# Warten auf ein Antidiskriminierungsgesetz

Bundesregierung lässt Frist zur Umsetzung europäischer Vorgaben verstreichen

Carsten Stölting

Mit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages am 1. Mai 1999 wurde in den EG-Vertrag (EGV) ein neuer Art. 13 eingefügt, welcher eine besondere Kompetenz zur Bekämpfung von "Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung" vorsieht. Die Europäische Union hat daraufhin eine Reihe von Rechtsakten verabschiedet, die Benachteiligungen auf Grund der in Art. 13 EGV genannten Merkmale verhindern soll. So wurde z.B. im Jahre 2000 ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen beschlossen, das bis zum Jahr 2006 läuft. Zum gleichen Zweck wurden auch mehrere Richtlinien erlassen, die sich z.B. mit Benachteiligungen im Erwerbsleben² oder der Gleichbehandlung von Frauen und Männern³ befassen.

## Europäische Vorgaben

Teil der auf Art. 13 EGV gestützten Rechtsakte ist auch die im Jahre 2000 erlassene "Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungssatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft". Das Ziel eines einheitlichen, hohen Schutzniveaus vor Diskriminierungen in allen Mitgliedsstaaten soll durch ein ganzes Bündel von Maßnahmen erreicht werden. Die Mitgliedsstaaten müssen gem. Art. 3 der Richtlinie unabhängig von Rasse und ethnischer Herkunft der Betreffenden den gleichen Zugang zu Bildung, Berufsberatung und anderen sozialen Vergünstigungen gewährleisten.

Der Rechtsakt verpflichtet aber auch bestimmte Zusammenschlüsse von Privatpersonen sowie die einzelnen BürgerInnen. So sieht Art. 3 lit. d der Richtlinie vor, dass privatrechtliche Organisationen von ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen den Zugang zu und die Mitwirkung in der Organisation nicht von rassistischen Kriterien abhängig machen dürfen. Vor allem Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände dürfen neue Mitglieder künftig nicht mehr wegen deren Rasse oder ethnischer Herkunft ablehnen oder anders benachteiligen.

Die BürgerInnen werden unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, Diskriminierungen in Zusammenhang mit privatrechtlichen Verträgen zu unterlassen. So darf nach Art. 3 lit. h der Richtlinie in Zukunft bei Rechtsgeschäften, die "den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum" betreffen, nicht wegen Rasse oder ethnischer Herkunft der VertragspartnerInnen benachteiligt werden. Ty-

pische Beispiele für solche Diskriminierungen sind Wohnungsanzeigen von VermieterInnen, die den Zusatz "Keine Ausländer" enthalten, oder die Praxis von DiskothekenbesitzerInnen, die türkischen Jugendlichen allein auf Grund ihrer ethnischen Herkunft den Eintritt verwehren. Zwar wirkt die Richtlinie zwischen den einzelnen BürgerInnen nicht unmittelbar (keine sog. horizontale Wirkung), jedoch sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, entsprechende Regelungen in ihrem nationalen Zivilrecht vorzusehen. Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot sind gem. Art. 15 der Richtlinie mit einer Sanktion zu belegen, die "wirksam, verhältnismäßig und abschreckend" ist.

## Umsetzungsentwurf

Die Bundesregierung war zunächst bemüht, die Frist einzuhalten und wollte sogar noch über die europäischen Vorgaben hinaus gehen, was den Mitgliedsstaaten gem. Art. 6 der Richtlinie unbenommen bleibt (sog. überschießende Umsetzung). Zu diesem Zweck legte die damalige Bundesjustizministerin Däubler-Gmelin schon Ende 2001 einen Entwurf für ein "Gesetz zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht" (BGB-E) vor.<sup>5</sup> Danach sollte in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) ein neuer Untertitel "Verbotene Benachteiligung" mit den §§ 319a bis e eingefügt werden.

Der Entwurf erklärte nicht nur eine Diskriminierung wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft für unzulässig, sondern untersagte darüber hinaus auch eine Benachteiligung wegen des Geschlechts, einer Behinderung oder der sexuellen Identität. Soweit dem Verbot zuwider gehandelt wurde, gab § 319e BGB-E der/dem Diskriminierten einen Anspruch auf Abschluss des Vertrages bzw. auf Zugang zu der Organisation, "wenn er ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot geschlossen oder ermöglicht worden wäre". Ein Vertragsschluss sollte jedoch nur dann verlangt werden können, wenn es sich nicht um ein "Beschäftigungsverhältnis oder einen Vertrag, der ein persönliches Vertrauensverhältnis zur Grundlage hat" handelt. Neben diesem Kontrahierungs- bzw. Aufnahmezwang konnten die Geschädigten nach dem Entwurf Unterlassung der Diskriminierung und, soweit die beiden anderen Ansprüche nicht durchgreifen, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Mit diesen Rechtsfolgen entsprach der Entwurf den europäischen Vorgaben und hätte, wenn er umgesetzt worden wäre, einen sehr weitgehenden Schutz vor Diskriminierungen geboten.

## Polemische Diskussion

Er stieß aber in der rechtswissenschaftlichen Diskussion überwiegend auf Ablehnung. Befürchtet wurde vor allem, dass durch ein solches Gesetz die Freiheit der Bürgerlnnen, selbst zu entscheiden, mit wem sie einen Vertrag abschließen möchten, zu stark eingeschränkt werde. Einige Autoren prophezeiten gar das "Ende der Privatautonomie". Der Staat wolle den Bürgerlnnen mit dem Gesetz seine Moral aufdrücken, wodurch eine "Tugendrepublik der neuen Jakobiner" entstehen würde, an der "Robespierre seine Freude hätte". Wie dieses Zitat schon deutlich macht, wurde die Diskussion von den Gegnern jedoch in weiten Teilen äußerst polemisch geführt. Einige Professoren führten bewusst falsche Argumente ins Feld, um den Entwurf zu kritisieren.

Das lässt sich besonders an einem Aufsatz von Braun in einer Zeitschrift für Jura-Studierende® nachweisen: Braun bringt das

Beispiel von den Eltern, die einen Klavierlehrer für ihre jüngste Tochter per Zeitungsinserat suchen, woraufhin sich ein Pädophiler meldet. Die Eltern seien nun nach der Ansicht von Braun gezwungen, diesen Bewerber einzustellen, wenn sie nicht gegen das Antidiskriminierungsgesetz verstoßen wollten.

Mit diesem Beispiel lässt sich der Entwurf jedoch nicht kritisieren, weil es von ihm aus drei

Gründen gar nicht erfasst wird: Zunächst fällt die Pädophilie nicht unter den Begriff der sexuellen Orientierung in § 319a Abs. 1 BGB-E, denn damit sind ausweislich der Entwurfsbegründung nur Homosexuelle und Transsexuelle gemeint. Darüber hinaus handelt es sich bei der Anstellung eines Klavierlehrers um ein Beschäftigungsverhältnis auf Grundlage eines persönlichen Vertrauensverhältnisses, so dass ein Anspruch auf Begründung eines Vertrages von vornherein ausscheidet. Und schließlich ist auch nicht jede Unterscheidung wegen eines in § 319a BGB-E genannten Merkmals eine Diskriminierung. Diese kann nämlich gem. § 319c BGB-E zulässig sein, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist, die in dem Beispiel sicher vorliegen.

Braun geht es, wie einigen anderen Autoren auch, offensichtlich nicht um eine ernsthafte Auseinandersetzung mit dem Entwurf, sondern er will durch seine Polemik das Vorhaben insgesamt zu Fall bringen. Das ist vorläufig gelungen: Die Bundesregierung hat den Entwurf nach der massiven Kritik zurückgezogen und eine Transformation der Richtlinie in nationales Recht ist nicht absehbar, obwohl die Frist zur Umsetzung am 19. 7. 2003 abgelaufen ist. Es stellt sich daher die Frage, ob die Richtlinie in bereits bestehende Gesetze hineingelesen werden kann (sog. richtlinienkonforme Auslegung) oder ob neue Vorschriften notwendig sind.

## Umsetzungsbedarf

Die Richtlinie verpflichtet, wie bereits erwähnt, die Mitgliedsstaaten, privatrechtliche Organisationen und die einzelnen

BürgerInnen. Für die Bundesrepublik als Mitgliedsstaat bringen die Vorgaben der EU indes nicht viel Neues, weil es dem Staat schon bisher durch Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz (GG) verboten war, jemanden aus Gründen der Rasse oder der Herkunft zu benachteiligen.

Umsetzungsbedarf könnte jedoch insoweit bestehen, als die Richtlinie auch Private verpflichtet, nicht wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft zu diskriminieren. Für privatrechtliche Organisationen besteht eine gesetzliche Regelung, die einen Aufnahmezwang begründet, bisher nicht. Der Bundesgerichtshof (BGH) bejaht aber in ständiger Rechtsprechung einen Anspruch auf Aufnahme in eine privatrechtliche Organisation aus § 826 BGB, wenn es sich um einen Monopolverein handelt und dieser die Aufnahme eines neuen Mitglieds aus diskriminierenden Gründen ablehnt.<sup>9</sup> So ist z.B. die IG Metall grundsätzlich verurteilt worden, einen Maschinenschlosser

aufzunehmen, dessen Weltanschauung sie nicht teilt. 10 Die Umsetzung der europäischen Richtlinie würde also in Bezug auf den Aufnahmezwang in Deutschland nur die Gesetzeslage, nicht aber die durch die Rechtsprechung des BGH geprägte Rechtslage verändern.

Was den Anspruch auf Abschluss eines Vertrages betrifft, der aus diskriminierenden

Gründen abgelehnt wird, so lässt sich ein solcher Kontrahierungszwang ebenfalls aus § 826 BGB herleiten. Die Vorschrift setzt aber eine "vorsätzliche sittenwidrige Schädigung" voraus, die nur im Ausnahmefall bejaht werden kann. Dies genügt den europäischen Vorgaben jedoch nicht, zumal der Europäische Gerichtshof an die Umsetzung von Richtlinien hohe Anforderungen stellt.<sup>11</sup>

Andere Vorschriften zum Schutz vor Diskriminierungen sieht das deutsche Zivilrecht nicht vor. Die Rechtsprechung hat einen weiter gehenden Schutz entwickelt, indem sie das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB anerkennt und bei dessen Verletzung einen An-



## Anmerkungen:

- Beschluss v. 27. 11. 2000, Amtsblatt EG 2000 L 303/23.
- 2 Richtlinie (RL) 2000/78/EG. Amtsblatt EG 2000 L 303/16
- 3 RL 2002/73/EG. Amtsblatt EG 2002 L 269/15.
- 4 RL 2000/43/EG, Amtsblatt EG 2000 L 180/22.
- 5 Auszüge in Der Betrieb (DB) 2002, 470.
- Adomeit, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 1622; Braun, Juristische Schulung (JuS) 2002, 424; Fahr, JuS 2002, 727; Globig, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2002, 529; Picker, Juristenzeitung (JZ) 2002, 880; ders., JZ 2003, 540; Säcker, ZRP 2002, 286; Schmelz, ZRP 2003, 67.
- 7 Säcker, ZRP 2002, 286, 289.
- 8 Braun, JuS 2002, 424
- 9 Vgl. Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen (BGHZ) 140, 74 m.w.N.
- 10 BGHZ 93, 151, 153.
- 11 Vgl. EuGH, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2001, 329 mit Anm. Staudinger.
- 12 Vgl. BGHZ 143, 214 m.w.N.

spruch auf Ersatz des immateriellen Schadens gewährt. <sup>12</sup> Die Entscheidungen des BGH zu dieser Frage tragen aber so klangvolle Namen wie "Caroline von Monaco" oder "Marlene Dietrich" und machen damit deutlich, wie lückenhaft der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz ist: Dieser greift nur in schwerwiegenden Fällen ein, so dass fast ausschließlich Prominente, über die in der Presse unwahr oder beleidigend berichtet wird bzw. mit deren Person jemand ohne Erlaubnis wirbt, in den Genuss einer Entschädigung kommen.

# Vertragsfreiheit oder Persönlichkeitsschutz

Auch durch diese Rechtsprechung wird die Richtlinie somit nicht umgesetzt. Deutschland ist daher verpflichtet, eine Regelung zu schaffen, die eine Diskriminierung auf Grund der Rasse oder ethnischen Herkunft bei Rechtsgeschäften, "die den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit angeboten werden, einschließlich von Wohnraum" sanktioniert. Der Gesetzgeber hat bei der Umsetzung aber einen gewissen Spielraum, der genutzt werden sollte, um den in der Wissenschaft geäußerten Bedenken Rechnung zu tragen.

Den GegnerInnen eines Antidiskriminierungsgesetzes ist zuzugeben, dass eine solche Regelung die Vertragsfreiheit einschränken würde. Dabei wird von den KritikerInnen jedoch verkannt, dass die Privatautonomie nicht absolut garantiert ist, sondern Schranken unterliegt. 13 Die Freiheit, sich seine/n Vertragspartner/in selbst auszusuchen, ist Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit. Diese findet jedoch gem. Art. 2 Abs. 1 GG dort ihre Grenzen, wo "die Rechte anderer verletzt" werden. Geschützt wird also auch die/der andere Vertragspartner/in, und zwar im Falle der Diskriminierung von deren/dessen Persönlichkeitsrecht. 14 Letztlich reduziert sich der ganze Streit über das Antidiskriminierungsgesetz also auf ein Abwägungsproblem, nämlich zwischen der Vertragsfreiheit auf der einen und dem Persönlichkeitsschutz auf der anderen Seite. 15



In Bezug auf diese Abwägung kann man sicher unterschiedlicher Auffassung sein, nicht behaupten lässt sich jedoch, dass die Vertragsfreiheit dem Persönlichkeitsschutz generell vorgehe. Letzterer fußt nämlich auf dem Konzept der Menschenwürde und diese wird bekanntlich in Art. 1 GG an besonders prominenter Stelle geschützt. Die Aufgabe des Gesetzgebers wird somit darin bestehen, einen gerechten Ausgleich zwischen den beiden genannten Rechtspositionen zu finden.

## Vorschläge für die Umsetzung

Ein Antidiskriminierungsgesetz muss effektiven Schutz bieten, ohne die Vertragsfreiheit zu ersticken. Letzteres ist immer dann der Fall, wenn überhaupt keine Wahl der VertragspartnerInnen mehr möglich ist, also z.B. VermieterInnen gezwungen werden, mit Menschen unter einem Dach zu wohnen, die sie als Personen nicht akzeptieren. Kontrahierungszwänge stellen regelmäßig keine "verhältnismäßige Sanktion" i.S.v. Art. 15 der Richtlinie dar, sondern schränken die Vertragsfreiheit übermäßig ein. Sie müssen daher auf die Ausnahmefälle beschränkt bleiben, die bereits von § 826 BGB erfasst werden. Demgegenüber erwähnt Art. 15 die Möglichkeit, den Opfern von Diskriminierungen einen Anspruch auf Schadensersatz zu gewähren. Dabei handelt es sich um eine wirksame und verhältnismäßige Sanktion bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot. Die Umsetzung der Richtlinie sollte sich daher an § 611a Abs. 2 BGB orientieren, der einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages ausdrücklich ausschließt und stattdessen eine billige Entschädigung in Geld für den immateriellen Schaden gewährt.

Es kann jedoch nicht jede Diskriminierung mit einer zivilrechtlichen Sanktion belegt werden. Das sieht die Richtlinie aber auch nicht vor, die insoweit Vorbild für die Umsetzung sein sollte. Sie beschränkt sich auf die Fälle, in denen Güter und Dienstleistungen "der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen", also z.B. durch Werbung oder Kleinanzeigen der Allgemeinheit angeboten werden. In diesen Fällen verhalten sich die AnbieterInnen widersprüchlich, wenn sie nachträglich bestimmte Personengruppen von ihren Angeboten ausschließen oder anders benachteiligen. Es werden also nur diejenigen verpflichtet, die den allgemeinen Wirtschaftsverkehr für ihre Geschäfte nutzen wollen und von denen eine besondere Rücksichtnahme verlangt werden kann. Wer weiter ungehemmt diskriminieren möchte, muss dies also in Zukunft im privaten Bereich tun, der von der Richtlinie nicht erfasst wird.

In Bezug auf die Diskriminierungstatbestände ist zu begrüßen, dass nicht nur die Rasse und die ethnische Herkunft in das Gesetz aufgenommen werden, sondern auch noch weitere Merkmale. Dabei sollte man sich an dem in Art. 3 Abs. 3 GG aufgestellten Katalog orientieren, welcher die Merkmale nennt, auf Grund derer besonders häufig diskriminiert wird. Die davon Betroffenen bedürfen eines verstärkten Schutzes, der sich am besten über das Zivilrecht gewährleisten lässt. Ein solches Gesetz würde sicher auch Akzeptanz in der öffentlichen Diskussion finden und könnte kurzfristig umgesetzt werden. Das muss jedenfalls geschehen, wenn sich Deutschland nicht der Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens aussetzen will. Ein solches wurde von der zuständigen EU-Kommissarin Diamantopoulou bereits angekündigt.<sup>17</sup>

# Carsten Stölting ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bielefeld.

#### Literatur:

Hennig, Wiebke/Baer, Susanne, Europarecht als Chance, in: Streit 2002, 169-175.

#### Anmerkungen:

- 13 Ausführlich Baer, ZRP 2002, 290 ff.
- 14 Neuner, JZ 2003, 57, 58.
- 15 Pfeiffer, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2002, 165; Picker, JZ 2003, 540, 544; Wiedemann/Thüsing, DB 2002, 463, 464.
- 6 Wiedemann/Thüsing, DB 2002, 463, 464.