (zum gleich gelagerten Problem bei Art. 14 EMRK).

514 BGBl. 1969 II S. 961; UNTS Bd. 660, S. 195.

515 *Kempen/Hillgruber*, Völkerrecht, 2007, § 50 Rn. 49; *Brownlie*, Principles of Public International Law, 2008, 572 f; *Shaw*, International Law, 2008, 286 f.

516 Daher offengelassen von *Shaw*, International Law, 2008, 286 f.

der Frau v. 18.12.1979<sup>517</sup> (CEDAW).<sup>518</sup> Von erheblicher praktischer Bedeutung für die Weiterentwicklung und Durchsetzung des internationalen Menschenrechtsschutzes sind die im IPBPR vorgesehenen sog. „vertragsbasierten Schutzmechanismen“.<sup>519</sup> Dazu zählt insbesondere die Institutionalisierung des Schutzes im Ausschusses für Menschenrechte (Art. 28 ff IPBPR). Dieser Ausschuss vertritt in ständiger Praxis eine Interpretation der Art. 2 Abs. 1, 3 und 26 IPBPR, wonach ihr Schutzzumfang deutlich über das Staat-Bürger-Verhältnis hinausreicht. Danach trifft den Vertragsstaat auch eine umfassende Pflicht, den Einzelnen vor diskriminierenden Handlungen privater Akteure zu schützen.<sup>520</sup> Der Wortlaut des Art. 26 IPBPR bietet für diese Interpretation zwar Anhaltspunkte, unumstritten ist diese Auffassung aber nicht geblieben.<sup>521</sup> Ich komme auf diesen wichtigen Aspekt gleich noch ausführlicher im Zusammenhang mit dem ICERD zurück.<sup>522</sup> Am selben Tag wie der IPBPR wurde auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom gleichen Tag (IPWSKR)<sup>523</sup> verabschiedet.<sup>524</sup> Dieser enthält in Art. 2 Abs. 2 und in Art. 3 ein dem Schwestervertrag nachgebildetes Diskriminierungsverbot mit einem gleich lautenden, nicht abschließenden Merkmalskatalog sowie die Gleichberechtigungspflicht zugunsten der Geschlechter. Es fehlt ein selbstständiges Diskriminierungsverbot und die

517 BGBl. 1985 II S. 648.

518 Dazu näher *König*, Frauenrechte sind Menschenrechte ... und doch anders? – Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW), in: Rudolf, Frauen und Völkerrecht, 2006, 81 ff; *Heintschel von Heinegg* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 175 Rn. 7 ff.

519 Dazu *Kempen/Hillgruber*, Völkerrecht, 2007, § 50 Rn. 19 ff; *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2008, 439 ff.

520 Siehe dazu *Ausschuss für Menschenrechte*, General Comment No. 28 v. 29.3.2000, CCPR/C/21/Rev. 1/Add.10, para. 3, 4 und 31: „The obligation to ensure to all individuals the rights recognized in the Covenant, established in articles 2 and 3 of the Covenant, requires that States parties take all necessary steps to enable every person to enjoy those rights. These steps include the *removal of obstacles* to the equal enjoyment of such rights, the education of the population and of State officials in human rights, and the adjustment of domestic legislation so as to give effect to the undertakings set forth in the Covenant. The State party must not only adopt measures of protection, but also *positive measures* in all areas so as to achieve the effective and equal empowerment of women. [...] 4. States parties are responsible for ensuring the equal enjoyment of rights without any discrimination. Articles 2 and 3 mandate States parties to take all steps necessary, including the prohibition of discrimination on the ground of sex, to put an end to discriminatory actions, *both in the public and the private sector*, which impair the equal enjoyment of rights. [...] 31. The right to equality before the law and freedom from discrimination, protected by article 26, requires States to *act against discrimination by public and private agencies in all fields*.“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

521 Vgl. dazu *Giegerich* in: Falke/Rust, AGG, Einl. Rn. 57; *Rudolf* in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, Kap. 2 Rn. 30 f, 34.

522 Siehe sogleich § 4 II 2 b).

523 BGBl. 1973 II S. 1569; UNTS Bd. 993, S. 3.

524 Dazu im Überblick *Vedder* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 174 Rn. 93 ff.

Kontrollmechanismen sind im Vergleich zum IPBPR defizitär ausgestaltet.<sup>525</sup> Bei den Verträge sind für Deutschland seit 1976 bindend<sup>526, 527</sup>.

### b) Ein völkerrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse

Mit Wirkung zum 15.6.1969<sup>528</sup> trat die Bundesrepublik Deutschland auch dem Internationalen Übereinkommen v. 7.3.1966 zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (ICERD)<sup>529</sup> bei. Das Übereinkommen baut auf der gemeinsamen Überzeugung auf, dass „jede Lehre von einer auf Rassenunterschiede gegründeten Überlegenheit wissenschaftlich falsch, moralisch verwerflich sowie sozial ungerecht und gefährlich ist“ (vgl. Präambel, Erwägung 6). Eine „Rassendiskriminierung“ ist nach Art. 1 ICERD

*„jede auf der Rasse,<sup>530</sup> der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum<sup>531</sup> beruhende Unterscheidung,<sup>532</sup> Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.“<sup>533</sup>*

Es handelt sich also um soziologische Kriterien,<sup>534</sup> die einen Menschen oder eine Bevölkerungsgruppe als „rassisch anders im weitesten Sinne erscheinen las-

525 Zum Ganzen näher *Giegerich* in: Falke/Rust, AGG, Ein. Rn. 66 ff und zum IPWSKR insgesamt *Buerenthal/Thürer*, Menschenrechte, 2010, 40 ff.

526 Der IPBPR trat am 23.3.1976 in Kraft, BGBl. 1976 II S. 1068; der IPWSKR am 3.1.1976, BGBl. 1976 II S. 428.

527 Siehe dazu *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 45 ff; *Wolfrum*, FS Peter Schneider, 1990, 515, 517 ff.

528 BGBl. 1969 II S. 2211.

529 BGBl. 1969 II S. 961; UNTS Bd. 660, S. 195.

530 Zum Rassebegriff des Übereinkommens vor dem deutschen Hintergrund *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 383 f; allgemein zum problematischen Begriff unten § 6 III 1 a).

531 Im Original „ethnic origin“, heute daher besser mit „ethnischer Herkunft, Zugehörigkeit oder Abstammung“ übersetzt; vgl. *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 383 Fn. 29; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 49 f.

532 Eine Differenzierung nach Staatsangehörigkeit bleibt wegen Art. 1 Abs. 2 CERD weiterhin zulässig, vgl. zu den Einzelheiten *Schuelb*, 15 Int'l & Comp. L.Q 996, 1006-1011 (1966); *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 311-313 (1985); *Mahalic/Mahalic*, 9 Hum. Rts. Q. 74-79 (1987); *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 59 ff. Nicht überzeugen konnte der Standpunkt der Bundesregierung, dass das ICERD nur „groups within the German population who differ from the rest of the German population particularly because of their national origin or for other reasons“ (Dänen, Sorben, Friesen, Sinti und Roma) erfasse (vgl. 13. und 14. Länderbericht Deutschland 1996, ICERD/C/299/Add.5, para. 8 [zugreifbar unter <http://tb.ohchr.org/>]). Es widerspricht offensichtlich dem Zweck des ICERD, ausländische Staatsangehörige anderer Rassen schutzlos zu stellen, vgl. *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 311-313 (1985); *Rädler*, Verfahrensmodelle zum Schutz vor Rassendiskriminierung, 1999, 30 f. Mit dem 15. Bericht v. 29.6.2000 hat sich Deutschland dieser Auffassung angeschlossen, ICERD/C/338/Add.14 para. 14-15 [zugreifbar unter <http://tb.ohchr.org/>].

533 Zu den zahlreichen damit verbundenen Auslegungsproblemen siehe nur *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 286-91, 305-311 (1985).

534 *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 383; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 43 ff.

sen“.<sup>535</sup> Art. 5 lit. d) ICERD garantiert beispielsweise die Eheschließungs-, Eigentums- und Erbfreiheit des Einzelnen und sichert so die gleiche Rechtsfreiheit unabhängig von der „Rasse“ des Individuums. Das Übereinkommen begnügt sich aber nicht mit der Sicherung formal gleicher Freiheit. Art. 2 Abs. 1 ICERD verpflichtet die Vertragsstaaten, „mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik der Beseitigung der Rassendiskriminierung in jeder Form“ zu verfolgen und zu diesem Zweck „jede durch Personen, Gruppen oder Organisationen ausgeübte Rassendiskriminierung mit allen geeigneten Mitteln einschließlich der durch die Umstände erforderlichen Rechtsvorschriften“ zu verbieten und zu beenden (Art. 2 Abs. 1 lit. d) ICERD). Das war 1966 eine weitreichende Norm, weil sie die Vertragsstaaten aktiv zum Einschreiten gegen tatsächlich stattfindende Diskriminierungen in der Gesellschaft zwang.<sup>536</sup> Art. 5 ICERD verpflichtet sie, „das Recht jedes einzelnen, ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums auf Gleichheit vor dem Gesetz [zu] gewährleisten“. Diese Pflicht ist nicht auf die politische Beziehung zwischen Staat und Individuum beschränkt. Wie Art. 5 ICERD zeigt, ist der von Art. 1 genannte Bereich des „öffentlichen Lebens“ deutlich weiter zu verstehen.<sup>537</sup> Das Übereinkommen folgt nicht der Dichotomie von Staat und Gesellschaft, sondern grenzt zwischen öffentlicher und privater Sphäre ab.<sup>538</sup> Was in die Privatsphäre fällt, ist nicht mehr Gegenstand der Gleichbehandlungspflichten. Damit nimmt das Übereinkommen Rücksicht auf die freiheitsrechtlichen Grenzen von Diskriminierungsgeboten, wie sie hier bereits im Zusammenhang mit dem *Civil Rights Act* von 1964 thematisiert wurden.<sup>539</sup> Geprägt von den Entwicklungen des U.S.-Nichtdiskriminierungsrechts,<sup>540</sup> geht es von der These aus, dass „eine wirkliche Beseitigung der Rassendiskriminierung und eine echte Gleichstellung der Rassen nur möglich ist, wenn auch in [den] privaten Beziehungen der Menschen verschiedener Rassen das Gleichbehandlungsgebot bzw. das Diskriminierungsverbot durchgesetzt wird“.<sup>541</sup> Darin gründet sich beispielsweise die Pflicht, für das gleiche Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes (Art. 5 lit. e) (i)) zu sorgen. Besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang das „Recht auf Zugang zu jedem Ort oder Dienst, der für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen ist,

535 Delbrück, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 63.

536 Schwelb, 15 Int'l & Comp. L.Q 996, 1018-1019 (1966).

537 Dazu Schwelb, 15 Int'l & Comp. L.Q 996, 1005-1006 (1966); Fries, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 27 ff.

538 Vgl. Meron, 79 Am. J. Int'l L. 283, 291-295 (1985); Fries, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 30 ff.

539 Siehe oben § 3 IV 4 a) (3). Auf die U.S.-amerikanische Entwicklung, insbesondere das Recht auf Vereinigungsfreiheit (*freedom of association*), nimmt auch Meron, 79 Am. J. Int'l L. 283, 294-295 (1985) Bezug.

540 Fries, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 10 mwN.

541 Delbrück, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 113.

wie Verkehrsmittel, Hotels, Gaststätten, Cafés, Theater und Parks.“ (Art. 5 lit. f) ICERD).<sup>542</sup> Daraus folgt, dass ein von Privaten kontrollierter öffentlich zugänglicher Bereich grundsätzlich in die öffentliche und nicht in die Privatsphäre und damit in den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt.<sup>543</sup> Der bereits in den 1970er Jahren erreichte völkerrechtliche Standard der Gleichbehandlung verlangte also von den Vertragsstaaten, das Diskriminierungsverbot auch in privatrechtlich organisierten Beziehungen durchzusetzen.<sup>544</sup>

### c) Umfang und Ausmaß staatlicher Handlungspflichten

Problematisch ist der genaue Umfang dieser Schutzpflicht. Fest steht, dass Art. 5 lit. f) ICERD innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar ist und daher kein subjektives Recht des Diskriminierten auf Zugang begründet.<sup>545</sup> Nach Art. 2 Abs. 1 lit. d) ICERD ist es den Vertragsstaaten verboten, Diskriminierungen Privater zu *fördern*, zu *schützen* oder zu *unterstützen*. Art. 6 ICERD verpflichtet die Vertragsstaaten, einen wirksamen Schutz und wirksame Rechtsbehelfe gegen alle rassistisch diskriminierenden Handlungen vorzusehen *sowie* das Recht auf angemessene Entschädigung. Soweit man aus diesen Normen die Pflicht ableitet, keine diskriminierenden Rechtsgeschäfte durchzusetzen,<sup>546</sup> war das deutsche Recht schon vor Erlass des AGG völkerrechtskonform: Rechtsgeschäfte, die nach „Rasse“ differenzierten, waren regelmäßig nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig.<sup>547</sup> Dieses, bereits aus der Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 3 GG erzielte Ergebnis, ließ sich mit der völkerrechtsfreundlichen Auslegung von Grundgesetz und einfachem Recht unter Beachtung des Übereinkommens zusätzlich absichern.<sup>548</sup> Zweifelhaft ist, ob die Vertragsstaaten aus Art. 5 lit. f) ICERD verpflichtet sind, einen Kontrahierungszwang zugunsten ethnischer Minderheiten einzuführen.<sup>549</sup> *Delbrück* war 1974 der Auffassung, dass der vom ICERD geforderte effektive Rechtsschutz bei der Zulassung zu „privaten ‘öffentlichen Einrichtungen’“ nur über einen Kontrahierungszwang gewährleistet sei.<sup>550</sup> Das war so selbstverständ-

542 Dazu jetzt weiterführend *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 9 ff.

543 Siehe *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 37 ff.

544 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 113 f.

545 *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1399; iE auch *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 99 ff; vertiefend jetzt *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 191 ff.

546 Vgl. *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 114.

547 Siehe *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 260 f.

548 Zur Begründung näher *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1400; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 201 ff.

549 Bejahend *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 237, verneinend *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 21 f.

550 Vgl. *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 230.

lich allerdings nicht. *Michaela Fries* hat noch vor dem Inkrafttreten des AGG die Auffassung vertreten, dass Art. 5 lit. f) ICERD keinen Kontrahierungszwang verlange.<sup>551</sup> Sie stützte sich dabei auf die allgemein anerkannte These, dass Art. 5 ICERD die Existenz der dort aufgezählten Freiheitsrechte im innerstaatlichen Recht voraussetzt und die Staaten lediglich verpflichtet, für eine diskriminierungsfreie Ausübung dieser Rechte zu sorgen.<sup>552</sup> Weil das deutsche Recht keinen allgemeinen Kontrahierungszwang kenne, könne dieser auch nicht unter Berufung auf Art. 5 lit. f) ICERD eingeführt werden.<sup>553</sup> Die Argumentation ist nicht ganz unproblematisch. Obwohl *Fries* im Ergebnis eine staatliche Handlungspflicht gegen private Rassendiskriminierung bejahte,<sup>554</sup> erinnert ihre Begründung gegen den Kontrahierungszwang an das in *Bowlin v. Lyon* (1885) entwickelte Recht des Eigentümers/Betreibers eines Eislaufplatzes, den schwarzen Kunden auszuschließen, weil er ja auch den Weißen ausschließen dürfe.<sup>555</sup> Dieses Denken vom Eigentumsrecht her perpetuierte im Amerika des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts die Rassendiskriminierung in der Gesellschaft.<sup>556</sup> Wendete man es auf das ICERD an, untergräbt man seinen, gerade als Reaktion auf das Versagen des Nichtdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert entwickelten Ansatz, in die Gesellschaft wirken zu wollen. Mit der Pflicht zur Zugangssicherung in Art. 5 lit. f) ICERD antwortet das Völkerrecht auf das zweite Gleichheitsproblem.<sup>557</sup> Die gleiche Vertragsbegründungsfreiheit sichert jedem Privatrechtsakteur die gleiche Möglichkeit zur Interessenverwirklichung. Folgt man daraus, dass es gerade keinen Anspruch auf Vertragsschluss geben kann, verkennt man die Herausforderung des zweiten Gleichheitsproblems: Die Mitglieder der dominierenden Bevölkerungsgruppe sind regelmäßig nicht Betroffene der Vertragsablehnungsfreiheit. Es sind gerade Angehörige ethnischer Minderheiten, die in der Praxis die Adressaten der Entscheidung des Betreibers einer „privaten öffentlichen Einrichtung“ sind, nicht mit jedem kontrahieren zu müssen. Es war daher folgerichtig, dass der ICERD-Ausschuss die Pflicht aus Art. 5 lit. f) ICERD konkretisierte und auf die diskriminierende Verweigerung von Handlungsmöglichkeiten anwendete:<sup>558</sup>

551 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 21 f.

552 Vgl. General Recommendation on Art. 5 v. 8.3.1996 in: General Recommendation No. 22: Article 5 and refugees and displaced persons v. 24.8.1996, UN-Doc. A/51/18, S. 124 para. 1 [erhältlich unter <http://tb.ohchr.org/>]; *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 284 (1985); *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 386; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 13 ff.

553 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 21.

554 Vgl. *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 141 f.

555 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. 536 (Iowa 1885).

556 Zum Zusammenhang siehe oben § 3 III 4 b).

557 Zum Begriff § 2 III 3.

558 Zur völkerrechtlichen Bedeutung dieser Konkretisierungen siehe *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 98 ff.

„In any case, it is the obligation of the State Party concerned to ensure the effective implementation of the Convention [...]. To the extent that private institutions influence the exercise of rights or the availability of opportunities, the State Party must ensure that the result has neither the purpose nor the effect of creating or perpetuating racial discrimination.“<sup>559</sup>

Damit folgt aus Art. 5 lit. f) ICERD eine Pflicht der Vertragsstaaten, sicherzustellen, dass Personen nicht aufgrund ihrer „Rasse“ von privaten Betreibern öffentlicher Einrichtungen abgewiesen werden. Wie der Vertragsstaat seinen vertraglichen Pflichten aus dem ICERD nachkommt, steht dabei in seinem Ermessen.<sup>560</sup> *Delbrück* vertrat bereits 1974 die Auffassung, dass *Salzwedels* Ansatz der Persönlichkeitsrechtsverletzung,<sup>561</sup> der sich im deutschen Recht schnell etabliert hatte, den völkerrechtlichen Anforderungen nicht genüge.<sup>562</sup> Im Ergebnis plädierte *Delbrück* für eine Einschränkung der Abschlussfreiheit und damit für einen *rechtlichen* Kontrahierungszwang.<sup>563</sup> Auch das ist so zwingend nicht. Mit der Beschränkung auf die geeigneten Mittel berücksichtigt Art. 2 Abs. 2 ICERD gegenläufige Grund- und Menschenrechtspositionen, darunter gerade auch die Privatautonomie.<sup>564</sup> Genau auf diese nahm *Salzwedels* Vorschlag Rücksicht und ermöglichte in der Sache über das Persönlichkeitsrecht einen *faktischen* Kontrahierungszwang.<sup>565</sup> Nicht mehr mit dem Übereinkommen vereinbar war dagegen die Beschränkung des Diskriminierten auf Schadensersatz. Aus dem Wortlaut von Art. 6 ICERD folgt, dass das Recht zu einer angemessenen Entschädigung oder Genugtuung für die erlittene Diskriminierung als zusätzlicher Rechtsbehelf („sowie“) neben die Rechtsbehelfe zur Beseitigung und Unterlassung der Diskriminierung tritt. *Delbrücks* Zweifel, ob der Ansatz im deutschen Recht völkerrechtskonform war, trafen wohl zu.<sup>566</sup> Wortlaut und Normzweck des Art. 5 lit. f) ICERD fordern „das Recht auf Zugang zu jedem Ort [...] der für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen ist“. Wird jemand aufgrund seiner „Rasse“ davon ausgeschlossen, wird ihm gegenüber kommuniziert, dass er nicht gleiches Mitglied der Öffentlichkeit ist. Ein effektiver Rechtsschutz dagegen ist im Ergebnis nur gewährleistet, wenn dem Diskriminierten tatsächlich gleicher Zugang gewährt wird. Die Freiheitsrechte der Betreiber solcher Einrichtungen werden von dem Übereinkommen schon im Prinzip als weniger gewichtig angesehen als das

559 General Recommendation on Art. 5 v. 8.3.1996 in: General Recommendation No. 22: Article 5 and refugees and displaced persons v. 24.8.1996, UN-Doc. A/51/18, S. 124 para 5 [erhältlich unter <http://tb.ohchr.org/>].

560 *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1398; *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 386 f.

561 Dazu oben § 4 I 5.

562 *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 233.

563 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 114.

564 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 113.

565 Dazu oben § 4 I 5.

566 Zurückhaltender *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1401.

gleiche Zugangsrecht ungeachtet der Rasse.<sup>567</sup> Diese Interessenabwägung weist erhebliche Parallelen zu dem allgemeinen Zugangsanspruch aus dem Common Law auf, nach dem Betreiber von *public inns* und bestimmten Transporteinrichtungen zur Gleichbehandlung aller Interessenten verpflichtet sind.<sup>568</sup> Im Ergebnis differenziert das Übereinkommen zwischen der Privatautonomie eines Gastwirts, die es durch Gleichbehandlungspflichten explizit einschränkt und der Privatautonomie eines Vereins, selbst über seine Mitgliedschaft und Zusammensetzung zu entscheiden, die aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens<sup>569</sup> fällt. Freiheitsrechte und Gleichheitsrechte, so ließe sich die Botschaft des ICERD zusammenfassen, sind situativ bedingt und erfordern daher differenzierende Lösungen. Ohne den politischen Willen der internationalen Gemeinschaft, Diskriminierungen aus Gründen der "Rasse" effektiv zu bekämpfen, wäre das nicht möglich gewesen.<sup>570</sup>

#### d) Ein geändertes Stimmungsbild – ICERD-Implementation ab 1990

Seit Anfang der 1970er Jahre wusste man also, dass der im deutschen Recht erzielte Kompromiss von Privatautonomie und Diskriminierungsschutz auf schwankendem Boden stand. Man konnte seitdem jedenfalls mit guten Gründen zweifeln, ob die gefundene Lösung den völkerrechtlichen Anforderungen genügte. Es bestand Handlungsbedarf. Dieser spitzte sich Anfang der 1990er Jahre dramatisch zu. Damals kam es in Deutschland zu einer Reihe von ausländerfeindlichen und rassistisch motivierten Vorfällen und Gewalttaten, die auf internationaler Ebene mit Besorgnis betrachtet wurden.<sup>571</sup> Die vom ICERD-Ausschuss wahrgenommenen öffentlichen Reaktionen auf diese Ereignisse, von der Medienberichterstattung bis hin zu zahlreichen Protestkundgebungen in der Bevölkerung,<sup>572</sup> ließen den Schluss zu, dass eine öffentlich erfolgte Rassendiskriminierung im Deutschland Mitte der 1990er Jahre nicht mehr zu rechtfertigen sei. Das hatte Auswirkungen auf die Konzeptionen der Vertragsfreiheit.

Nach dem ganz überwiegenden, sich seit Ende der 1950er herausgebildeten Verständnis in Deutschland, unterlagen Gastwirte keinem Kontrahierungszwang. Exemplarisch für das zeitgenössische Verständnis steht eine Entscheidung des OVG Münster.<sup>573</sup> Danach durfte ein Gastwirt ein Schild an der Eingangstür sei-

567 Daher kritisch zur Reichweite der Freiheitseinschränkungen *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 315 (1985).

568 Siehe oben § 3 III 3 b).

569 Zutreffend *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 34.

570 Dazu *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 315-316 (1985).

571 Vgl. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Summary Report on Germany, v. 15.9.1993, UN-Doc. A/48/18/(Supp) para. 427 ff, 442 ff.

572 Vgl. Concluding Observations v. 23.4.1997, ICERD/C/30/4/Add.24 para. 7.

573 Dazu und zum Folgenden OVG Münster GewArchiv 1967, 118 f.

nes Lokals anbringen, mit dem er Ausländern verbietet, sein Lokal zu betreten, ohne Rechte Dritter zu verletzen. Die Zurückweisung von Gästen wurzele im Hausrecht des Gastwirts und der Tatsache, dass das deutsche Recht keinen Kontrahierungszwang kenne. Auch über Art. 3 Abs. 3 GG könne man außerhalb von Monopolsituationen keinen Kontrahierungszwang begründen. Das war die Konsequenz der nur „mittelbaren Drittwirkung“ und der These von der *Präponderanz der Freiheit*. Rolf Kühner wies 1986 auf die Unhaltbarkeit der These hin, eine diskriminierende Zurückweisung vom Besuch in einer Gaststätte sei nicht rechtswidrig, und dennoch konnte auch er sich wegen der Präponderanz der Freiheit nicht zu einem Kontrahierungszwang des Gastwirts durchringen.<sup>574</sup> Zehn Jahre und eine Reihe fremdenfeindlicher Vorfälle später, hatte sich die Einschätzung erheblich geändert. Tilman Bezzenberger publizierte 1996 einen, in der Folgezeit einflussreichen, Beitrag über „Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht“.<sup>575</sup> Darin sprach er sich deutlich gegen die Präponderanz der Freiheit im Privatrecht generell aus und differenzierte nach Freiheitssphären:

*„Bei der Bewertung ethnischer Diskriminierungen unter Privaten hat die Gleichheit im Rahmen der Sittenwidrigkeitskontrolle grundsätzlich Vorrang vor der Freiheit. [...] Nicht nur unter besonderen Umständen des Einzelfalls, sondern grundsätzlich und als solche verstoßen daher ethnische Diskriminierungen gegen die guten Sitten. Gleiches gilt für Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, die aufs engste mit der Abstammung zusammenhängt. Nur in einzelnen besonderen Lebensbereichen und Handlungszusammenhängen geht die privatautonome Auswahlfreiheit dem Diskriminierungsverbot vor. Namentlich im Bereich des Familienrechts und bei anderen Rechtsbeziehungen, die den Kernbereich der persönlichen Freiheitssphäre berühren, sind ethnische und nationale Unterscheidungen zumeist nicht sittenwidrig.“<sup>576</sup>*

Damit stand dem Rechtsanwender ein scharfes Schwert zur Hand, das gegen privatrechtliche Diskriminierungen eingesetzt werden konnte:

*„Rechtsgeschäfte, die sittenwidrig nach Abstammung, Rasse oder Staatsangehörigkeit diskriminieren, sind nach § 138 I BGB nichtig, bei Austauschverträgen mit diskriminierend erhöhtem Entgelt wird der Vertrag im Weg der geltungserhaltenden Reduktion zu den üblichen Bedingungen des Diskriminierenden aufrechterhalten. Liegt das diskriminierende Verhalten im Ausschluß vom rechtlichen Verkehr, so sind nicht nur immaterielle Schäden wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu ersetzen; vielmehr kann nach § 826 BGB Ersatz der Vermögensschäden verlangt werden. Bei diskriminierender Vertragsverweigerung besteht ein Anspruch auf Vertragsabschluß, unabhängig davon, ob der Zurückgesetzte zu anderen Leistungsquellen ausweichen kann, weil ein solches Ausweichen unzumutbar ist.“<sup>577</sup>*

574 Kühner, NJW 1986, 1397, 1401.

575 Bezzenberger, AcP 196 (1996), 395 ff.

576 Bezzenberger, AcP 196 (1996), 395, 433 (Hervorhebungen hinzugefügt).

577 Bezzenberger, AcP 196 (1996), 395, 434 (Hervorhebung hinzugefügt).

*Bezenberger* wollte nachweisen, „daß die hergebrachten Regeln des bürgerlichen Rechts vor Diskriminierung schützen können. Man muß sie nur zusammenfügen und anwenden.“<sup>578</sup> Man muss das aber auch wollen. Darin liegt das größte Problem, wenn man Diskriminierungen im Privatrecht ausschließlich über die Generalklauseln adressiert. Sie ermöglichen die Transplantation von Diskriminierungsverboten ins Privatrecht, geben aber keine Kriterien vor, welche Merkmale relevant sind und wie die Abwägung mit den Freiheitsrechten zu erfolgen hat. Diese kann man entweder im Verfassungsrecht finden oder in den Prinzipien des einfachen Rechts oder man sucht sie im außerrechtlichen Bereich. Beruft sich der Rechtsanwender auf Art. 3 Abs. 3 GG, muss er sich fragen lassen, warum er „Rasse“ und Abstammung (ethnische Herkunft) auswählt und bezüglich der anderen Merkmale Zurückhaltung übt. Damit stellte sich ihm das schon bekannte Problem der Hierarchie der Diskriminierungsmerkmale.<sup>579</sup> Die völkerrechtliche Verpflichtung wäre ein rechtliches Argument zur Unterstützung dieser These.<sup>580</sup> Während *Fries* sich für diesen Weg entschied,<sup>581</sup> lehnte *Bezenberger* ihn ab<sup>582</sup> und griff stattdessen auf eine außerrechtliche Wertung zurück, die er im kategorischen Imperativ *Kants* zu finden glaubte.<sup>583</sup> Die Prämissen dieser Begründung sind problematisch<sup>584</sup> und letztlich scheitert der Versuch einer verfassungsneutralen Begründung, weil *Bezenberger* doch wieder auf die „Schutzfunktion des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots“ zurückgreifen muss.<sup>585</sup> Im Ergebnis zeigt *Bezenbergers* Ansatz, dass das Instrumentarium des bürgerlichen Rechts – seine Generalklauseln – durchaus das Potential gehabt hätten, effektiv vor Diskriminierung zu schützen, gerade auch vor Rassendiskriminierungen im Privatrechtsverkehr. Man hätte es nur konsequent einsetzen müssen. Voraussetzung dafür wäre es gewesen, mit *Bezenberger* oder *Fries*<sup>586</sup> den Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit zu hinterfragen. Dazu war man in letzter Konsequenz bis Ende der 1990er Jahre in Deutschland noch nicht bereit. Ein Kontrahierungszwang hebt die Freiheit des Verpflichteten in der Wahl seines Vertragspartners auf. Nach traditioneller Auffassung war das nur in den Fällen hinzunehmen, in denen zugleich die Voraussetzungen für einen allgemeinen Kontrahierungszwang vorliegen.<sup>587</sup> Versteht man darunter „ein Korrektiv für das marktbedingte Fehlen

578 *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 434.

579 Siehe dazu oben § 4 I 2 c).

580 Vgl. *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1399 f.

581 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 247 ff.

582 *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 409 f („keine Geltung im Privatrechtsverkehr oder überhaupt im innerstaatlichen Bereich“).

583 *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 410 ff.

584 Dazu *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 366; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 182 f.

585 Siehe *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 412; so auch die Kritik bei *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 131.

586 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 272 ff.

587 Zum dogmatischen Aspekt eingehend unten § 5 VI.

einer zumutbaren Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertragschluß über wichtige Güter und Dienstleistungen“<sup>588</sup>, scheitert ein Kontrahierungszwang regelmäßig: Maßgeblich war nur, ob der Diskriminierte auf die ihm verweigerte Leistung angewiesen war<sup>589</sup> und das ist in einer Wettbewerbswirtschaft regelmäßig nicht der Fall. *Jan Busche* hat diesen Standpunkt im Konflikt um *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (1999) exemplarisch herausgearbeitet. Danach hat die wegen ihrer „Rasse“ diskriminierte Person grundsätzlich nur dann einen Anspruch auf Vertragsabschluss, wenn eine „qualifizierte Vertragsverweigerung“ des Diskriminierenden vorlag.<sup>590</sup> Darunter fasste *Busche* vier kumulativ neben der Vertragsverweigerung vorliegende Umstände zusammen: (1.) der Vertragsinteressent verfolgt rechtlich geschützte Interessen, (2.) er ist an einen Anbieter sachlich, räumlich-zeitlich oder konditionell gebunden, (3.) dieser ist grundsätzlich vertragsgeneigt und (4.) leistungsfähig.<sup>591</sup> Einen darüber hinausgehenden „besonderen“ Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wollte *Busche* nur für die Fälle bejahen, in denen eine andere Vertragsgelegenheit nicht gleichwertig sei.<sup>592</sup> Im Übrigen könnten die besonderen Gleichheitssätze nicht im Sinne eines allgemeinen Diskriminierungsverbots im einfachen Recht umgesetzt werden, weil man damit die „Präponderanz vertraglicher Selbstbestimmung“<sup>593</sup> aufgeben.<sup>594</sup> *Busche* steht damit für die dritte Möglichkeit, den Rechtsbegriff der „guten Sitten“ herzuleiten: Er sei anhand der Rechtsprinzipien des einfachen Rechts zu bestimmen und daher „anhand des das Vertragsrecht bestimmenden Rechtsprinzips der Selbstbestimmung auszufüllen.“<sup>595</sup> Damit war man wieder zum Kern des Streits zurückgekehrt: Ging man – wie *Busche* – von der Präponderanz der Freiheit aus, ist ein Diskriminierungsverbot wegen der „Rasse“ mit der Rechtsfolge Kontrahierungszwang nicht begründbar, weil damit Fremdbestimmung statt Selbstbestimmung angeordnet werde.<sup>596</sup> Ging man dagegen – wie *Fries* – von einem Gleichrang der Privatautonomie einerseits und der völker- und verfassungsrechtlich verankerten Diskriminierungsverbote andererseits aus, war ein Kontrahierungszwang über § 826 BGB prinzipiell begründbar.<sup>597</sup> Die kontrovers geführte Diskussion zeigt, dass man nach dem im Jahr 2000 erreichten Stand der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 3 GG nicht mit Sicherheit davon ausgehen

588 So die von *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 52 vorgeschlagene Definition.

589 Vgl. *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 41 ff.

590 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 289.

591 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 127 ff.

592 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 294 f.

593 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 124.

594 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 279 ff.

595 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 160.

596 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 280 f.

597 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 272 ff.

konnte, die Schutzverpflichtungen aus dem Übereinkommen vollständig realisiert zu haben.<sup>598</sup>

#### e) Der Weg zum AGG

An der Stelle von Generalklauseln in verfassungskonformer Auslegung plädierte daher *Delbrück* 1974 – sehr zukunftsweisend – für eine gesetzliche Regelung von Diskriminierungsverboten, also für ein besonderes Nichtdiskriminierungsrecht.<sup>599</sup> Dem Ruf nach einem besonderen Nichtdiskriminierungsgesetz schloss sich auch der nach Art. 8 ICERD errichtete Ausschuss zur Beseitigung der Rassendiskriminierung an. Er stützte sich dabei auf Art. 2 Abs. 1 lit. d) ICERD, der den Vertragsstaat verpflichtet, alle geeigneten Mittel einschließlich der durch die Umstände erforderlichen Rechtsvorschriften einzusetzen. Dazu zählt der Ausschuss in ständiger Praxis seit den 1970er Jahren auch die gesetzliche Verankerung eines Diskriminierungsverbots.<sup>600</sup> Ob das Abkommen die Vertragsstaaten allerdings zwingt, gerade ein besonderes Nichtdiskriminierungsrecht zu schaffen, ist umstritten. Zwar gibt es den Vertragsstaaten das Ziel vor, überlässt ihnen aber die Auswahl der geeigneten Mittel.<sup>601</sup> Sicher ist allerdings, dass die Vertragsstaaten mit einem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht ihren völkerrechtlichen Pflichten nachkommen können.<sup>602</sup> Der Ausschuss forderte die Bundesrepublik in seinen Berichten wiederholt auf, ein umfassendes Nichtdiskriminierungsgesetz einzuführen.<sup>603</sup> Die Bundesregierung reagierte darauf lange Zeit ausweichend-zurückhaltend:

*„At the suggestion of the Committee, the Federal Government has again considered whether a comprehensive anti-discrimination law is suitable for improving the combating of racism and xenophobia. Corresponding political discussions, which have not yet been completed, are taking place within the Federation and in some Länder.“<sup>604</sup>*

Berücksichtigt man die Entstehungsgeschichte des Übereinkommens, das seinen Ausgangspunkt als Reaktion auf antisemitische Aktionen im Winter 1959/1960 nahm,<sup>605</sup> fällt es gerade vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte nicht im-

598 Diese Einschätzung stammt von *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 388 f.

599 *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 237 f. Zur Unterscheidung zwischen allgemeinem und besonderem Nichtdiskriminierungsrecht siehe unten § 6 I 3.

600 Siehe *Mahalic/Mahalic*, 9 Hum. Rts. Q. 74, 85-88 (1987).

601 Näher zum Streitstand vgl. *Fries*, Die Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, 2003, 119 ff.

602 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 141 f.

603 Vgl. Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Germany, v. v. 15.9.1993, UN-Doc. A/48/18/(Supp) para. 447; Concluding Observations v. 23.4.1997, ICERD/C/304/Add.24 para. 17, 20 [Die Berichte sind jeweils erhältlich unter <http://tb.ohchr.org/>]; vgl. dazu *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 389 f.

604 13. und 14. Länderbericht Deutschland v. 1.5.1996, ICERD/C/299/Add.5 para. 95.

605 *Schwelb*, 15 Int'l & Comp. L.Q. 996, 997-998 (1966); *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 61.

mer leicht, nachzuvollziehen, warum man gerade in Deutschland die Privatautonomie so prinzipiell selbst gegen Rassendiskriminierung verteidigte.<sup>606</sup> Und auch hier findet sich wieder ein Freiheitsverständnis, das schon bei *Salzwedel* problematisch erschien: Man ist ohne weiteres bereit, die Handlungen strafrechtlich zu sanktionieren,<sup>607</sup> solange man nur das Gespenst des rechtlichen – nicht faktischen (!) – Kontrahierungszwangs los wird. Es mutet sogar ironisch an, wenn eine spezielle Nichtdiskriminierungsgesetzgebung unter Verweis auf Art. 3 GG für nicht notwendig erachtet wurde, weil dessen Bestimmung gegenüber dem Ausschuss im 13. und 14. Länderbericht mit überraschender Begrifflichkeit als „directly applicable and enforceable“ dargestellt wurde.<sup>608</sup> Erst im 15. Länderbericht v. 29.6.2000 konnte Deutschland ankündigen, dass es diese Vorschläge ernsthaft prüft<sup>609</sup> und im 16.-18. Länderbericht 2007 war es möglich, auf das gerade in Kraft getretene AGG hinzuweisen.<sup>610</sup> Die Bundesregierung berief sich im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich auf die Pflichten aus dem ICERD und die Empfehlungen des Ausschusses.<sup>611</sup> Darüber hinaus hat die Bundesregierung im Jahr 2001 nach Art. 14 ICERD erklärt, dass die Bundesrepublik sich dem Individualbeschwerdeverfahren<sup>612</sup> unterwirft.<sup>613</sup> Das war 2001 noch ein beachtlicher Schritt, weil damals noch nicht gesichert war, dass Deutschland die Anforderungen aus dem Abkommen auch tatsächlich erfüllt.<sup>614</sup> Dass es überhaupt zum Erlass des AGG gekommen war, lag aber nicht an den völkerrechtlichen Vorgaben. Entscheidend war die notwendig gewordene Umsetzung mehrerer Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, darunter der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft. Insoweit wirkt das Völkerrecht mittelbar, weil der Gemeinschaftssetzgeber die Richtlinie unter Verweis auf die völkerrechtlichen Instrumente zur Bekämpfung der Rassendiskriminierung legitimiert.<sup>615</sup>

606 Vgl. *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1401 f. „Es bedarf wohl keines besonderen Hinweises, daß die Einhaltung der Verpflichtungen aus der Rassendiskriminierungskonvention vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte von der Weltöffentlichkeit mit besonderer Sensibilität beobachtet wird.“

607 Zur Strafbarkeit nach § 130 StGB vgl. nur *Lohse*, NJW 1985, 1677.

608 13. und 14. Länderbericht Deutschland v. 1.5.1996, ICERD/C/299/Add.5 para. 96.

609 15. Länderbericht Deutschland v. 29.6.2000, ICERD/C/338/Add.14, para. 68.

610 16.-18. Länderbericht Deutschland v. 16.1.2007, ICERD/C/DEU/18, para. 160 ff.

611 BT-Drs. 16/1780, S. 21.

612 Dazu *Britz*, EuGRZ 2002, 381.

613 Erklärung v. 30.8.2001, UNTS, Bd. 2158, A 9464 [zugreifbar unter <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202158/volume-2158-A-9464.pdf>].

614 *Britz*, EuGRZ 2002, 381 f.

615 Vgl. Erwägungsgrund (3) RL 2000/42/EG.

### 3. Einfluss des Gemeinschaftsrechts – Die Richtlinie 76/207/EWG und ihre Umsetzung im deutschen Recht

#### a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts

Die Rechtsvergleichung hat eine Dachluke im deutschen Recht geöffnet, das Völkerrecht ein Fenster. Es war jedoch das vormalige Gemeinschaftsrecht, das dem Prinzip der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung die Tore zum deutschen Privatrecht endgültig aufstieß.<sup>616</sup> Den Auftakt zu einer genuin privatrechtlichen Wirkung bildeten das im EWG-Gründungsvertrag verankerte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 7 EWGV aF), seine speziellen Ausprägungen in den Grundfreiheiten und der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 119 EWGV aF). Anders als in den U.S.A. oder in Großbritannien, machte im Gemeinschaftsrecht nicht das Verbot der Rassen- diskriminierung den Anfang. Mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit reagierten die sechs Gründungsmitglieder der EWG auf die Arbeitsmigration vom Süden in den Norden und damit auf ein spezifisch mitgliedstaatliches Problem.<sup>617</sup> Dieses Diskriminierungsverbot wurde aufgrund seiner binnenmarktbezogenen Funktion im Gründungsvertrag verankert.<sup>618</sup> Das Ziel der EWG, einen Gemeinsamen Markt zu errichten (Art. 2 EWGV aF) konnte nur erreicht werden, wenn alle wirtschaftlichen Akteure gleichermaßen teilnahmeberechtigt sind. Primäre Adressaten des Diskriminierungsverbots waren und sind – neben der Union selbst – die Mitgliedstaaten der Union.<sup>619</sup> Dasselbe galt ursprünglich auch für Art. 119 EWGV. Seine Aufnahme in den Vertrag hat ebenfalls einen strikt binnenmarktbezogenen und wettbewerbspolitischen Hintergrund: Frankreich befürchtete, die Partner in der Gemeinschaft könnten ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile erlangen, wenn die – damals in Frankreich bereits eingeführte – Regel des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitskräfte bei gleicher Arbeit nicht in allen Mitgliedstaaten angewandt würde.<sup>620</sup> Zu Beginn des hier untersuchten Zeitraums, genau um die Mitte der 1970er Jahre, unternahm der Europäische Gerichtshof innerhalb kurzer Zeit eine wesentliche Ausdehnung beider Diskriminierungsverbote. Mit seinem Urteil in der Rs. *Walrave* entschied der Europäische Gerichtshof 1974, dass das Diskriminierungsverbot aus Art. 7 EWGV – und seine speziellen Ausprägungen in Art. 48

616 Zur Entwicklungsgeschichte siehe jetzt auch *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 58 ff.

617 *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 55 f.

618 Dazu statt vieler *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 234 f.

619 *Holoubek* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 40 f mwN.

620 *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 157 AEUV Rn. 2 ff.

EWGV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) und Art. 59 EWGV (Dienstleistungsfreiheit) – sich nicht ausschließlich an staatliche Akteure richtet.<sup>621</sup> Es erstreckte sich jedenfalls auch auf kollektive Maßnahmen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich, die von nicht-staatlichen Akteuren getroffen werden.<sup>622</sup> Damit eröffnete der Gerichtshof die bis heute nicht abgeschlossene Diskussion über die Bindung von Privatrechtssubjekten an das Diskriminierungsverbot.<sup>623</sup> Der entscheidende Durchbruch erfolgte allerdings auf dem Gebiet der Geschlechtergleichheit im Arbeitsleben. In einer Kombination aus politischer Intervention und extensiver Interpretation wurde das bis dahin in Art. 119 EWGV schlafende Gleichbehandlungspotential geweckt.<sup>624</sup> Nachdem der Europäische Gerichtshof in der *Defrenne I*-Entscheidung erkennen ließ, dass er von einer unmittelbaren Wirkung des Art. 119 EWGV ausgehe,<sup>625</sup> wurde die Richtlinie 75/117/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen<sup>626</sup> erlassen. Die Bedeutung dieser Richtlinie blieb begrenzt.<sup>627</sup> Sie präziserte Art. 119 Abs. 1 EWGV in einigen Punkten,<sup>628</sup> insbesondere galt der Grundsatz danach nicht nur bei „gleicher“ sondern auch bei „gleichwertiger“ Arbeit. Der Paukenschlag folgte in der *Defrenne II*-Entscheidung 1976: Neben der wettbewerbspolitischen Zielrichtung arbeitete der Gerichtshof einen sozialpolitischen Normzweck heraus und sah in Art. 119 EWGV eine Norm zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte.<sup>629</sup> Daher wurde er für innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht erklärt.<sup>630</sup> Die Konsequenzen waren weitreichend:

„[D]a Art. 119 EWGV zwingenden Charakter hat, ist das Verbot von Diskriminierungen zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern nicht nur für die öffentlichen Behörden verbindlich, sondern es erstreckt sich auch auf alle, die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen.“<sup>631</sup>

Arbeitnehmerinnen konnten daher seit dem Tag der Urteilsverkündung – für die davor liegenden Zeiträume überwog der Vertrauensschutz<sup>632</sup> – ihre Arbeitgeber auf Zahlung des Lohns verklagen, den diese an männliche Arbeitnehmer leisteten. Art. 119 EWGV – eine vom Wortlaut her lediglich an die Mitgliedstaaten adressierte Norm – wurde zum Gemeinschaftsgrundrecht auf Gleichbehandlung

621 EuGH, Urt. v. 14.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave & Koch v. AUCI u.a.* = Slg. 1974, 1405 Rn. 16-19.

622 EuGH, Urt. v. 14.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave & Koch v. AUCI u.a.* = Slg. 1974, 1405 Rn. 16-19.

623 Dazu näher unten § 8 IV 3.

624 Siehe *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 43 ff.

625 Vgl. EuGH, Urt. v. 25.5.1971, Rs. 80/70 – *Defrenne v. Belgien (Defrenne I)* = Slg. 1971, 445 Rn. 13.

626 ABL L 45 v. 19.2.1975, S. 19.

627 *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 157 AEUV Rn. 90.

628 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 53.

629 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 10.

630 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 40.

631 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 39.

632 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 69 ff.

von Mann und Frau in Entgeltfragen und zum subjektiven Recht der einzelnen Arbeitnehmerin. Es ist nicht ohne Ironie, dass gerade der Grundsatz der Entgeltgleichheit, der in Deutschland 1949 die Drittwirkungsdebatte ausgelöst hatte,<sup>633</sup> über das Gemeinschaftsrecht zu der ihm in Deutschland verwehrten unmittelbaren Anwendung als Grundrecht gelangte. Zugleich erweiterte der Europäische Gerichtshof seit Beginn der 1970er Jahre den Diskriminierungsbegriff und unterschied zwischen den „direkten, offenen“ und den „mittelbaren, versteckten Diskriminierungen“.<sup>634</sup> Damit fand begrifflich eine Konzeption aus dem U.S.-amerikanischen Nicht-Diskriminierungsrecht über die Gesetzgebung in Großbritannien Eingang in das Gemeinschaftsrecht.<sup>635</sup> Der *Supreme Court* entschied in *Griggs v. Duke Power Company* (1971), dass Title VII des *Civil Rights Act* 1964 nicht nur Verhaltensweisen erfasst, die von einem „discriminatory intent“ getragen wurden, sondern alle Regelungen, die zu einem „discriminatory impact“ führen.<sup>636</sup> Der englische *Sex Discrimination Act* 1975<sup>637</sup> übernahm dieses Verständnis in Sec. 1(1)(b):

„A person discriminates against a woman in any circumstances [...] if he applies to her a requirement or condition which he applies or would apply equally to a man but which is such that the proportion of women who can comply with it is considerably smaller than the proportion of men who can comply with it, and which he cannot show to be justifiable irrespective of the sex of the person to whom it is applied, and which is to her detriment because she cannot comply with it.“

In einem Aspekt ging der Europäische Gerichtshof deutlich über den *Supreme Court* hinaus. In *Washington v. Davies* (1976) entschied der *Supreme Court*, dass die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer Verletzung des Gleichheitssatzes *nicht* mit den einfachrechtlichen Voraussetzungen im *Civil Rights Act* 1964 identisch sind.<sup>638</sup> Der Europäische Gerichtshof entwickelte dagegen sein Verständnis von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung gerade anhand einer Norm, die „zu den Grundlagen der Gemeinschaft gehört“<sup>639</sup> und die seit *Defrenne III* in ständiger Rechtsprechung als Individualgrundrecht zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts zählt.<sup>640</sup> Beide Diskriminierungsformen nehmen an der unmittelbaren Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots auf Privatrechtsbeziehungen teil. Die Ausführungen in *Defrenne II* schienen noch darauf hinzuweisen, dass sich die unmittelbare An-

633 Siehe oben § 4 I 2 b).

634 Siehe EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 18; ausführlicher unten § 6 V 2 b) (2).

635 Näher *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 106 f.

636 *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 429–430 (1971).

637 1975 c.65 (zugreifbar unter [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1975/pdf/ukpga\\_19750065\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1975/pdf/ukpga_19750065_en.pdf)).

638 *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 239 (1976).

639 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 12.

640 EuGH, Urt. v. 15.6.1978, Rs. 149/77 – *Defrenne v. Sabena (Defrenne III)* = Slg. 1978, 1365 Rn. 26 f.

wendbarkeit auf die Fälle unmittelbarer Diskriminierung beschränkt.<sup>641</sup> In der Rs. *Jenkins* stellte der Gerichtshof jedoch klar, dass Art. 119 EWGV grundsätzlich auch auf mittelbare Diskriminierungen unmittelbar anwendbar ist.<sup>642</sup> Der Europäische Gerichtshof entwarf also bereits in den 1970er Jahren eine Konzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Mann und Frau, die unmittelbar in die Gesellschaft wirken sollte. Grundrechtsnormen waren unmittelbar anwendbar, damit sie auch in der Lebenswirklichkeit effektiv durchgesetzt werden konnten. Die Lösung des zweiten Gleichheitsproblems wurde zur zentralen Aufgabe der Gemeinschaft, wenngleich zunächst auf die Aspekte Geschlecht und Staatsangehörigkeit beschränkt. Der Kontrast zum zeitgenössischen Verständnis in Deutschland könnte größer nicht sein.

Der Europäische Gerichtshof geht seit *Defrenne II* in ständiger Rechtsprechung von einem komplementären Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht aus:<sup>643</sup> Die unmittelbare Wirkung primärrechtlicher Gleichheitsgrundsätze im Privatrechtsverkehr ist der Grundsatz, der im Sekundärrecht näher präzisiert wird.<sup>644</sup> Für den Gleichbehandlungsgrundsatz der Geschlechter übernahm die Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen<sup>645</sup> diese Aufgabe.<sup>646</sup> Der darin verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beinhaltete, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen durfte (Art. 2 Abs. 1 RL 76/207/EWG), erlaubte aber Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in Beschäftigung und Beruf beeinträchtigen (Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG). Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtete die Mitgliedstaaten im Wesentlichen dazu, alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass bei den Bedingungen des Zugangs – einschließlich der Auswahlkriterien – zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgt (Art. 3 Abs. 1 RL 76/207/EWG) und dass hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung

641 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 21-24; ausführlich zu der nicht ganz einfachen Einordnung der Entscheidung *Defrenne II* in die Entwicklung der mittelbaren Diskriminierung *Tobler*, *Indirect Discrimination*, 2005, 116 ff.

642 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 18.

643 Besonders deutlich EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

644 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 54.

645 ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40.

646 Die Richtlinie ist mit Wirkung vom 15.9.2009 von der Richtlinie 2006/54/EG abgelöst worden, vgl. Art. 34 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

auf Grund des Geschlechts gewährt werden (Art. 5 Abs. 1 RL 76/207/EWG). Deutschland hat die Richtlinie – verspätet<sup>647</sup> – mit Art. 1 Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz v. 13.8.1980 umgesetzt, indem § 611a BGB aF, § 611b BGB aF und § 612 Abs. 3 BGB aF eingefügt wurden.<sup>648</sup> Das in § 611a BGB aF enthaltene Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wurde neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zur zweiten wesentlichen Ausprägung des Gleichbehandlungsgebots im Arbeitsrecht.<sup>649</sup> Das Arbeitsrecht nahm also erneut eine Vorreiterrolle ein, auch wenn die maßgeblichen Anstöße vom Gemeinschaftsrecht ausgingen.

### *b) Diskriminierungsschutz im deutschen Arbeitsrecht – eine schwierige Geburt*

§ 611a BGB aF war allerdings nicht die erste arbeitsrechtliche Norm, in der ein Diskriminierungsverbot ausdrücklich verankert war. Bereits § 51 S. 1 BetrVG 1952<sup>650</sup> enthielt ein Diskriminierungsverbot, das mit der Novellierung 1972<sup>651</sup> in § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG aufgenommen wurde.<sup>652</sup> Danach hatten Arbeitgeber und Betriebsrat

*„darüber zu wachen, daß alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, daß jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts unterbleibt“.*

Soweit der Arbeitgeber Maßnahmen mit kollektivrechtlichem Bezug traf, war er strikt an diese Diskriminierungsverbote gebunden.<sup>653</sup> Unterscheidungsmerkmale, die gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG oder das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG verstießen, verletzten damit zugleich das Differenzierungsverbot in § 75 Abs. 1 BetrVG.<sup>654</sup> Der einzelne Arbeitnehmer hatte bei Maßnahmen, die gegen § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG – und damit mittelbar auch gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG – verstießen, einen Anspruch auf Gleichbehandlung.<sup>655</sup> Das Bundesarbeitsgericht verurteilte daher den Arbeitgeber bereits vor 1980, einen an männliche Arbeitnehmer gezahlten Lohnzuschlag auch den weiblichen Arbeitnehmern zu gewähren. Anspruchsgrundlage war der allgemeine

647 Vgl. Art. 9 Abs. 1 RL 76/207/EWG, nachdem die RL bis zum 14.8.1978 umzusetzen gewesen wäre.

648 Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang, BGBl. I S. 1308.

649 Dazu statt vieler *Fastrich*, RdA 2000, 65 ff.; *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 8 ff.

650 BGBl. 1952 I S. 681.

651 BGBl. I S. 13.

652 Vertiefend dazu *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 54 ff.

653 Vgl. *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 93 ff.

654 BAG AP Nr. 39 zu § 242 Gleichbehandlung (unter I 1 b).

655 BAG AP Nr. 39 zu § 242 Gleichbehandlung (unter I 1 c), das in der Sache noch von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung des Arbeitgebers ausging.

arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.<sup>656</sup> § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG bewirkte, dass die Ungleichbehandlung nicht an das Geschlecht anknüpfen durfte.<sup>657</sup> Der Diskriminierungsschutz über den allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch scheiterte aber, wo dessen sachlicher Anwendungsbereich endete. Nach herkömmlichem Verständnis betraf er weder die Begründung noch die Beendigung eines Einzelarbeitsverhältnisses.<sup>658</sup> Individualrechtliche Diskriminierungsverbote wurden in der Literatur vereinzelt diskutiert und vor allem mit Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG begründet.<sup>659</sup> Mehrheitsfähig waren sie vor 1980 nicht: Auf dem 52. Deutschen Juristentag wurde der Vorschlag, den Arbeitgeber bei Einstellung und Beendigung an die Diskriminierungsverbote in § 75 BetrVG zu binden, mehrheitlich abgelehnt.<sup>660</sup> Hier setzte die Neuregelung an. § 611a BGB aF war die erste detaillierte Regelung eines (arbeitsrechtlichen) Diskriminierungsverbots in der Bundesrepublik.<sup>661</sup>

§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB aF beschränkte die Abschluss- und Beendigungsfreiheit des Arbeitgebers, weil ihm eine Ungleichbehandlung eines Arbeitnehmers oder Bewerbers allein wegen seines Geschlechts verboten wurde.<sup>662</sup> Das barg Konfliktstoff, wenn man berücksichtigt, wie vehement die Präponderanz der Freiheit gegenüber jeder Gleichbehandlungszumutung verteidigt worden war.<sup>663</sup> Im Gesetzgebungsverfahren kritisierte der Bundesrat die Regelung: Sie schränke die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers stärker ein, als es der Gleichbehandlungsgrundsatz verlange und es verfassungsrechtlich und rechtspolitisch vertretbar erscheine.<sup>664</sup> Dieser Kritik schlossen sich zahlreiche Stimmen im Schrifttum an.<sup>665</sup> Pointiert notierte *Elke Herrmann* zu § 611a BGB: „Die Vorschrift ist Zivilrecht gewordener Art. 3 GG.“<sup>666</sup> Und das bedeutet, wie wir seit *Dürig* wissen,<sup>667</sup> das Ende der Freiheit. Die Bundesregierung erwiderte, dass die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit nicht absolut gegen Einschränkungen geschützt sei und

656 Zum diskriminierungsrechtlichen Schutz über den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz näher *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 56 f.

657 BAG AP Nr. 39 zu § 242 Gleichbehandlung.

658 BT-Drs. 8/3317, S. 6; *Hanau*, GS Kahn-Freund, 1980, 457, 464 f.; zu den zahlreichen Beschränkungen des § 75 BetrVG siehe auch *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 116 f. Nicht durchsetzen konnte sich *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 27 ff., der aus § 75 BetrVG einen Kontrahierungszwang des Arbeitgebers bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot ableiten wollte.

659 Vgl. *Gamillscheg*, FS Weber, 1974, 793, 802 ff.; *Hanau*, GS Kahn-Freund, 1980, 457, 469 ff.; in der Sache aber auch *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 226 f.; *Zöllner*, Gutachten D, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentags, Wiesbaden, 1978, Bd. I, 1978, D 105 f., der bei Diskriminierungen aus den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Gründen über §§ 138, 826 BGB einen nicht näher ausgeführten Schutz gewähren wollte.

660 Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentags, Bd. II, 1978, M 247.

661 *Hanau*, GS Kahn-Freund, 1980, 457, 472.

662 Zur grundlegenden Kritik siehe statt aller *Herrmann*, ZfA 1996, 19.

663 Dazu oben § 4 I 2 c) und § 4 II 2 d).

664 BT-Drs. 8/3317, S. 12.

665 Vgl. die Nachweise bei *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung, 1989, 53 ff.

666 *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 21.

667 Vgl. oben § 4 I 2 c).

der Gesetzgeber sie zum Schutz von Arbeitnehmern und Bewerbern aufgrund der Wertentscheidung in Art. 3 Abs. 2 GG beschränken könne.<sup>668</sup> Auch diese Position fand Zustimmung.<sup>669</sup> Peter Hanau formulierte zugespitzt, mit der Berufung auf die Vertragsfreiheit werde „ein Grundrecht des Arbeitgebers auf Diskriminierung beim Abschluss von Arbeitsverträgen postuliert“ und warf den Kritikern vor, das GG in eine „Magna Charta der Diskriminierung“ umzudeuten.<sup>670</sup> Damit war im Wesentlichen der Rahmen abgesteckt, in dem sich zukünftige Diskussionen über Diskriminierungsverbote im deutschen Recht bewegen sollten: Einerseits befürchtete man irreparable Eingriffe in die Privatautonomie und die Zerstörung von Freiheit überhaupt, andererseits vermochte man in Diskriminierungen schon kein schutzwürdiges Verhalten zu erkennen. Auch ein Charakteristikum der deutschen Diskriminierungsdebatten: Man schreibt gern mit spitzer Feder und perhorresziert die jeweilige Gegenposition. Das war um 1980 schon so<sup>671</sup> und um 2006 wurde es noch einmal richtig durchexerziert. Zwischentöne vermögen sich darin nicht immer Gehör zu verschaffen.

Die Geschichte der Umsetzung der Richtlinie 76/207/EWG in § 611a BGB verdeutlicht den Zusammenprall unterschiedlicher Gleichheits- und Freiheitskonzeptionen im deutschen und europäischen Recht.<sup>672</sup> Verstieß der Arbeitgeber gegen das Diskriminierungsverbot aus § 611a Abs. 1 BGB idF v. 1980, hatte der diskriminierte Arbeitnehmer lediglich Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitt, dass er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben. Der Schadensersatzanspruch wurde auf das negative Interesse, also den Vertrauensschaden, beschränkt.<sup>673</sup> Regelmäßig konnte er nur die Kosten der Bewerbung ersetzt verlangen.<sup>674</sup> Man sprach insoweit vom „Porto-Paragraphen“.<sup>675</sup> Auf Vorlage deutscher Arbeitsgerichte entschied der Europäische Gerichtshof in den Rs. *von Colson und Kamann* und *Harz* (1984), dass diese Beschränkung gegen die Richtlinie 76/207/EWG verstößt.<sup>676</sup> Wirkliche Chancengleichheit könne nicht ohne eine geeignete Sanktionsregelung erreicht werden.<sup>677</sup> Geeignete Sanktionen waren nach

668 BT-Drs. 8/3317, S. 15.

669 Hohmann-Dennhardt, ZRP 1979, 241, 242.

670 Hanau, GS Kahn-Freund, 1980, 457, 475.

671 Ein ganz besonders schönes Beispiel lieferte schon damals Adomeit, DB 1980, 2388 f.

672 Ein knapper Überblick bei Freis, NJW 1998, 2279 ff; Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1086; deutlich kritischer gegenüber der Rechtsprechung des EuGH dagegen Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 63 f.

673 BT-Drs. 8/3317, S. 9.

674 Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung, 1989, 78; BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 2122.

675 Zuleeg, RdA 1984, 325, 327.

676 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 21 ff; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 21 ff.

677 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 22; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 22.

Auffassung des Europäischen Gerichtshofs entweder Vorschriften, die den Arbeitgeber zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers verpflichten *oder* eine angemessene finanzielle Entschädigung, möglicherweise kombiniert mit einem Bußgeld.<sup>678</sup> Die Auswahl stehe dem Mitgliedstaat zu; die Richtlinie verpflichte ihn nicht, einen Kontrahierungszwang vorzusehen.<sup>679</sup> Entscheidet sich ein Mitgliedstaat, den Verstoß nur mit einer Entschädigung zu sanktionieren, müsse diese, damit ihre Wirksamkeit und ihre abschreckende Wirkung gewährleistet seien, in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadenersatz – wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten – hinausgehen.<sup>680</sup> Der nationale Rechtsanwender musste daher entscheiden, ob und wie man die Ziele der Richtlinie im nationalen Recht verwirklichen konnte. Im Ausgangspunkt standen ein Einstellungsanspruch, ein Schadensersatzanspruch in Höhe des Erfüllungsinteresses, Ersatz des immateriellen Diskriminierungsschadens und ein breit gefasstes Verständnis des Vertrauensschadens.<sup>681</sup> Die beiden erstgenannten Möglichkeiten standen dem Rechtsanwender allerdings nur offen, wenn § 611a Abs. 2 BGB aF insgesamt gemeinschaftsrechtswidrig gewesen wäre. Das wäre der Fall gewesen, wenn § 611a Abs. 2 BGB aF als Spezialregelung den Rückgriff auf andere Schadensersatzansprüche gesperrt hätte.<sup>682</sup> Anders war zu entscheiden, wenn die Norm – wie von der Bundesregierung im Verfahren behauptet wurde<sup>683</sup> – die Anwendung allgemeiner Schadensersatzregeln erlaubte und mit diesen in Anspruchskonkurrenz trat.<sup>684</sup> Im Kern stritt man über die Wirksamkeit des § 611a Abs. 2 BGB aF wegen des damit implizit ausgeschlossenen Einstellungsanspruchs<sup>685</sup> des abgelehnten Bewerbers.<sup>686</sup> Es ging also um nichts weniger als die *Präponderanz der Freiheit*. Das Bundesarbeitsgericht schloss sich der zweiten Auffassung an.<sup>687</sup> Danach blieb es bei der Wirksamkeit des § 611a Abs. 2 BGB aF und der dort ange-

678 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 18; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 18.

679 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 19; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 19.

680 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 28; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 28.

681 *Birk*, NZA 1984, 145, 147 ff; eingehend zu den jeweiligen Positionen *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 64 ff.

682 Dafür statt vieler: *Bertelsmann/Pfarr*, DB 1984, 1297 ff.

683 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 25; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 25.

684 Dafür statt vieler: *Zuleeg*, RdA 1984, 325, 329 ff.

685 Vgl. BT-Drs. 8/3317, S. 9.

686 Vgl. *Bertelsmann/Pfarr*, DB 1984, 1297, 1298 f (für einen Einstellungsanspruch) und *Zuleeg*, RdA 1984, 325, 329 f (kein Einstellungsanspruch).

687 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21.

ordneten Rechtsfolge. Eine Erweiterung des Schadensersatzanspruchs mittels richtlinienkonformer Auslegung war nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts aufgrund des klaren Wortlauts und der Entstehungsgeschichte nicht möglich.<sup>688</sup> Der Gemeinschaftsrechtsverstoß wurde vermieden, indem man in § 611a Abs. 2 BGB aF – wohl entgegen der Entstehungsgeschichte<sup>689</sup> – keine abschließende Regelung der Rechtsfolgen sah.<sup>690</sup> Das ermöglichte den Rückgriff auf eine deliktsrechtliche Sanktionierung.<sup>691</sup> Die geschlechtsspezifische Benachteiligung wurde als regelmäßig erhebliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufgefasst, die zum Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 847 BGB aF berechnete.<sup>692</sup> Im Normalfall folgte daraus eine Entschädigung in Höhe eines Monatsverdiensts.<sup>693</sup> Der Konflikt von Freiheit und Gleichbehandlung wurde wieder einmal freiheitsrechtlich gelöst. Das von *Salzwedel* bereits 1966 vorgestellte Modell<sup>694</sup> hatte 20 Jahre später seine Anschlussfähigkeit im deutschen Recht erneut unter Beweis gestellt.<sup>695</sup>

§ 611 Abs. 2 BGB aF wurde im Jahr 1994 geändert.<sup>696</sup> Der benachteiligte Bewerber konnte eine angemessene Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten beanspruchen, wenn der Arbeitgeber einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zu vertreten hatte.<sup>697</sup> Zugleich wurde – gemeinschaftsrechtskonform – ein Einstellungsanspruch ausdrücklich ausgeschlossen, § 611a Abs. 3 BGB aF. Damit war der Auffassung der Boden entzogen, die einen Anspruch auf Abschluss des Arbeitsvertrages schadensersatzrechtlich konstruieren wollte.<sup>698</sup> Die subjektive Anspruchsvoraussetzung war allerdings – wie man seit dem Urteil des EuGH in der Rs. *Dekker*<sup>699</sup> und daher seit vier (!) Jahren wusste – gemeinschaftsrechtswidrig. Die praktische Wirksamkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes verlangt, dass jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen muss, um die volle Haftung des Arbeitgebers zu begründen.<sup>700</sup> Es durfte daher niemanden überraschen, dass der

688 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 22.

689 Vgl. BT-Drs. 8/3317, S. 9 („eine besondere Regelung der Rechtsfolgen“).

690 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 22.

691 Vorgeschlagen von *Bertelsmann/Pfarr*, DB 1984, 1297, 1300 f.; *Zuleeg*, RdA 1984, 325, 331.

692 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21 f.; weitere Nachweise bei *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 43 Fn. 102 f.

693 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 23.

694 Siehe oben § 4 I 5.

695 Zur freiheitsrechtlichen Kritik dieses Lösungsansatzes im Arbeitsrecht siehe *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 43 ff.

696 Art. 7 Nr. 1 Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Zweites Gleichberechtigungsgesetz) v. 24.6.1994, BGBl. I S. 1406.

697 Nach § 61b ArbGG aF konnte der Arbeitgeber die Haftungssumme bei mehreren diskriminierten Bewerbern auf 6 bzw. 12 Monatsgehälter begrenzen.

698 Vgl. *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung, 1989, 211 ff mwN.

699 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. 177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 19 ff.

700 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. 177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 25.

Gerichtshof daher in der Rs. *Draehmpaehl* erneut einen Verstoß gegen die Richtlinie feststellte.<sup>701</sup> Differenzierter beurteilte der EuGH dagegen die Höchstgrenze der Entschädigung: Die Richtlinie erlaube dem nationalen Recht eine Begrenzung des Schadensersatzes auf drei Monatsgehälter, wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass der Bewerber die zu besetzende Position wegen der besseren Qualifikation des eingestellten Bewerbers auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte.<sup>702</sup> Richtlinienwidrig sei dagegen eine allgemeine Höchstgrenze, die auch dann gilt, wenn der Bewerber bei diskriminierungsfreier Auswahl die zu besetzende Position erhalten hätte.<sup>703</sup> Auch diese Entscheidung durfte nicht überraschen. Der Gerichtshof hatte in seiner *Marshall II*-Entscheidung bereits 1993 festgestellt, dass der Schadensersatz nicht von einer im Voraus festgelegten pauschalen Höhe begrenzt werden dürfe.<sup>704</sup> Daran orientierte sich der deutsche Gesetzgeber in der erneuten Änderung des § 611a BGB im Jahr 1998.<sup>705</sup> Der Gesetzgeber übte sich also erneut in Zurückhaltung bei der Übernahme des Gleichbehandlungsgrundsatzes. „Entsprechend dem in Deutschland überwiegend herrschenden Verständnis, die Gleichberechtigungsproblematik rechtlich bereits ausreichend geregelt zu haben, kam der deutsche Gesetzgeber den europäischen Vorgaben nur widerwillig nach und hat auch durch seine Maßnahmen in der Folgezeit bewiesen, daß er geschlechtsspezifische Diskriminierungen nur insoweit sanktionieren will, als dies nach EG-Recht unbedingt erforderlich ist.“<sup>706</sup>

#### c) Verfassungsrechtliche „Adoption“ des § 611a BGB aF

Ganz anders dagegen die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts. Es sah in § 611a Abs. 2 BGB aF eine Vorschrift, mit der der Gesetzgeber eine aus Art. 3 Abs. 2 GG folgende Schutzpflicht erfüllt habe.<sup>707</sup> Wörtlich genommen wäre das eine nachträgliche Unterstellung, die historisch nicht haltbar ist. § 611a BGB aF wäre ohne das Gemeinschaftsrecht nicht zustande gekommen, auch wenn während des Gesetzgebungsverfahrens auf die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG

701 EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rz. 16 ff. Zu den Problemen der Umsetzung eingehend Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 72 ff.

702 EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rz. 31 ff.

703 EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rz. 23 ff.

704 EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 32.

705 Art. 1 Nr. 1 Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Arbeitsgerichtsgesetzes v. 29.6.1998, BGBl. I S. 1694; teilweise kritisch zum völligen Verzicht auf das Verschuldenserfordernis *Annuß* in: Staudinger, § 611a Rn. 92 ff mwN (Neubearb. 2005).

706 *Annuß* in: Staudinger, § 611a Rn. 2 (Neubearb. 2005).

707 BVerfGE 89, 276, 285 f.

hingewiesen wurde.<sup>708</sup> Die Debatte über ein Antidiskriminierungsgesetz zur Verhinderung der Diskriminierung der Frauen Anfang der 1980er Jahre<sup>709</sup> kam auch deshalb nicht über das Anfangsstadium hinaus, weil ihr der Druck von „außen“, von Europa also, fehlte. Die These des Bundesverfassungsgerichts ist daher vor einem verfassungsdogmatischen und verfassungsprozessualen Hintergrund zu würdigen. In der kurz davor ergangenen grundlegenden Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot legte es eine, über die bisherigen Ansätze in seiner Rechtsprechung<sup>710</sup> hinausgehende, neue Konzeption von Art. 3 Abs. 2 GG vor:

*„Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Der Satz "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden.“<sup>711</sup>*

Das Gericht wendete diese Interpretation – die mit dem 1994 neu eingefügten<sup>712</sup> Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG im Text des GG klarstellend<sup>713</sup> verankert wurde – dann auf § 611a BGB aF an:

*„Der Erreichung dieser von Art. 3 Abs. 2 GG gesetzten Ziele dient auch § 611a BGB. Er erstreckt das Diskriminierungsverbot auf private Arbeitsbeziehungen und unternimmt es, Frauen gleiche Chancen im Beruf, insbesondere bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, zu sichern.“<sup>714</sup>*

Damit hat das Bundesverfassungsgericht § 611a BGB aF nachträglich verfassungsrechtlich „adoptiert“. Als Konsequenz daraus übertrug es die Konstruktion des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots auf das privatrechtliche Diskriminierungsverbot. Das lässt sich anhand des Wortlauts beider Entscheidungen beeindruckend nachweisen. Beginnen wir mit der verfassungsrechtlichen Konstruktion im Beschluss zum Nachtarbeitsverbot:

*„Das Geschlecht darf grundsätzlich [...] nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht*

708 Hohmann-Dennhardt, ZRP 1979, 241 f.

709 Siehe dazu Coester-Waltjen, ZRP 1982, 217; Gitter, NJW 1982, 1567, jeweils mwN.

710 Siehe dazu Sacksofsky in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III Rn. 353.

711 BVerfGE 85, 191, 207.

712 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

713 BVerfGE 92, 91, 109.

714 BVerfGE 89, 276, 285.

*auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt.*<sup>715</sup>

Vergleichen wird das mit der verfassungsrechtlichen Anforderung an die Interpretation des privatrechtlichen Diskriminierungsverbots:

*„Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG liegt bereits vor, wenn eine rechtliche Ungleichbehandlung an das Geschlecht anknüpft.“<sup>716</sup> Es kommt nicht darauf an, ob daneben auch andere Gründe maßgeblich waren. Soll die Beachtung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots auch für den Arbeitgeber bei Einstellungsentscheidungen verbindlich gemacht werden – und darin liegt der Sinn des § 611a Abs. 1 BGB –, so muß es diesem verwehrt sein, das Geschlecht eines Bewerbers bei seiner Entscheidung überhaupt zu dessen Lasten zu berücksichtigen. Das ist aber bereits dann der Fall, wenn in dem Motivbündel, das seine Entscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht des abgewiesenen Bewerbers als negatives oder das andere Geschlecht als positives Kriterium enthalten ist.“<sup>717</sup>*

Elke Herrmann hatte also Recht: Wenn § 611a BGB das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG auf private Arbeitsbeziehungen erstreckt und das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot auch für den Arbeitgeber verbindlich ist, ist er tatsächlich „Zivilrecht gewordener Art 3 GG“.<sup>718</sup> Er ist es, weil es vom Gesetzgeber so angeordnet wurde – und gleich aus zwei Gründen hat angeordnet werden müssen: aus gemeinschaftsrechtlichen und verfassungsrechtlichen.

Dass der Gesetzgeber mit § 611a BGB aF auch einer verfassungsrechtlichen Pflicht nachkam, beruht auf der verfassungsdogmatischen Rekonstruktion des Bundesverfassungsgerichts:

*„Bei Vorschriften, die grundrechtliche Schutzpflichten erfüllen sollen, ist das maßgebende Grundrecht dann verletzt, wenn ihre Auslegung und Anwendung den vom Grundrecht vorgezeichneten Schutzzweck grundlegend verfehlt. Dagegen ist es nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts zu kontrollieren, wie die Gerichte den Schutz im einzelnen auf der Grundlage des einfachen Rechts gewähren und ob ihre Auslegung den bestmöglichen Schutz sichert.“<sup>719</sup>*

Der Beschluss spricht nicht mehr von der „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte. Er entwickelt damit die in der *Lüth*-Entscheidung angelegte objektive Wirkung der Grundrechte im Privatrecht fort und verknüpft sie mit der Schutzpflichtenlehre, wie sie erstmals in der Entscheidung zur Fristenlösung 1975<sup>720</sup>

715 BVerfGE 85, 191, 206.

716 Hier zitiert das Gericht BVerfGE 85, 191, 206.

717 BVerfGE 89, 276, 285 f.

718 Herrmann, ZfA 1996, 19, 21.

719 BVerfGE 89, 276, 285 f.

720 BVerfGE 39, 1, 41 ff.

entwickelt wurde.<sup>721</sup> Die Schutzpflicht als Erklärung der Privatrechtswirkung von Grundrechten wurde von *Christian Starck* (1981) thematisiert<sup>722</sup> und von *Claus-Wilhelm Canaris* (1984) ausgebaut und vertieft<sup>723</sup>. Danach hat der Staat durch Privatrechtsgesetzgebung und durch die Rechtsprechung die Grundrechte einzelner vor Übergriffen anderer Privatrechtssubjekte zu schützen. Die Zweierrelationen Bürger-Staat und Bürger-Bürger werden von einer Dreiecksbeziehung: Bürger-Staat-Bürger abgelöst.<sup>724</sup> Auf der einen Seite hat der Staat aufgrund der objektiven Dimension der Grundrechte die geschützten Interessen des Betroffenen gegen einen privaten Übergriff zu schützen. Die Ausübung dieser Pflicht ist ihrerseits wiederum vom abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte begrenzt, die jeden Eingriff in die Freiheitssphäre des Anderen einschränken. Man kann daher vom „mehrpolgigen Verfassungsrechtsverhältnis“ sprechen.<sup>725</sup> Der Staat muss daher zwangsläufig bei der Ausgestaltung dieser Grundrechtspositionen über einen erheblichen Spielraum verfügen.<sup>726</sup> Die Schutzpflichtendogmatik wurde im Zusammenhang mit den Freiheitsgrundrechten entwickelt.<sup>727</sup> Das warf die Frage auf, ob aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und aus den besonderen Gleichheitsgarantien in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG überhaupt Schutzpflichten abgeleitet werden können. Die darauf seit den späten 1980er Jahren gefundenen Antworten prägen auch heute noch die Debatte:<sup>728</sup> Manche lehnen Schutzpflichten aus Gleichheitsrechten generell ab, konzedieren aber, dass eine Diskriminierung „die Würde des Mitmenschen in seiner Gleichheit als Mensch beleidigen kann“ und damit eine Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG auslöst.<sup>729</sup> Das ist nichts anderes als die *Salzwedelsche* Auffassung<sup>730</sup> von Nichtdiskriminierung durch Persönlichkeitsrechte in dogmatisch neuem Gewand. Andere sind dagegen der Auffassung, dass aus ihnen prinzipiell

721 Aus der kaum noch überschaubaren allgemeinen Literatur zur Schutzpflichtenlehre vgl. nur *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof, HbStR*, § 111 Rn. 1 ff, 77 ff; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2005; *Callies* in: *Merten/Papier, Handbuch Grundrechte*, § 44 Rn. 1 ff; speziell zur Entwicklung der Debatte von Schutzpflichten im Privatrecht statt vieler *Stern* in: *Stern, Staatsrecht*, Bd. III/1, 1572 ff; *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, 52 ff; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 20 ff, 141 ff.

722 *Starck*, JuS 1981, 241, 244 f.

723 *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.

724 Vgl. *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, 52.

725 *Callies*, JZ 2006, 321, 325 ff (im Wesentlichen identisch mit *Callies* in: *Merten/Papier, Handbuch Grundrechte*, Rn. 18).

726 So schon *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 227; vgl. dazu jetzt *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, 291 ff.

727 Vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, 228 ff.

728 Zum Streitstand *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 173 ff; *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 362 f; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 77 ff (jeweils mwN).

729 *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof, HbStR*, § 111 Rn. 96.

730 Siehe oben § 4 I 5.

Schutzpflichten abgeleitet werden können,<sup>731</sup> eine dritte Gruppe differenziert zwischen Art. 3 Abs. 1 GG einerseits und Art. 3 Abs. 2 und 3 GG andererseits und bejaht die Möglichkeit von Schutzpflichten jedenfalls für die besonderen Gleichheitssätze,<sup>732</sup> und eine vierte Ansicht stützt sich auf Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und bejaht sie daher nur für das Merkmal Geschlecht.<sup>733</sup> Letztlich wird hier das klassische Problem der Reichweite von Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht mit anderen methodischen Vorzeichen diskutiert. Es geht wieder um die Präponderanz der Freiheit, um den Schutz der Privatautonomie, die bei einer staatlichen Schutzpflicht zur Sicherung gleichmäßiger Behandlung der Privatrechtssubjekte untereinander zerstört würde.<sup>734</sup> Das verwundert nicht. Solange nicht geklärt ist, ob private Diskriminierung eine Grundrechtsverletzung ist, weil die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote auch Private binden, hilft die Schutzpflichtkonstruktion nicht weiter.<sup>735</sup> Genau an dieser Stelle setzte das Bundesverfassungsgericht an. Es hat in der Entscheidung zu § 611a BGB einen grundrechtlichen Schutzauftrag im Privatrecht aus einem Gleichheitsrecht abgeleitet, weil es davon ausging, dass die Verfassung mit Art. 3 Abs. 2 GG das Gleichberechtigungsgebot der Geschlechter in die gesellschaftliche Wirklichkeit erstrecken will.<sup>736</sup> Das Gericht verankerte diese Interpretation in Art. 3 Abs. 2 GG aF (= Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG nF). Es rezipierte über § 611a BGB aF indirekt gemeinschaftsrechtliche Gleichbehandlungskonzeptionen und sicherte damit ihre Durchsetzung, indem sie verfassungsrechtlich verstärkt wurden.<sup>737</sup> Die vom Europäischen Gerichtshof bereits in der *Defrenne II-Entscheidung* unternommene Erstreckung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in die gesellschaftliche Wirklichkeit wurde vom Bundesverfassungsgericht aufgegriffen und in Art. 3 Abs. 2 GG verankert. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Zusammenhang im Beschluss zu § 611a BGB noch nicht direkt angesprochen. Zehn Jahre später holte es dieses Versäumnis in einer Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Arbeitgeberpflicht, einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu leisten,<sup>738</sup> nach. Danach entspreche die von Art. 3 Abs. 2 GG ausgehende gesellschaftliche Dimension des Gleichberechtigungsgrundsatzes den europarechtlichen und internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik.<sup>739</sup> Das Gericht nimmt dabei ausdrücklich auf

731 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 173 ff; Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 84 ff.

732 Nickel, Gleichheit und Differenz, 1999, 148 ff; Uerpman-Wittzack, ZaöRV 68 (2008), 359, 364 ff; Sachs in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 144.

733 Krings, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, 188; Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 364 Fn. 30.

734 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 175.

735 Klar erkannt von Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 363 f.

736 BVerfGE 89, 276, 285.

737 Vgl. Coester, Jura 1995, 21, 22; Osterloh in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 261.

738 BVerfGE 109, 64.

739 BVerfGE 109, 64, 89.

die Richtlinie 76/207/EWG und auf Art. 11 des Übereinkommens vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)<sup>740</sup> Bezug. Ähnlich wie der ICERD,<sup>741</sup> enthält Art. 2 lit. e) CEDAW einen Schutzauftrag an die Unterzeichnerstaaten, alle geeigneten Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung der Frau durch (private) Personen und Organisationen zu ergreifen. Art. 11 CEDAW konkretisiert diese Pflicht für das Berufsleben und verpflichtet die Vertragsstaaten, der Frau auf Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau gleiche Rechte zu gewähren, einschließlich der Anwendung derselben Auswahlkriterien bei der Einstellung, Art. 11 Abs. 1 lit. b CEDAW. Beide Instrumente forderten, so das Gericht, die Beseitigung mittelbarer und faktischer Diskriminierungen.<sup>742</sup> Mit § 611a BGB sei der Gesetzgeber auch seiner verfassungsrechtlichen Pflicht nachgekommen, sicherzustellen, dass sich von ihm getroffene Schutzvorschriften zugunsten der Frau in der Wirklichkeit des Arbeitslebens nicht diskriminierend auswirken können.<sup>743</sup> Nach der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts stand § 611a BGB aF im Brennpunkt von Gemeinschafts-, Völker- und Verfassungsrecht. Obwohl der Gesetzgeber aufgrund Gemeinschaftsrechts gezwungen war, ein an Private adressiertes Diskriminierungsverbot zu schaffen, kam er damit zugleich seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht nach, „dem aus der Verfassung folgenden Diskriminierungsverbot Nachdruck zu verleihen.“<sup>744</sup> Dieses Verfassungsgebot ist seinerseits maßgeblich vom Gemeinschafts- und Völkerrecht beeinflusst. Dieser Zusammenhang verdeutlicht den indirekten Einfluss vor allem des Gemeinschaftsrechts auf die Weiterentwicklung des deutschen Verfassungsrechts. Damit kann man auch erklären, warum die Herstellung „faktischer“ Gleichheit gerade für das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ betont wurde. Es war Anfang der 1990er Jahre bereits tief im Gemeinschaftsrecht – und von dort ausgehend – auch im nationalen Recht verankert. Von dort aus fand es den Weg in die Verfassungsinterpretation und eröffnete dem Bundesverfassungsgericht die prozessuale Möglichkeit, Auslegung und Anwendung der Norm zur Sicherung ihrer gesellschaftlichen Dimension zu kontrollieren. Die Erklärung, mit § 611a BGB habe der Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht erfüllt, verdunkelt den tatsächlich gegebenen Ablauf: Weil der sachliche Anwendungsbereich des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsgrundrechts (Art. 119 EWG) die faktische Herstellung von Gleichberechtigung im Beruf nicht umfassend sicherstellen konnte, kam es zur Richtlinie 207/76/EWG, mit der die Mitgliedstaaten verpflichtet wurden, effektive Diskriminierungsverbote im nationalen Arbeitsrecht

740 BGBl. 1985 II, S. 648; UNTS Bd. 1249, S. 13; dazu *Tinker*, 3 Hum. R. Q. 32 (1981).

741 Dazu oben II 2 b.

742 BVerfGE 109, 64, 89.

743 BVerfGE 109, 64, 90.

744 BVerfGE 109, 64, 95.

einzuführen. Dieses Ziel konnte aufgrund der besonderen textlichen Offenheit von Art. 3 Abs. 2 GG aF unproblematisch verfassungsrechtlich abgesichert werden, ohne dass eine Verfassungsänderung notwendig wurde. Auch nach der Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG steht fest, dass die Schutzpflicht nicht daraus folgt.<sup>745</sup> Offen blieb in den 1990er Jahren dagegen, ob sie sich ausschließlich auf Art. 3 Abs. 2 GG beschränkte oder ob auch die anderen in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale Schutzpflichten auslösen können.<sup>746</sup> Mittlerweile hat das Gericht jedenfalls für das Merkmal „Behinderung“ (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) einen Zusammenhang zwischen „dem aus der Verfassung folgenden Diskriminierungsverbot“ und gesetzlichen Diskriminierungsverboten und Kündigungsschutzregelungen hergestellt.<sup>747</sup> Der ebenfalls hergestellte Zusammenhang zwischen dem Gleichberechtigungsgesetz und den dadurch erfüllten europarechtlichen und internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik<sup>748</sup> lässt darüber hinaus den Schluss zu, dass alle Diskriminierungsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 GG eine gesellschaftliche Dimension aufweisen und vom Bundesverfassungsgericht *mittlerweile* auch so aufgefasst werden.<sup>749</sup> Mitte der 1990er Jahre beschränkte sich nämlich der gemeinschaftsrechtliche Einfluss im Wesentlichen auf das Merkmal Geschlecht. Das hat sich seit dem Jahr 2000 erheblich geändert. Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts war daher der zentrale Faktor, der zur ersten Expansionsphase von Diskriminierungsverboten im Privatrecht geführt hat. Art. 119 EWG, die Richtlinie 76/207/EWG, § 611a BGB aF und die Neuinterpretation von Art. 3 Abs. 2 GG – diese Vorgänge haben den Boden für Diskriminierungsverbote im Privatrecht bereitet. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht war spätestens in den 1990er Jahren im Vordringen.<sup>750</sup>

#### 4. Gleichheit und differenzierte Gerechtigkeit – Bestandsaufnahme und Ausblick auf die zweite „Expansionsphase“ ab dem Jahr 2000

Zieht man eine Bilanz der Entwicklungen im deutschen Privatrecht bis zum Jahr 2000, stellt man zunächst fest, dass es eine Reihe von punktuellen Gleichbehandlungspflichten gab.<sup>751</sup> Den Schwerpunkt bildete dabei das Arbeitsrecht, während im allgemeinen Zivilrecht große Zurückhaltung herrschte.

745 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 180; Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 87 ff.

746 Dazu näher Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 180 f.

747 BVerfGE 109, 64, 95.

748 BVerfGE 109, 64, 89.

749 So Uerpmann-Wittzack, ZaöRV 68 (2008), 359, 364 ff, iE auch Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 177 ff; Sachs in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 144; dezidiert anders Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 337 ff.

750 So zutreffend, aber sehr kritisch Herrmann, ZfA 1996, 19, 25.

751 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 22.

### a) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote

Die Tarifvertragsparteien waren im Ergebnis an die besonderen Gleichheitssätze aus Art. 3 Abs. 3 GG gebunden, wobei die vom Bundesarbeitsgericht früher einheitlich vertretene Auffassung der unmittelbaren Grundrechtsgebundenheit<sup>752</sup> im Laufe des hier untersuchten Zeitraums vermehrt aufgegeben wurde und einer Begründung aus der Schutzpflichtenfunktion wich.<sup>753</sup> Betriebsrat und Arbeitgeber waren bei allen Maßnahmen mit kollektivem Bezug an die Diskriminierungsverbote in § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG gebunden. Weil es ein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB ist, räumt § 75 Abs. 1 BetrVG dem einzelnen Arbeitnehmer das individuelle Recht ein, nach diesen Grundsätzen behandelt zu werden, zumal es sich hierbei letztlich ohnehin nur um sich unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis ergebende gesteigerte Treue- und Fürsorgepflichten handelt.<sup>754</sup> Für bestehende Arbeitsverhältnisse ließ sich ein Diskriminierungsschutz aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz begründen.<sup>755</sup> Differenzierungen auf Grundlage der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten und in § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG wiederholten Merkmale waren kein sachlicher Grund einer ungleichen Behandlung oder Gruppenbildung. § 611a BGB aF verbot dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Bewerber wegen des Geschlechts zu benachteiligen; § 611b BGB aF verlagerte diese Pflicht in die Ausschreibungsphase vor, § 612 Abs. 3 BGB aF verankerte den Grundsatz gleichen Entgelts für gleichwertige Arbeit. Bei Schwerbehinderten erschöpfte sich das individualrechtliche Diskriminierungsverbot in der Zustimmungspflicht einer Kündigung nach § 14 SchwBG;<sup>756</sup> vor und bei Abschluss des Arbeitsvertrags existierte dagegen kein spezifischer Diskriminierungsschutz.<sup>757</sup> Ein umfassendes, dem § 611a BGB aF nachgebildetes Diskriminierungsverbot schwerbehinderter Beschäftigter war erst ab 2001 in § 81 Abs. 2 SGB IX aF vorgeschrieben.<sup>758</sup> Ungleichbehandlungen, die auf die Religion von Arbeitnehmern zurückzuführen sind, hat die Rechtsprechung traditionell freiheitsrechtlich unter Abwägung der Religionsfreiheit des Arbeitnehmers mit den freiheitsrechtlichen Gegenpositionen des Arbeitgebers gelöst.<sup>759</sup> Dasselbe galt für Benachteiligungen wegen des Alters, die regelmäßig an Art. 12 GG gemessen wurden.<sup>760</sup> Ein ausdrückliches, über den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und § 75 Abs. 1

752 Grundlegend BAGE 1, 258.

753 Zur Entwicklung des Streitstandes vgl. *Dieterich*, RdA 2005, 177, 178 f.

754 BAG AP Nr. 2 zu § 17 BBiG = NZA 1985, 329, 331.

755 Zusammenfassend zu dieser Möglichkeit und ihren Grenzen *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 122 ff; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 117 ff.

756 BGBl. 1974 I S. 1006.

757 Näher zum Diskriminierungsschutz behinderter Personen vor 2000, *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 164 ff.

758 Dazu *Rolfs/Paschke*, BB 2001, 1260, 1261 f.

759 Dazu *Däubler* in: Däubler, AGG, Einl. Rn. 52 ff mwN.

760 Dazu *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 303 ff mwN.

BetrVG hinausreichendes Verbot rassistischer Diskriminierungen in Arbeitsverhältnissen existierte ebenfalls nicht.<sup>761</sup> Hier wurde ein Schutz vor Diskriminierungen in Umsetzung der Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 GG regelmäßig nur über die zivilrechtlichen Generalklauseln gewährleistet.

Dasselbe galt für Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Orientierung eines Arbeitnehmers. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts war eine während der Probezeit erfolgte Kündigung nach § 242 BGB unwirksam, wenn sie nur wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers erfolgte.<sup>762</sup> Dieser Fall zeigt exemplarisch die Schwierigkeiten eines lediglich über Generalklauseln vermittelten Diskriminierungsschutzes: Kritiker konnten dem Bundesarbeitsgericht vorwerfen, die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers<sup>763</sup> über neu entwickelte Kündigungsverbote zu beschränken, obwohl aus § 1 Abs. 1 KSchG folge, dass der Arbeitgeber vor Ablauf der Wartezeit aus jedem beliebigen Grund kündigen könne: „Der Arbeitgeber hat die Privatautonomie nicht ‘ausgenutzt’, sondern berechtigt genutzt.“<sup>764</sup> Weil die Generalklauseln – sei es § 242 BGB oder § 138 BGB<sup>765</sup> – keine Kriterien vorgeben, hängt es letztlich vom Standpunkt des Rechtsanwenders ab, ob er in einer Ungleichbehandlung die legitime Ausübung von Privatautonomie oder eine problematische Diskriminierung aufgrund personenbezogener Merkmale sieht. Sehr nachdenklich stimmt, dass und wie es diese Methode ermöglicht, die eine Minderheit gegen die andere auszuspielen:

*„Sittenwidrig ist beispielsweise eine Arbeitgeberkündigung mit der Begründung, der Arbeitnehmer sei ‘Jude’. Ein solcher Kündigungsgrund steht im eklatanten Widerspruch zu Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 GG und damit im offensichtlichen Gegensatz zum Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Demgegenüber wird die Kündigung wegen Homosexualität nicht von § 138 Abs. 1 BGB erfasst. Die Homosexualität ist keine gesetzlich besonders geschützte Lebensform und daher als Kündigungsanlaß mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden vereinbar. Das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschütztes Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers hat keinen Vorrang gegenüber der grundrechtlich ebenfalls geschützten Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Arbeitgebers.“<sup>766</sup>*

Das war im Vergleich zum Berufungsgericht noch zurückhaltend formuliert.<sup>767</sup> Das Bundesarbeitsgericht hat es anders gesehen. Dem Gericht war bewusst, dass es nicht alleine um die Gestaltung eines privaten Lebensbereichs eines Arbeitnehmers ging, sondern um die des homosexuellen Arbeitnehmers. Es verglich daher

761 Siehe Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 170 ff.

762 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080, 1082 f.

763 Dazu aus dem Schrifttum innerhalb des Untersuchungszeitraums Boemke, NZA 1993, 532, 537.

764 Hoyningen-Huene, EzA § 242 BGB Nr. 39 11 ff.

765 Für die Anwendung des § 138 BGB statt des wegen § 1 KSchG nicht anwendbaren § 242 BGB plädiert Hoyningen-Huene, EzA § 242 BGB Nr. 39 13.

766 Hoyningen-Huene, EzA § 242 BGB Nr. 39 14.

767 Vgl. die Zusammenfassung der Entscheidungsgründe in BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080.

den Kläger ganz folgerichtig mit einem heterosexuellen Arbeitnehmer<sup>768</sup> und konnte dadurch zum Kern des Problems vordringen: Weil die Ungleichbehandlung eines homosexuellen Arbeitnehmers in keinem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stand, war sie sachlich nicht zu rechtfertigen.<sup>769</sup> Selbst wenn man von einer Privatrechtswirkung der Grundrechte ausgeht, gab es im Fall eine methodische Hürde zu überwinden: Die sexuelle Orientierung war (und ist) in Art. 3 Abs. 3 GG nicht genannt. Allerdings war die verfassungsrechtliche Entwicklung im Entscheidungszeitpunkt schon weiter fortgeschritten. Das Bundesverfassungsgericht legte in der *Transsexuellen III* – Entscheidung (1993) den Grundstein einer strengeren Prüfung von Ungleichbehandlungen nach Art. 3 Abs. 1 GG, wenn diese mit den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Persönlichkeitsmerkmalen vergleichbar sind und zu einer Diskriminierung einer gesellschaftlichen Minderheit führen können.<sup>770</sup> Weil dieser Ansatz an Art. 3 Abs. 1 GG geknüpft war, ließ sich freilich darüber streiten, ob er auch auf privatrechtliche Beziehungen übertragbar war.<sup>771</sup> Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht über Generalklauseln steht daher immer vor einer Reihe methodischer Probleme, von der Begründung des Geltungsgrundes über das Vorliegen seiner Voraussetzungen bis hin zu den Rechtsfolgen.

### b) Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht

Das gilt verstärkt für die Rechtsfolgen einer Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, wie sie bis zum Jahr 2000 diskutiert wurden. Ausdrückliche Sonderregelungen gab es nur vereinzelt. Ein Beispiel ist der 1994 eingeführte<sup>772</sup> § 81e VAG. Danach bildeten Tarifbestimmungen und Prämienkalkulationen, die auf die Staatsangehörigkeit des Versicherungsnehmers oder Versicherten oder auf deren Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe abstellen, einen versicherungsaufsichtsrechtlichen Missstand, den die Aufsichtsbehörde untersagen kann (§ 81 Abs. 2 VAG). Die Regelung war die Antwort auf eine weit verbreitete diskriminierende Praxis von Kfz-Pflichtversicherungsunternehmen. Die Halter türkischer, jugoslawischer, griechischer und auch italienischer Herkunft wurden vielfach benachteiligt, weil man von einem signifikanten statistischen Zusammenhang zwischen Staatsangehörigkeit und Schadensfall ausging.<sup>773</sup> Im Ergebnis lässt sich die

768 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080.

769 Zum gleichheitsrechtlichen Kernproblem des Falls *Sandmann*, SAE 1995, 107, 108.

770 BVerfGE 88, 87, 96.

771 Bejahend *Sandmann*, SAE 1995, 107, 108.

772 Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften v. 21.7.1994, BGBl. I S. 1630.

773 Näher dazu und zur Reichweite des Diskriminierungsverbots *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 125 ff; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 210 ff; *Krömmelbein*, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung, 2007, 199 ff.

von § 81e VAG bewirkte Einschränkung der Vertragsinhaltsfreiheit des Versicherers mit der aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG folgenden Schutzpflicht erklären.<sup>774</sup> Dagegen waren Frauenprämien in Lebensversicherungen und privaten Krankenversicherungen weit verbreitet und nach ganz überwiegender Auffassung wegen statistischer Zusammenhänge zwischen Geschlecht und Versicherungsfall rechtlich unproblematisch.<sup>775</sup>

Im Übrigen blieb regelmäßig nur der Rückgriff auf die Generalklauseln in Kombination mit einer Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG. Daneben sanktionierte man Diskriminierungen regelmäßig primär über das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Aber auch das war nicht unumstritten, weil sich einige fragten, „ob der Tatbestand der Vertragsverweigerung jenseits der persönlichen Betroffenheit des abgewiesenen Bewerbers überhaupt die Voraussetzungen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung erfüllt“. <sup>776</sup> Nicht durchsetzen konnte sich *Claus-Wilhelm Canaris*, der den Diskriminierungsverboten aus Art. 3 Abs. 3 GG über § 134 BGB unmittelbare Wirkung im Privatrecht – inklusive letztwilligen Verfügungen – beimessen wollte.<sup>777</sup> Die grundsätzliche Sittenwidrigkeit (§§ 138 Abs. 1, 826 BGB) von Diskriminierungen jedenfalls aufgrund der „Rasse“ und ethnischen Herkunft war in den 1990er Jahren prinzipiell anerkannt, wie die Auffassung *Bezenbergers* zeigt. Dasselbe dürfte ab 1994 wegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auch für Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung gegolten haben.<sup>778</sup> Nicht nachweisen lässt sich die später während des Gesetzgebungsverfahrens zum AGG aufgestellte Behauptung<sup>779</sup>, dies gelte – außerhalb des Arbeitsrechts – auch für andere Merkmale wie Religion, Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung.

Sehr kontrovers wurden die einzelnen Rechtsfolgen einer sittenwidrigen Diskriminierung diskutiert. Fest stand, dass sittenwidrige Rechtsgeschäfte nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig waren. Grundsätzlich war man auch bereit, dem Diskriminierten Ersatz immaterieller Schäden wegen Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus § 823 Abs. 1 BGB oder § 826 BGB zu gewähren. Umstritten blieb, ob aus § 826 BGB grundsätzlich auch eine Pflicht des Diskriminierenden zum Vertragsschluss mit dem Diskriminierten folgte<sup>780</sup> oder ob die Privatautonomie außerhalb einer klassischen Monopolsituation grundsätzlich auch bei einer unerlaubten Diskriminierung Vorrang genoss.<sup>781</sup> Dabei ging es weniger um

774 Einzelheiten bei *Krömmelbein*, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung, 2007, 222 ff.

775 Vgl. dazu *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 214 ff.

776 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 215; in der Sache auch *Wiese*, JuS 1990, 357, 359 f; *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 49.

777 *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 ff.

778 *Neuner*, NJW 2000, 1822, 1829.

779 *Koppenfels*, WM 2002, 1489, 1493.

780 So *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 427 ff für rassistische Diskriminierungen.

781 Siehe zu dieser Position *Busche*, Privatautonomie, 1999, 278 ff.

die im Einzelnen umstrittene Konstruktion des Kontrahierungszwangs entweder als schadensersatzrechtliche Naturalrestitution oder als quasisnegatorischer Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch,<sup>782</sup> sondern um die prinzipielle Ebene: Hier trafen sich die beiden Prinzipien von Freiheit und Gleichheit in voller Härte: *Bezenberger* als ein Vertreter der ersten Auffassung wies darauf hin, dass die Rechtsordnung vom Diskriminierten nicht verlangen könne, eine sittenwidrige Diskriminierung zu dulden und möglicherweise „nur“ zu liquidieren.<sup>783</sup> Die Protagonisten der Gegenmeinung konnten einen Kontrahierungszwang wegen der Bedeutung der (negativen) Vertragsfreiheit nur dann rechtfertigen, wenn dem abgelehnten Vertragspartner keine Ausweichmöglichkeiten offen stünden und er deshalb unausweichlich auf die ihm vorenthaltene Leistung angewiesen sei.<sup>784</sup> Im Regelfall sei ein Kontrahierungszwang auch nicht geeignet, weil an der eigentlichen vertraglichen Leistung kein spezifisches Interesse mehr bestünde.<sup>785</sup> Es verwundert schon, dieses Argument von Verteidigern der Freiheit zu hören. Gerade aus der freiheitlichen Ordnung folgt doch, dass es Sache des jeweiligen Privatrechtsakteurs bleiben muss, selbst zu entscheiden, ob er ein Interesse an der vertraglichen Leistung hat und wie er dieses verfolgen möchte.<sup>786</sup> Gegen einen Kontrahierungszwang wurde schließlich auch auf ein klassisches Argument zurückgegriffen, das bereits der *Supreme Court* in den *Civil Rights Cases*<sup>787</sup> und in *Plessy v. Ferguson*<sup>788</sup> gegen Diskriminierungsverbote im sozialen Bereich verwendete und das im Anwendungsbereich des AGG wieder auftauchen wird. Es geht um die Grenzen des Rechts bei der Gestaltung sozialer Beziehungen:

„Das Recht ist insoweit selten in der Lage, die Vertragsdurchführung behindernde Vorurteile des Diskriminierers zu beseitigen, insbesondere wenn die Vertragsabwicklung einen engeren bzw. längeren persönlichen Kontakt zwischen den Vertragsparteien erfordert.“<sup>789</sup>

Das war „halb hoffend, halb resignierend“ gesagt, weil das Recht angeblich schlichte, aber nicht freunde.<sup>790</sup> Dabei wurde aber übersehen, dass Diskriminierungsverbote gar nicht freunden können, weil sie bei engeren persönlichen Kontakten schon nicht anwendbar sind.<sup>791</sup> Den schlichtenden Aspekt betreffend, waren mit der Festlegung auf die Präponderanz der Freiheit die Würfel bereits gefallen. Obwohl man in der Literatur eine Schutzpflicht des Staates aus Art. 3

782 Dazu statt aller *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 10 ff; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 220 ff, 225 ff.

783 Vgl. *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 430.

784 *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 41 ff; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 214 ff.

785 *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 43 Fn. 69.

786 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 280 f.

787 Siehe oben § 3 III 4.

788 Siehe § 3 III 5.

789 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 289.

790 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 289.

791 Siehe *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 148; *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 415 f, deren Position von *Busche*, Privatautonomie, 1999, 289 in einen nicht ganz zutreffenden Kontext gestellt wurde.

Abs. 3 GG zunehmend bejahte,<sup>792</sup> führte diese Festlegung zwangsläufig dazu, dass man einen Kontrahierungszwang bei Diskriminierungen wegen der "Rasse" oder anderer in Art. 3 Abs. 3 GG genannter Merkmale nur beim Vorliegen zusätzlicher Umstände anzunehmen bereit war.<sup>793</sup> Insgesamt wurde die diskriminierende Vertragsverweigerung als Delikt behandelt.<sup>794</sup> Nicht die Differenzierung selbst wurde sanktioniert, sondern die Missachtung des Diskriminierten auf Achtung seiner Persönlichkeit.<sup>795</sup> Völlig ausgeblendet wurde der Aspekt, dass Diskriminierungsschutz nicht nur einen sozialen Achtungsanspruch, sondern auch einen sozialen Gleichheitsanspruch sichert.<sup>796</sup> Daher beschränkten sich die Rechtsfolgen auf die Fälle der unmittelbaren Diskriminierungen. Die deliktischen Tatbestandsvoraussetzungen machten es schwierig bis unmöglich, auch Fälle mittelbarer Diskriminierung zu sanktionieren.<sup>797</sup> Die vertragliche oder vorvertragliche Verankerung von Diskriminierungsverboten außerhalb der Spezialregelungen konnte sich nicht durchsetzen.<sup>798</sup> Das gilt besonders für *Dagmar Schiek*'s Versuch, in der diskriminierenden Vertragsverweigerung einen Verstoß gegen vorvertragliche Pflichten zu sehen, „wenn und soweit jemand den ersten Schritt zur rechtsgeschäftlichen Kontaktaufnahme im Rahmen einer gesellschaftlichen Öffentlichkeit gemacht hat.“<sup>799</sup> Man konnte allein aus dem Umstand, dass jemand öffentlich zum Ausdruck bringt, mit einer unbestimmten Anzahl von Marktteilnehmern kontrahieren zu wollen, nicht ohne weiteres auf eine daraus folgende Pflicht zum Vertragsschluss schließen.<sup>800</sup> Das war unvereinbar mit dem herrschenden Paradigma von der Präponderanz vertraglicher Selbstbestimmung des Anbietenden.

Blickt man auf die Entwicklungen im Erbrecht, ist man im Wesentlichen innerhalb der von *Dürig* und *Mikat* gezeichneten Bahnen<sup>801</sup> geblieben. Der Bundesgerichtshof hatte im Untersuchungszeitraum zwei Fälle dazu zu entscheiden: In einer 1978 getroffenen Entscheidung ging es um die Frage, ob eine mittels Erbvertrags errichtete Ehegattenstiftung nichtig sei, weil die Stiftungssatzung die männlichen Nachkommen bevorzugte.<sup>802</sup> 1998 musste der Bundesgerichtshof entscheiden, ob eine sog. „Ebenbürtigkeitsklausel“ nichtig ist, wonach die Erben-

792 Zum Streitstand vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 177 ff; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 249 ff.

793 So *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 151 f; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 493 f; zur Frage, ob aus § 611a Abs. 2 Hs. 2 BGB aF eine Sperrwirkung gegenüber der Anwendung des allgemeinen Kontrahierungszwang folgte, verneinend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 215 f.

794 Näher *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 390 ff.

795 So *Reppen*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 89.

796 So die zutreffende Kritik von *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 145.

797 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 393.

798 Zu den Gründen *Neuner*, JZ 2003, 57, 61.

799 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 399 [Zitat auf S. 406].

800 So deutlich *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 32, 39 ff; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 143 ff.

801 Dazu oben § 4 I 2 c).

802 BGHZ 70, 313.

stellung in der letztwilligen Verfügung davon abhängig gemacht wird, ob der potentielle Erbe „standesgemäß“ verheiratet ist oder aus einer „standesgemäßen“ Ehe hervorgegangen ist.<sup>803</sup> Ausgangspunkt beider Entscheidungen ist die These, dass eine letztwillige Verfügung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein kann, wenn der Erblasser aufgrund der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale differenziert. Weil seine Testierfreiheit ebenfalls verfassungsrechtlich in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist, „kann eine den Differenzierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG widerstreitende letztwillige Verfügung im Lichte der Testierfreiheit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sittenwidrig sein.“<sup>804</sup> Damit hatte sich die Auffassung, dass jede Differenzierung anhand der Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG nichtig sei,<sup>805</sup> nicht durchsetzen können. Kein solcher Ausnahmefall war nach der Rechtsprechung die Bevorzugung nur männlicher Nachkommen: Weil der Erblasser berechtigt sei, nur einen Abkömmling zum Erben zu bestimmen, könne er sich für einen männlichen entscheiden.<sup>806</sup> Das war zwar richtig, lag zugleich aber neben der Sache. *Canaris* wies darauf hin, dass es einen Unterschied mache, ob der Erblasser unter seinen Kindern einen Erben konkret aussucht oder ob er einen Erben *allein* daher einsetzt, weil er *Sohn* und damit Mann ist.<sup>807</sup> Diese Kritik scheint für andere Diskriminierungsmerkmale Wirkung getragen zu haben. Im *Hohenzollern*-Fall prüfte der Bundesgerichtshof intensiv, ob eine Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft wegen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG sittenwidrig war.<sup>808</sup> Er verneinte dies, weil der Erblasser damit die Sicherung der Familientradition verfolgte und es ihm gerade nicht um eine Diffamierung des Abkömmlings ging.<sup>809</sup> Damit knüpfte er in der Sache an eine bereits von *Thielmann* vorgenommene Differenzierung an: Danach sollte jede nachlassbezogene Motivation des Erblassers Ungleichbehandlungen rechtfertigen können.<sup>810</sup> Eine Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen, die darauf gerichtet und dazu geeignet war, den Betroffenen in seiner Würde herabzusetzen, wäre dagegen vom Bundesgerichtshof als sittenwidrig beurteilt worden.<sup>811</sup> Das traf nach Ansicht vieler besonders auf rassistische Diskriminierungen zu.<sup>812</sup> Einig war man sich darüber aber nicht und manche wollten wie *Bezenberger* der Testierfreiheit Vor-

803 BGHZ 140, 118.

804 BGHZ 140, 118, 132; ähnlich BGHZ 70, 313, 325: „Daher können allenfalls bestimmte Verstöße gegen Art. 3 GG, die aus besonderen Gründen als anstößig empfunden werden, das Geschäft sittenwidrig machen.“.

805 *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 f.

806 BGHZ 70, 313, 325 f.; BGHZ 140, 118, 129 f.

807 Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 236.

808 BGHZ 140, 118, 131 ff.; dazu eingehend unten § 5 VIII.

809 BGHZ 140, 118, 133 f.

810 *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 1973, 307.

811 BGHZ 140, 118, 132.

812 So bereits *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160, 179; *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 597 f.; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 1973, 306; weitere Nachweise bei *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 417 Fn. 127.

rang gegenüber Diskriminierungsverboten wegen der Rasse einräumen.<sup>813</sup> Wie die im Zusammenhang mit dem *Hohenzollern*-Fall seit 1999 geführte Debatte<sup>814</sup> verdeutlicht, wird der Konflikt von Privatautonomie und Diskriminierungsverboten im Erbrecht noch zugespitzter wahrgenommen als im Vertragsrecht. Das Bundesverfassungsgericht wich in der Begründung der erfolgreichen Verfassungsbeschwerde<sup>815</sup> gegen die Entscheidungen der Zivilgerichte im *Hohenzollern*-Fall dem Problem aus. Es hob die Entscheidungen nicht aus gleichheits-, sondern aus freiheitsrechtlichen Gründen auf: Es wäre zu prüfen gewesen, so das Bundesverfassungsgericht, ob die Ebenbürtigkeitsklausel geeignet war, die Eheschließungsfreiheit des als Nacherben eingesetzten Abkömmlings des Erblassers mittelbar zu beeinflussen, weil sie einen unzumutbaren Druck auf ihn ausgeübt hat.<sup>816</sup>

c) *Vom status quo am Ende der ersten „Expansionsphase“ zum Beginn der zweiten „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten im Privatrecht*

Wie also ist der im Jahr 2000 erreichte Stand von Diskriminierungsverboten im deutschen Privatrecht zu beschreiben? Bot das geltende Recht bereits einen umfassenden Schutz gegen Diskriminierungen, wie während des Gesetzgebungsverfahrens zum AGG von dessen Kritikern behauptet wurde?<sup>817</sup> Oder traf die Einschätzung der Bundesregierung und der Befürworter des AGG zu, dass es vorher einen wirklich effektiven Schutz von den zukünftig ausdrücklich geregelten Diskriminierungen nicht gegeben hatte?<sup>818</sup> Eine Zusammenschau des *status quo* zum Diskriminierungsschutz im deutschen Recht im Jahr 2000 lieferten *Dagmar Schiek* in ihrer im Jahr 2000 erschienenen Habilitationsschrift „Differenzierte Gerechtigkeit“<sup>819</sup> und *Rainer Nickel* in seiner Monographie über „Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik“ (1999)<sup>820</sup>. Beide sind Protagonisten eines erweiterten Diskriminierungsschutzes und suchten nach Möglichkeiten, das damals geltende Recht so auszulegen, dass es weitgehenden Diskriminierungsschutz gewährte. Insbesondere *Schiek* hielt es für möglich, einen „(vor)vertraglichen Schutz vor personaler Diskriminierung“ *de lege lata* begründen zu können, wenn man bereit sei, vertragsrechtliche Paradigmata so weiterzuentwickeln, dass Dis-

813 *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 416 ff; zurückhaltend auch *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 164 f.

814 *Leipold*, LM § 138 (Cd) Nr. 30; *Probst*, JR 1999, 508; *Schmoeckel*, JZ 1999, 517; *Leipold*, FG 50 Jahre BGH (Bd. 2), 2000, 1011, 1042 f; *Staudinger*, Jura 2000, 467; *Gutmann*, NJW 2004, 2347; *Isensee*, DNotZ 2004, 754; *Otte*, ZEV 2004, 393; *Gaier*, ZEV 2006, 2.

815 BVerfG NJW 2004, 2008.

816 BVerfG NJW 2004, 2008, 2009 f.

817 *Koppenfels*, WM 2002, 1489, 492 ff; *Säcker*, BB 2004, Beilage Nr. 16, 16, 17 f.

818 BT-Drs. 16/1780, 22; *Neuner*, JZ 2003, 57, 66; *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 4.

819 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 113-287, 359-409. Diese Einschätzung bestätigen die Begründung zum AGG-Entwurf, BT-Drucks. 16/1780, S. 21-23 und *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, 2; zur Gegenansicht siehe *Koppenfels*, WM 2002, 1489, 1492-1494.

820 *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 67-155.

kriminierungsverbote im Vertragsrecht nicht mehr als Fremdkörper wahrgenommen werden.<sup>821</sup> Gleichwohl kamen beide übereinstimmend zum Ergebnis, dass im deutschen Zivilrecht kein allgemeines, ausdrückliches und effektives Verbot der Diskriminierung aus Gründen der "Rasse" und ethnischen Herkunft, des Geschlechts oder der Behinderung bestand:

*„Zwischen dem moralisch-rechtlichen Anerkennungsanspruch der Betroffenen auf gleiche Behandlung und Nichtdiskriminierung im Rechtsverkehr, den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik zu einem umfassenden Diskriminierungsschutz und den europarechtlichen Tendenzen hierzu einerseits sowie den tatsächlich vorhandenen und durchsetzbaren materiell-rechtlichen Rechtspositionen andererseits klafft eine nicht zu überbrückende Lücke.“<sup>822</sup>*

*„Darüber hinaus ist die Tatsache, dass Diskriminierungsschutz auch ohne legislative Maßnahmen gewährleistet werden kann, seit über 20 Jahren in der Literatur immer wieder betont worden, ohne dass sich dadurch der Diskriminierungsschutz in der gerichtlichen Praxis durchgesetzt hätte.“<sup>823</sup>*

Diese einfachrechtliche „Schutzlücke“ konnte auch nicht verfassungsrechtlich geschlossen werden. Abgesehen von der Geschlechterdiskriminierung,<sup>824</sup> bestand bei der Annahme von Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 GG erhebliche Zurückhaltung.<sup>825</sup> Selbst wenn man eine Schutzpflicht bejahte, konnte man daraus nicht eine Verpflichtung des Staates ableiten, Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr mittels neu zu schaffender privatrechtlicher Diskriminierungsverbote zu bekämpfen.<sup>826</sup> Gleichbehandlungspflichten Privater waren ein Fremdkörper im deutschen Privatrecht. Genauer formuliert: Sie waren ein Fremdkörper in einer Privatrechtskonzeption, deren Strukturelement in der *Präponderanz der Freiheit vor der Gleichheit* bestand. *Jens Dammann* verteidigte diese Konzeption noch vor wenigen Jahren nachdrücklich. Er sieht in der gesetzgeberischen Entscheidung für die Privatautonomie zugleich eine gezielte Entscheidung des Gesetzgebers, den Konflikt zwischen den Freiheitsrechten des Diskriminierenden und den Verpflichtungen des Staates zur Herstellung gesellschaftlicher Chancengleichheit grundsätzlich im Sinne der Freiheit zu lösen.<sup>827</sup> Diese Festlegung hat – auch dafür steht *Dammann* beispielhaft – methodisch erhebliche Konsequenzen: Weil sich der Gesetzgeber im Grundsatz für die Zulässigkeit der Diskriminierung entschieden habe, treffe denjenigen, der die Generalklauseln oder bereits existierende spezielle Diskriminierungsverbote extensiv auslege, eine beträchtliche Argumen-

821 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 289 ff, 344 ff.

822 *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 154.

823 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 409.

824 Siehe oben § 4 II 3 c).

825 *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 177 ff; *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 361 ff; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 339 ff.

826 *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 146 ff; vertiefend dazu *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 48–107.

827 *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 114; siehe auch S. 131–134.

tationslast.<sup>828</sup> Das deutsche Privatrecht, so lässt sich der Befund knapp zusammenfassen, kannte zwar einzelne Diskriminierungsverbote und sicherte ihre Durchsetzung teils spezialgesetzlich, größtenteils über die Generalklauseln. Insgesamt folgte es aber einem „schwachen“ Nichtdiskriminierungskonzept.<sup>829</sup>

Aus Europa kamen spätestens seit dem Jahr 2000 andere Signale. *Schiek* wies darauf hin, dass den „verschiedenen Positivierungen des Gemeinschaftsvertragsrechts ein (vor)vertragliches Prinzip der Nichtdiskriminierung entnommen werden“ und in das Privatrecht integriert werden könnte.<sup>830</sup> Das Jahr 2000 markiert in der Tat einen Wendepunkt: Die Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft und die Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf wurden verabschiedet. Diese Richtlinien markieren einen tiefen Einschnitt in der Debatte um Grund und Grenzen von Diskriminierungsverboten im Privatrecht, weil mit ihnen die zweite „Expansionsphase“ von Gleichbehandlungspflichten Privater im allgemeinen Zivilrecht und im Arbeitsrecht begann.<sup>831</sup> Grundlage dafür war der im Vertrag von Amsterdam v. 2.10.1997<sup>832</sup> neu eingefügte Art. 13 EG (Art. 19 AEUV). Art. 13 EG und die auf seiner Grundlage ergangenen Richtlinien stehen einerseits im Zeichen der Kontinuität, andererseits steht er für die Expansion von Diskriminierungsverboten. Das notwendige Instrumentarium eines Nichtdiskriminierungsrechts war im Primär- und Sekundärrecht mit den Diskriminierungsverboten aufgrund von Geschlecht und Staatsangehörigkeit fest etabliert und vom Europäischen Gerichtshof kontinuierlich ausgebaut worden. Insbesondere das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts in Art. 119 EWGV/Art. 141 EG (Art. 157 AEUV) dient, nach einer ebenfalls im Jahr 2000 ergangenen Entscheidung des Gerichtshofs, primär dazu, ein soziales Ziel zu erreichen: Gemeinschaft, Staat und Private zur Einhaltung eines Gleichheitsgrundrechts zu verpflichten.<sup>833</sup> Art. 13 EG knüpfte an die primär grundrechtliche Legitimierung von Diskriminierungsverboten an.<sup>834</sup> Er sichert die Kompetenz der Gemeinschaft, geeignete Vorkehrungen gegen Diskriminierungen wegen des Ge-

828 *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 115.

829 *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 317.

830 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 336 ff; Zitat auf S. 337.

831 Siehe dazu bereits oben § 1 3 b) (1).

832 ABl. C 340 v. 10.11.1997; BGBl. 1998 II S. 386.

833 Grundlegend EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 8 ff; fortbildend dann EuGH, Urt. v. 10.2.2000, Rs. C-50/96 – *Deutsche Telekom AG v. Schröder* = Slg. 2000, I-743 Rn. 53 ff: „Im Licht dieser Rechtsprechung hat der wirtschaftliche Zweck des Artikels 119 des Vertrages, der darin besteht, Wettbewerbsverzerrungen zwischen den in verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen zu beseitigen, gegenüber dem sozialen Ziel dieser Vorschrift, das Ausdruck eines Grundrechts ist, nachgeordnete Bedeutung.“

834 Dazu näher *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 121 ff; *Meenan* in: *Equality Law*, 12 ff.

schlechts auch außerhalb von Beruf und Beschäftigung,<sup>835</sup> von Rasse, ethnischer Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung zu treffen. Die auf seiner Grundlage ergangenen Richtlinien verfolgen in der Sache ein „starkes“ Konzept der Nichtdiskriminierung: Sie beziehen sich auf eine Vielzahl von Diskriminierungsmerkmalen, regeln nicht nur die Beziehungen im Staat-Bürger-Verhältnis, sondern auch von Privatrechtsakteuren untereinander, unterscheiden zwischen verbotenen und gerechtfertigten Formen von Diskriminierung, enthalten ein robustes Rechtsdurchsetzungssystem und werden durch flankierende Beteiligungs- und Unterrichtungspflichten abgesichert.<sup>836</sup> Ein Konflikt zwischen dem traditionell „schwachen“ deutschen Verständnis von Diskriminierungsschutz und der „starken“ europäischen Konzeption war daher absehbar. Die im Jahr 2000 eingeläutete zweite „Expansionsphase“ ist noch nicht abgeschlossen. Die mit Art. 13 EG aF und den Richtlinien eingeläutete, in § 19 AGG aufgegriffene und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>837</sup> und des Bundesverfassungsgerichts<sup>838</sup> verankerte Entwicklung, den Kreis der geschützten Merkmale zu erweitern und den gewährten Schutz zu vertiefen, markiert nur den Anfang einer längerfristigen Fortentwicklung von Diskriminierungsverboten im Zivilrecht.<sup>839</sup>

835 Zur insoweit beschränkten Kompetenz aus Art. 157 Abs. 3 AEUV zu Art. 19 AEUV vgl. *Rebhahn* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 147 AEUV Rn. 38.

836 Vgl. *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 315 f.

837 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 und EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

838 Vgl. BVerfGE 124, 199.

839 *Lüttringhaus* in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Bd I, S. 322.