
Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht – zur Bedeutung der Vertragsfreiheit und des Rechts auf Privatleben

Burkhard Schöbener und Florian Stork*

Inhalt	
A. Einleitung	45
B. Prüfungsmaßstab von Richtlinien und deren Umsetzungsgesetzen	47
I. Prüfungsmaßstab von Richtlinien	48
II. Prüfungsmaßstab bei der Richtlinienumsetzung	49
III. Ergebnis	50
C. Anti-Diskriminierungsmaßnahmen der Gemeinschaft	51
I. Der Tatbestand der Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht	51
II. Zu untersuchende Regelungen	53
D. Betroffene Gemeinschaftsgrundrechte des Diskriminierenden	54
I. Methodik der Ermittlung von Gemeinschaftsgrundrechten	54
II. Vertragsfreiheit	55
1. Herleitung	55
2. Schutzbereich	57
III. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens	58
1. Herleitung	58
2. Schutzbereich	58
IV. Eingriffsqualität der Anti-Diskriminierungsmaßnahmen	59
1. Eingriff in die Vertragsfreiheit	60
2. Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens	60
V. Ergebnis	61

* Prof. Dr. Burkhard Schöbener ist Professor für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität zu Köln. Florian Stork arbeitet dort als wissenschaftlicher Mitarbeiter.

E.	Kollidierende Rechtspositionen des Diskriminierungsopfers	61
I.	Vertragsfreiheit	61
II.	Gleichbehandlungsgrundsatz und spezielle Diskriminierungsverbote	62
1.	Herleitung	62
2.	Gehalt	63
III.	Ergebnis	64
F.	Interpretation der Gemeinschaftsregelung im Zivilrecht	64
I.	Begriffsbestimmungen	64
1.	Güter und Dienstleistungen	64
2.	Wohnraum	65
3.	„Der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“	65
a)	Gesetzgebungsgeschichte	65
b)	Internationaler Hintergrund	67
(1)	Völkerrechtliche Verträge	67
(2)	Mitgliedstaaten der EU	69
(a)	Großbritannien	69
(b)	Irland	70
(c)	Niederlande	71
(d)	Belgien	71
(e)	Deutschland	72
(f)	Zusammenfassung	72
c)	Versuch einer europarechtlichen Begriffsbestimmung	72
(1)	Annäherung: Begriff der „quasi-öffentlichen Sphäre“	72
(2)	Öffentliches Angebot	74
d)	Gilt die Einschränkung auch für Wohnraum?	75
e)	Ergebnis	77
II.	Vereinbarkeit des Interpretationsergebnisses mit den Grundsätzen der Rechtsprechung des EuGH	78
G.	Konsequenzen für die europäische Gesetzgebung und die deutsche Umsetzung	79
I.	Europa	79
II.	Deutschland	80
H.	Fazit	82

A. Einleitung

Frauen in der Europäischen Union sollen beim Erwerb von Gütern und Dienstleistungen nicht länger gegenüber Männern benachteiligt werden. Dazu hat die Europäische Kommission am 5. November 2003 einen Vorschlag¹ für eine Richtlinie zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Privatrechtsverkehr vorgelegt (KOM-Vorschlag), der bereits Gegenstand ablehnender Stellungnahmen² wurde. Grundlage dieser Maßnahme ist der durch den Vertrag von Amsterdam³ neu eingefügte Art. 13 EGV⁴, der dem Rat die Befugnis gibt

„unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen [zu] treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“

Auf Art. 13 EGV basiert bereits die Richtlinie 2000/43/EG⁵ (Rasse⁶-RL), die beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen die Differenzie-

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen v. 5.11.2003 (KOM 2003 657 endg.); abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2003/com2003_0657de01.pdf (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

² *Jahn*, FAZ v. 10.11.2003, S. 11; *Beck*, FAZ v. 6.11.2003, S. 15.

³ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte v. 2.10.1997, BGBl. 1998 II, S. 386; berichtigt durch BGBl. 1999 II, S. 416.

⁴ Durch den Vertrag von Nizza, in Kraft getreten am 1.2.2003, wurde Art. 13 EGV ein Abs. 2 angefügt, wonach der Rat gemäß dem Verfahren der Mitentscheidung (Art. 251 EGV) Fördermaßnahmen festlegen kann, um die Maßnahmen der Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung von Diskriminierungen zu unterstützen; zur Entstehungsgeschichte des Art. 13 EGV, vgl. *Stalder*, Antidiskriminierungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 13 EG-Vertrag – unter besonderer Berücksichtigung der Rassismusbekämpfung und des Minderheitenschutzes, 2001, S. 2 ff.; *Tyson*, The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination, EJML 3 (2001), S. 199 ff.; *Flynn*, The implications of article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?, CMLR 36 (1999), S. 1127 (1129 ff.); *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Komm., 2000, Art. 13 Rdnr. 1; *Lenz*, in: *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 13 Rdnr. 1 ff.

⁵ Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22).

⁶ Im deutschsprachigen Raum wird der Begriff „Rasse“ auch als biologisches Konzept verwendet. Menschliche Rassen im biologischen Sinne gibt es jedoch nicht. Bei der Rassendiskriminierung steht die *Vorstellung* im Vordergrund, dass die eine Gruppe charakterisierenden äußeren Merkmale Rassenmerkmale sind. Die Autoren verwenden den Begriff daher unter dem Vorbehalt, der auch im 6. Erwägungsgrund der RL 2000/43/EG genannt wird: „Die Europäische Union weist Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurück. Die Verwendung des Begriffs ‚Rasse‘ in dieser Richtlinie impliziert nicht die Akzeptanz solcher Theorien.“

rungskriterien der Rasse und der ethnischen Herkunft im Privatrecht eliminieren soll. Sie war bis zum 19. Juli 2003 in innerstaatliches Recht umzusetzen. Dieses Ziel wurde in Deutschland und anderen europäischen Ländern⁷ verfehlt, obwohl das Bundesministerium der Justiz (BMJ) bereits am 10. Dezember 2001 einen ersten Gesetzentwurf⁸ vorgelegt hatte. Auch die ebenfalls auf der Basis von Art. 13 EGV erlassene Richtlinie 2000/78/EG⁹ (sogenannte Rahmen-RL) wurde nicht rechtzeitig in deutsches Recht umgesetzt.¹⁰ Sie begründet Diskriminierungsverbote im Arbeits- und Sozialrecht. Ein entsprechender Gesetzentwurf wird voraussichtlich im Sommer 2004 in den Bundestag eingebracht werden.¹¹

Aufgrund seiner Zielsetzung, erstmals Anti-Diskriminierungsregeln in das deutsche Zivilrecht zu integrieren, sah sich das Umsetzungsvorhaben von Beginn an starkem Widerstand ausgesetzt. Viele gesellschaftliche Interessengruppen befürchteten eine unangemessene Beschränkung der Vertragsfreiheit. Auch die Literatur¹²

⁷ Zum aktuellen Stand der Umsetzung in den Mitgliedstaaten vgl. http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/legis/msleglnraceequal_de.htm (Zugriffsdatum: 12.3.2004).

⁸ Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht v. 10.12.2001 (DiskE); abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de/images/11312.pdf> (Zugriffsdatum: 5.12.2003).

⁹ RL 2000/78/EG v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. Nr. L 303 v. 7.12.2000, S. 16.

¹⁰ Die Umsetzungsfrist ist gemäß Art. 18 Abs. 1 der Rahmen-RL am 2.12.2003 abgelaufen. Zu den Rechtswirkungen der nicht umgesetzten RL 2000/43/EG und 2000/78/EG: *Thüsing*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, S. 3441 ff.; allgemein zu den Folgen fehlender oder fehlerhafter Richtlinien-Umsetzung: *Gstaltmeyr*, Bewehrung von EG-Richtlinien: Sanktionssysteme bei fehlender oder fehlerhafter Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, 1998; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 249 Rdnrn. 101 ff., 125 ff., *Gellermann*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 288 Rdnr. 36 ff.; *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rdnrn. 431 ff., 1038 ff.; *Streinz*, Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 394 ff.

¹¹ Zur beabsichtigten Umsetzung der arbeits- und sozialrechtlichen Diskriminierungsverbote: Eckpunkt Papier des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend für ein Gesetz zur Verhinderung von Diskriminierungen im Arbeits- und Sozialrecht und zur Errichtung einer nationalen Stelle zur Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG v. 3.9.2003 (nicht veröffentlicht).

¹² Vgl. dazu im Hinblick auf die Einführung eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes *Adomeit*, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, S. 1622 (1623): „sozialistische Regulierung“; *Braun*, Forum – Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, S. 424: „politisch verordnete Moral“; *Klepper*, Das „Anti-Diskriminierungs-Gesetz“: Sozialer Ausgleich statt Vertragsfreiheit?, OWG 92 (2002), S. 11 (15): „Angriff auf die Privatautonomie, der in der deutschen Rechtsgeschichte ohne Beispiel ist“; *Ladour*, The German Proposal of an “Anti-Discrimination”-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann, GLJ 3 (2002), Rdnr. 1: „rechtlicher Vandalismus, unvereinbar mit dem gesunden Menschenverstand“, <http://www.germanlawjournal.org/article.php?id=152> (Zugriffsdatum: 4.3.2004); *Pfeiffer*, Diskriminierung oder Nichtdiskriminierung – was ist hier eigentlich die Frage?, ZGS 2002, S. 165: „Ausdruck einer jakobinischen Attitüde, [...] interventionistische Sozialmoral im Zivilrecht“; *Picker*, FAZ 7.7.2003, S. 8: „Überwachungs- und Inquisitionskomitees von wahrhaft robespiereschem Charakter stellen die neue Moral im Zivilrecht sichern“; *Picker*, Schuldrechtsreform und Privatautonomie, JZ 2003, S. 1035: „Gemisch von Bevormundung und Bestrafung, von Paternalismus und komplementärer Sanktion“; *Säcker*, “Vernunft statt Freiheit!” – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2002, S. 286: „Beginn eines neuen puritanischen Tugendregimes [...] Robespierre hätte an diesem Gesetz seine Freude gehabt“; *Schmelz*, “Vernunft statt Freiheit!” – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2003,

äußerte in diesem Sinne teilweise heftige Bedenken. Derartige Stellungnahmen beschränken sich aber offenbar auf das deutschsprachige Schrifttum. Das europäische Anti-Diskriminierungsrecht ist währenddessen auf dem Wege, sich mehr und mehr zu einem eigenständigen Rechtsgebiet zu entwickeln.¹³

Der Aufsatz will daher zur Entwicklung des europäischen Anti-Diskriminierungsrechts im zivilrechtlichen Bereich beitragen und für Spannungen sensibilisieren. Er befasst sich mit den Diskriminierungsverboten aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht im Privatrecht. Zu klären ist, ob sie tatsächlich zu einer unzumutbaren Einschränkung der Grundrechte auf Vertragsfreiheit und Achtung des Privat- und Familienlebens führen. Dazu werden die einschlägigen Bestimmungen der RL 2000/43/EG und des KOM-Vorschlags einer näheren Betrachtung unterzogen. Entsprechend steht die gemeinschaftsrechtliche Ebene im Vordergrund der Untersuchung.

B. Prüfungsmaßstab von Richtlinien und deren Umsetzungsgesetzen

Obwohl Art. 13 EGV dem Rat die Befugnis gibt, „geeignete Vorkehrungen“ zu treffen, handelt es sich bislang bei allen in Rede stehenden oder erlassenen Rechtsakten um Richtlinien i.S.v. Art. 249 Abs. 3 EGV. Dies hat nichts damit zu tun, dass der Rat andere rechtsverbindliche Maßnahmen, insbesondere Verordnungen i.S.d. Art. 249 Abs. 2 EGV nicht erlassen dürfte.¹⁴ Vielmehr ist die Richtlinie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stets einer Verordnung vorzuziehen. Sie ist nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich und ermöglicht daher eine Berücksichtigung der unterschiedlichen Schutzniveaus in den Mitgliedstaaten. Zudem gewährleistet sie Flexibilität bei der Umsetzung.¹⁵

Soweit sich die Kritik an den aufgrund von Art. 13 EGV erlassenen Richtlinien und an dem deutschen Umsetzungsvorschlag nicht auf technische Fragen der Umsetzung¹⁶ bezieht, wird meist die Verfassungsmäßigkeit von Richtlinien und/oder

S. 67: „ideologisches Zwangskorsett [...] Bevormundungsinstrumentarien, die das Ergebnis einer Klientelpolitik sind“.

¹³ Vgl. dazu die Monographie von *Bell*, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, 2002.

¹⁴ „Geeignete Vorkehrungen“ i.S.d. Art 13 EGV umfassen u.a. alle in Art. 249 EGV genannten Beschlussarten, vgl. *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/EGV, 2003, Art. 13 Rdnr. 18; *Holoubek*, in: *Schwarze*, EU-Komm., 2000, Art. 13 Rdnr. 11; *Lenz*, in: *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 13 Rdnr. 9.

¹⁵ Vgl. KOM-Vorschlag, 13.

¹⁶ Dazu *Mahlmann*, Gleichheitsschutz und Privatautonomie, ZEuS 2002, S. 407 (411 ff.); *Wiedemann/Thüsing*, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, DB 2002, S. 463 (465 ff.); v. *Koppenfels*, Das Ende der Vertragsfreiheit?, WM 2002, S. 1489 (1494 ff.).

Umsetzungsgesetz im Hinblick auf das deutsche Grundgesetz (GG) in Zweifel gezogen.¹⁷ Damit wird der Prüfungsmaßstab zum Teil verkannt, denn dieser variiert im Hinblick auf Richtlinien und nationale Umsetzungsgesetze.

I. Prüfungsmaßstab von Richtlinien

Richtlinien sind Hoheitsakte des europäischen Gesetzgebers. Dieser ist an nationales Recht, auch nationales Verfassungsrecht, nicht gebunden. Vielmehr konstituiert die Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft ein eigenständiges System, das im Kollisionsfall Anwendungsvorrang gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten besitzt.¹⁸ Natürlich handeln die europäischen Institutionen dabei nicht im rechtsfreien Raum. Sie sind an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden, wie sie sich insbesondere aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten¹⁹ (EMRK) und aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben, Art. 6 Abs. 2 EUV.²⁰ Aus Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EGV ergibt sich, dass das Primärrecht, einschließlich der allgemeinen Rechtsgrundsätze, im Rang oberhalb des Sekundärrechts der Gemeinschaft steht. Prüfungsmaßstab für Richtlinien sind folglich Gemeinschaftsgrundrechte und sonstiges Primärrecht.

Ist eine Richtlinie mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar, behält sich das Bundesverfassungsgericht²¹ (BVerfG) nur im Ausnahmefall eine verfassungsrechtliche Prüfung am Maßstab des deutschen Grundgesetzes vor:

„Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften, einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt,“

prüft das Gericht abgeleitetes Gemeinschaftsrecht nicht mehr am Maßstab deutscher Grundrechte. Aufgrund der funktionierenden Rechtsprechung des EuGH ist

¹⁷ Ladeur, (Fn. 12), Rdnr. 2 f.; v. Koppensfels, *ibid.*, S. 1490 ff.

¹⁸ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1269 f. (*Costa/E.N.E.L.*).

¹⁹ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten v. 4.11.1950 (BGBl. 2002 II, S. 1055 in der Fassung durch die Zusatzprotokolle Nrn. 3, 5, 8, 11). Das 12. Zusatzprotokoll zum allgemeinen Diskriminierungsverbot ist noch nicht in Kraft getreten, vgl. dazu unten E.II.1.

²⁰ Mit dieser Formulierung greift Art. 6 Abs. 2 EUV die in ständiger Rechtsprechung vom EuGH verwendete Formel auf, vgl. EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419, 428 (*Stauder*); EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rdnr. 4 (*Internationale Handelsgesellschaft*); EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rdnr. 13 (*Nold*).

²¹ BVerfGE 73, 339, 387 („Solange II“); bestätigt durch BVerfGE 102, 147, 162 ff. („Bananenmarkt“); zwischenzeitlich mit strengerer Linie BVerfGE 89, 155, 174 f. („Maastricht“).

diese Hürde als äußerst hoch zu bewerten. Selbst im Falle einer einzelnen krassen Grundrechtsverletzung würde das BVerfG seiner Rechtsprechung zufolge noch keine Prüfungskompetenz für sich in Anspruch nehmen.

Damit bleibt festzuhalten: solange eine Richtlinie für sich genommen auf ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten untersucht werden soll, sind ausschließlich europarechtliche Gewährleistungen zugrunde zu legen. Nationales Verfassungsrecht bleibt bei der Prüfung außen vor.²²

II. Prüfungsmaßstab bei der Richtlinienumsetzung

Ist die Richtlinie selbst gemeinschaftsrechtskonform, stellt sich die weitere Frage, an welchem Maßstab sich der nationale Gesetzgeber bei ihrer Umsetzung zu orientieren hat. Dazu stehen sich im Wesentlichen zwei Ansichten gegenüber.

Entweder wird auch im Falle der Umsetzung die Anwendung von nationalen Grundrechten gänzlich ausgeschlossen²³ (strikt europarechtliche Position) oder aber zumindest in qualifizierten Fällen für möglich gehalten (eingeschränkt europarechtliche Position): Soweit die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber Umsetzungsspielraum belasse und den Umsetzungsakt nicht determiniere, sei er allein an die nationalen Grundrechte gebunden. Die Umsetzungsregelungen, die durch die Richtlinie determiniert sind, müssten sich dagegen wegen des Anwendungsvorrangs des EG-Rechts nur an den Gemeinschaftsgrundrechten messen lassen.²⁴ In diesem Fall muss schon die Richtlinie, nicht erst das auf ihrer Grundlage erlassene Gesetz, an den Gemeinschaftsgrundrechten gemessen werden.²⁵

Umstritten ist folglich allein, ob beim Bestehen eines Umsetzungsspielraums nationale Grundrechte oder europäische Grundrechte richtiger Prüfungsmaßstab sind. Der strikt europarechtlichen Position ist zuzugestehen, dass die mitgliedstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen durch einen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakt veranlasst werden. Auch die Umsetzung einer Richtlinie ist damit letztlich den europäischen Organen zurechenbar. Für deren Handlungen gelten aber naturgemäß ausschließlich die Gemeinschaftsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze.²⁶ Diese Ansicht berücksichtigt jedoch nicht ausreichend die Konzeption der

²² Im Falle der Nichtigkeit bleibt die Richtlinie für die nationale Rechtsanwendung gegenstandslos. Ihre Fehlerhaftigkeit schlägt nicht auf den innerstaatlichen Umsetzungsakt durch, vielmehr ist dieser bei Nichtigkeit der Richtlinie allein an nationalen Grundrechten zu messen, *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rdnr. 59.

²³ *Kühling*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 583 (608 f.).

²⁴ BVerfG, *NJW* 2001, S. 1267 (1268); *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rdnr. 59; *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), *GG-Komm.* Bd. 1, 1996, Art. 1 III Rdnr. 12; *Mahlmann*, (Fn. 16), S. 418.

²⁵ *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rdnr. 59.

²⁶ *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rdnr. 55.

Richtlinie in Art. 249 Abs. 3 EGV. Im Gegensatz zur Verordnung lässt sie Raum für die Beachtung nationaler – auch grundrechtsrelevanter – Eigenheiten.²⁷ Das entspricht dem Grundsatz, dass die Maßnahmen der Gemeinschaft gemäß Art. 5 Abs. 3 EGV nicht über das für die Erreichung der Ziele des EG-Vertrags erforderliche Maß hinausgehen sollen. Hätte es die Gemeinschaft im Einklang mit dem in Art. 5 Abs. 3 EGV genannten Verhältnismäßigkeitsprinzip aber für notwendig erachtet, einen unionsweiten Grundrechtsstandard durchzusetzen, hätte sie eine Richtlinie mit ausschließlich determinierenden Vorschriften²⁸ erlassen oder zum Instrument der Verordnung nach Art. 249 Abs. 2 EGV greifen können. Folglich steht die Art der Umsetzung nicht determinierender Vorschriften im Ermessen des nationalen Gesetzgebers, der in Deutschland über Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist.

Im Ergebnis ist mit der eingeschränkt europarechtlichen Position eine differenzierte Betrachtung zugrunde zu legen. Deutsche Grundrechte sind nur bei der Umsetzung derjenigen Bestimmungen einer Richtlinie tauglicher Prüfungsmaßstab, die Raum zur Ausgestaltung lassen. Die Transformation von determinierenden Vorschriften unterliegt hingegen keiner Grundrechtskontrolle am Maßstab des Grundgesetzes.

III. Ergebnis

Der von vielen Autoren behauptete Verstoß gegen die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit oder sonstige Grundrechte des Grundgesetzes spielt für die Gültigkeit der RL 2000/43/EG keine Rolle. Gleiches gilt für den zuletzt vorgestellten Vorschlag der Kommission zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Frauen im Privatrechtsverkehr. Erst wenn das vom Grundgesetz geforderte Ausmaß an Grundrechtsschutz durch europäische Organe generell und offenkundig unterschritten ist,²⁹ wäre an eine Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes zu denken. Damit bleiben für eine nationale verfassungsrechtliche Kontrolle des Anti-Diskriminierungsrechts der EG allein diejenigen Umsetzungsregelungen übrig, denen keine determinierenden Richtlinienbestimmungen zugrunde liegen.

²⁷ Dies räumt auch *Kübling*, in: v. Bogdandy, (Fn. 23), S. 590, 608, ein.

²⁸ Die Grenzen der Regelungsintensität einer Richtlinie sind im EG-Vertrag nicht näher bestimmt. In der Praxis existieren jedoch auch Richtlinien, die bestimmte Sachverhalte derart konkret und abschließend regeln, dass den Mitgliedstaaten hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der Zielvorgabe kein Umsetzungsspielraum mehr verbleibt. Die Zulässigkeit solcher „detaillierter Richtlinien“ ist anerkannt, vgl. EuGH, Rs. C-52/00, Slg. 2002, 3827, Rdnr. 16 ff., insb. 24 (*Kommission/Frankreich*); EuGH, Rs. 278/85, Slg. 1987, 4069, Rdnr. 21 ff. (*Kommission/Dänemark*); *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 249 Rdnrn. 69, 89; *Streinz*, Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 387; *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rdnr. 440.

²⁹ BVerfGE 73, 339 (387), („Solange II“); BVerfGE 102, 147 (164), („Bananenmarkt“); BVerfG, NJW 2001, 1267 f. („Vorlagepflicht“).

Dieser Aspekt wird in der deutschen Diskussion vielfach ausgeblendet,³⁰ so dass sich die diesbezügliche Kritik am neuen Anti-Diskriminierungsrecht auf ein brüchiges Fundament stützt. Im Ergebnis muss und kann der deutsche Gesetzgeber vom Gewährleistungsgehalt der Bestimmungen des Grundgesetzes sogar abweichen, solange er nicht den Wesensgehalt der Grundrechte preisgibt. Im Vordergrund steht daher die Frage nach der Vereinbarkeit der Anti-Diskriminierungsmaßnahmen mit den Gemeinschaftsgrundrechten.

C. Anti-Diskriminierungsmaßnahmen der Gemeinschaft

Zunächst wird der europarechtliche Begriff der Diskriminierung kurz erläutert. Sodann stellen die Autoren die für den Zivilrechtsverkehr einschlägigen Regelungen der Rasse-RL und des KOM-Vorschlags dar.

I. Der Tatbestand der Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht³¹

„Leitmotiv des ganzen Vertrages“³² ist seit jeher das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, niedergelegt in Art. 12 EGV und den Grundfreiheiten. Doch schon bald wandelte sich der ursprünglich rein wirtschaftlich motivierte Grundsatz der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen nach Art. 141 Abs. 1 EGV durch die Rechtsprechung des EuGH³³ zu einer sozialpolitischen Vorschrift. Dies war die Grundlage für ein neues Anti-Diskriminierungskonzept, das sich zu Beginn nur gegen Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben wandte: Durch Art. 141 EGV und diesen ergänzende Richtlinien erreichte die Sanktionierung von Diskriminierungen erstmals den gesellschaftlichen Bereich. Dieser *acquis communautaire* sowie die unermüdliche Lobbyarbeit zahlreicher Nichtregierungsorganisationen³⁴ waren die Basis für die Einfügung des

³⁰ Mit Ausnahme von *Mahlmann*, (Fn. 16), S. 417 ff. und *Selbmann*, *The Drafting of a Law against Discrimination on the Grounds of Racial or Ethnic Origin in Germany – Constraints in Constitutional and European Community Law*, EYMI 2 (2002/2003), S. 675 (683 ff.), die eben diesen Prüfungsmaßstab zugrunde legen.

³¹ Allgemein *Plötscher*, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2003; *Hailbronner*, *Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU*, ZAR 2001, S. 254 (256 f.).

³² *Wohlfahrt*, in: *Wohlfahrt/Everling/Glaesner/Sprung*, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Kommentar, 1960, Art. 7 EWGV Rdnr. 1.

³³ EuGH, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Rdnr. 8 ff. (*Defrenne II*); EuGH, Rs. C-50/96, Slg. 2000, 743, Rdnr. 57 (*Schröder*).

³⁴ Zu nennen ist insb. die *Starting Line Group*, ein informelles Netz von ca. 400 Organisationen aus den Mitgliedstaaten der EU, das sich für die Schaffung einer Richtlinie zur Bekämpfung von Rassismus einsetzte; näher dazu *Chopin*, *The Starting Line Group: A Harmonised Approach to Fight Racism and to Promote Equal Treatment*, EJML 1 (1999), S. 111 ff.; Europäisches Netzwerk gegen Rassismus

Art. 13 EGV in den EG-Vertrag. Diese Vorschrift ist die Grundlage für ein im Entstehen begriffenes Anti-Diskriminierungsrecht der Gemeinschaft zur Bekämpfung verschiedener Formen von Ungleichbehandlung im Arbeits- und Wirtschaftsleben. Das neue Konzept der Anti-Diskriminierung wird durch die bislang aufgrund von Art. 13 EGV erlassenen Richtlinien (RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG) und den aktuellen KOM-Vorschlag sowie die Richtlinie 97/80/EG³⁵ (Beweislast-RL) und die Richtlinie 2002/73/EG³⁶ (sogenannte Änderungs-RL) umrissen. Es basiert auch auf der Richtlinie 76/207/EWG³⁷, die erstmals die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung normiert hat, und der Rechtsprechung des EuGH³⁸ zum gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Diskriminierung: Zu einer unmittelbaren Diskriminierung kommt es danach, wenn eine Person in einer vergleichbaren Situation im Hinblick auf das jeweils geächtete Differenzierungsmerkmal eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.³⁹ Mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verhaltensweisen Personen der diskriminierten Gruppe gegenüber den übrigen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Ausgenommen sind Fälle, in denen die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.⁴⁰ Die Aufforderung⁴¹ bzw. Anweisung⁴² zur Diskriminierung, die Belästigung⁴³ und – im Falle der

(Hrsg.), Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit durch Legislativmaßnahmen auf europäischer Ebene, 1999, 3, abrufbar unter: <http://www.migpolgroup.com/uploadstore/ENARcampd.pdf> (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

35 RL 97/80/EG v. 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. Nr. L 14 v. 20.1.1998, S. 6.

36 RL 2002/73/EG v. 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG des Rates 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, ABl. Nr. L 269 v. 5.10.2002, S. 15.

37 RL 76/207/EWG v. 9.2.1976 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 (ABl. Nr. L 39 v. 14.2.1976, S. 40), geändert durch RL 2002/73/EG.

38 Im Überblick bei *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Komm., 2000, Art. 12 Rdnr. 39 ff. und *Rebhabn*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Komm., 2000, Art. 141 Rdnr. 20 ff.

39 Art. 2 Abs. 2 lit. a Rasse-RL; Art. 2 Abs. 2 lit. a Rahmen-RL; Art. 2 Abs. 1 lit. a KOM-Vorschlag; Art. 2 Abs. 2,1. Spiegelstrich Änderungs-RL; die RL 76/207/EWG enthält dagegen noch keine Definition der unmittelbaren Diskriminierung, sondern nur deren Verbot in Art. 2 Abs. 1.

40 Art. 2 Abs. 2 lit. b Rasse-RL; Art. 2 Abs. 2 lit. b Rahmen-RL; Art. 2 Abs. 1 lit. b KOM-Vorschlag; Art. 2 Abs. 2,2. Spiegelstrich Änderungs-RL; die RL 76/207/EWG enthält dagegen noch keine Definition der mittelbaren Diskriminierung, sondern nur deren Verbot in Art. 2 Abs. 1.

41 Art. 2 Abs. 2 KOM-Vorschlag: dabei schlägt die Kommission vor, zukünftig den Begriff „Aufforderung“ und nicht „Anweisung“ zu verwenden, KOM-Vorschlag, 16 f.

42 Art. 2 Abs. 4 Rasse-RL; Art. 2 Abs. 4 Rahmen-RL; Art. 2 Abs. 4 Änderungs-RL; die RL 76/207/EWG enthielt dagegen weder eine Definition noch ein ausdrückliches Verbot der Anweisung bzw. Aufforderung zur Diskriminierung.

Gleichbehandlung von Männern und Frauen – die sexuelle Belästigung⁴⁴ gelten im Wege der Fiktion als Diskriminierung. Alle in Art. 13 EGV genannten Tatbestände sind, wenngleich mit unterschiedlichem Anwendungsbereich, in den Richtlinien als Differenzierungsmerkmale geächtet.

II. Zu untersuchende Regelungen

Nur diejenigen Bestimmungen der Rasse-RL und des KOM-Vorschlags, die den Privatrechtsverkehr betreffen, sind Gegenstand dieser Untersuchung. Es handelt sich einerseits um Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL, der feststellt:

„Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt die Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf:

h) den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.“

Eine beinahe wortgleiche Definition des Anwendungsbereichs enthält auch der im November 2003 veröffentlichte KOM-Vorschlag in Art. 1 Abs. 2. Er verzichtet lediglich auf die Ergänzung „einschließlich öffentlicher Stellen“, die ohnehin pleonastisch wirkt, da die staatlichen Stellen in allen Mitgliedstaaten an das Prinzip der Gleichbehandlung kraft Verfassung gebunden sind.⁴⁵ Der Geltungsbereich der gemeinschaftlichen Anti-Diskriminierungsmaßnahmen erfasst durch die Einbeziehung von Privatpersonen bei Geschäften über Güter, Dienstleistungen und Wohnraum die Verträge des allgemeinen Zivilrechts. Damit wird der Gleichbehandlungsgrundsatz im Hinblick auf Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht im Privatrechtsverkehr unmittelbar zur Pflicht gemacht.

⁴³ Art. 2 Abs. 3 Rasse-RL; Art. 2 Abs. 3 Rahmen-RL; Art. 2 Abs. 2,3. Spiegelstrich i.V.m. Art. 2 Abs. 3 Änderungs-RL; die RL 76/207/EWG enthielt dagegen weder eine Definition noch ein ausdrückliches Verbot der Belästigung.

⁴⁴ Art. 2 Abs. 2,4. Spiegelstrich i.V.m. Art. 2 Abs. 3 Änderungs-RL; die RL 76/207/EWG enthielt dagegen weder eine Definition noch ein ausdrückliches Verbot der sexuellen Belästigung.

⁴⁵ Vgl. Erläuterung des Präsidiums des Konvents zu Art. 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 7.12.2000 (ABl. Nr. C 364 v. 18.12.2000, S. 1); die Erläuterungen und der Text der ChGR sind abgedruckt bei Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, 2493-2523.

D. Betroffene Gemeinschaftsgrundrechte des Diskriminierenden

Auch derjenige, der diskriminierend handelt, ist durch die Maßnahmen der EG in Grundrechtspositionen betroffen. In Betracht kommen insbesondere die Vertragsfreiheit und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.

I. Methodik der Ermittlung von Gemeinschaftsgrundrechten⁴⁶

Zur Herleitung der Grundrechte orientiert sich der EuGH an den internationalen Verträgen, denen die Mitgliedstaaten beigetreten sind, insbesondere der EMRK, und an den Verfassungen der Mitgliedstaaten, vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV. Letztere werden im Wege einer wertenden Rechtsvergleichung unter Berücksichtigung der Ziele der Gemeinschaft ausgelegt.⁴⁷

Diese Methode hat ihren Ursprung in der Tatsache, dass in der Europäischen Union bislang kein rechtsverbindlicher Grundrechtskatalog existiert. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ChGR) wurde bisher nur durch das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission feierlich proklamiert, was vom Europäischen Rat „begrüßt“ wurde. Ihre Gewährleistungen sind gegenwärtig weder rechtsverbindlich noch einklagbar und können vom EuGH nur als bloßes Erkenntnismittel herangezogen werden.⁴⁸ Die ChGR bietet sich aufgrund der „Sichtbarmachung“ von Grundrechten gleichwohl zur Ermittlung der Existenz und des Gehalts von Gemeinschaftsgrundrechten an. Das Gericht erster Instanz⁴⁹ und einige Generalanwälte⁵⁰ ziehen ihre Bestimmungen daher bereits als Bestätigung für die Existenz allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts heran. Für die Zukunft ist trotz des vorläufigen Scheiterns⁵¹ der Beratungen der

⁴⁶ Vgl. hierzu Kübling, in: v. Bogdandy, (Fn. 23), S. 586 ff.

⁴⁷ Kübling, *ibid.*, S. 590 f.; Hobe, *Europarecht*, 2002, Rdnrn. 136, 240.

⁴⁸ Streinz, in: Streinz, *EUV/EGV*, 2003, Vorbem. GR-Charta Rdnr. 4 f.; Kübling, in: v. Bogdandy, (Fn. 23), S. 593; Hobe, *Europarecht*, 2002, Rdnr. 241 ff.

⁴⁹ Vgl. EuG, verb. Rs. T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 u. 272/01, Slg. 2003, 1, Rdnr. 122 (*Philip Morris u.a./Kommission*); EuG, Rs. T-177/01, Slg. 2002, 2365, Rdnrn. 42, 47 (*Jégo-Quéré*); EuG, Rs. T-54/99, Slg. 2002, 313, Rdnr. 57 (*max.mobil Telekommunikation Service*); in EuG, Rs. T-112/98, Slg. 2001, 729, Rdnr. 76 (*Mannesmann Röhren-Werke*) wurde der Bezug auf die ChGR allein *ratione temporis* abgelehnt.

⁵⁰ Schlussanträge von GA Alber, Rs. C-340/99, Slg. 2001, 4109, Nr. 94 (*TNT Traco/Poste Italiane u.a.*); GA Jacobs, Rs. C-50/00 P, Slg. 2002, 6677, Nr. 39 (*Unión de Pequeños Agricultores*); GA Jacobs, Rs. C-270/99 P, Slg. 2001, 9197, Nr. 40 (*Z/Parlament*); GA Jacobs, Rs. C-377/98, Slg. 2001, 7079, Nrn. 197, 210 (*Niederlande/Parlament und Rat - „Biopatent-RL“*); GA Léger, Rs. C-353/99 P, Slg. 2001, 9565, Nr. 51 (*Rat/Hautala u.a.*); GA Léger, Rs. C-309/99, Slg. 2002, 1577, Nr. 175 (*Wouters u.a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*); GA Mischo, verb. Rs. C-122/99 P u. C-125/99 P, Slg. 2000, 4319, Nr. 97 (*D und Schweden/Rat*); GA Stix-Hackl, Rs. C-131/00, Slg. 2001, 10165, Nrn. 18, 44 (*Nilsson/Länstyrelsen i Norbottens län*); GA Tizzano, Rs. C-173/99, Slg. 2001, 4881, Nr. 26 ff. (*BECTU*).

Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union zudem zu erwarten, dass sie mit der Überführung als Teil II in den Verfassungsvertrag der Europäischen Union⁵² Rechtsverbindlichkeit erlangen wird.

II. Vertragsfreiheit

Seit ihrer Gründung ist die EG auf eine Integration der Wirtschaft durch grenzüberschreitenden Handel ausgerichtet. Dies setzt den Abschluss von Verträgen voraus, was seinerseits nicht ohne Gewährleistung der Vertragsfreiheit möglich ist. Trotzdem fällt ihre genaue Verortung schwer,⁵³ auch in der ChGR wird sie nicht genannt. Zu untersuchen ist deshalb, woraus sich die gemeinschaftsrechtliche Vertragsfreiheit ableiten lässt und was ihr Schutzbereich umfasst.

1. Herleitung

Die Vertragsfreiheit ist eine Ausprägung der Privatautonomie. Diese wird im deutschen Recht durch Art. 2 Abs. 1 GG als Teilbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit bzw. durch die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, sofern Beruf oder Gewerbe betroffen sind,⁵⁴ geschützt. Die Charta gewährleistet in Art. 16 dagegen lediglich die „unternehmerische Freiheit“. Obwohl dieser Titel die Vermutung nahe legt, dass dort die Vertragsfreiheit nur im Zusammenhang mit berufsbezogenen Tätigkeiten geschützt wird, schwebte dem Konvent ein Ansatz vor, der über die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, hinausgeht. So soll Art. 16 ChGR nach den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents allgemein die Vertragsfreiheit gewährleisten. Diesen Erläuterungen war zwar ursprünglich keine Rechtswirkung zudedacht.⁵⁵ Der Entwurf des Verfassungsvertrages sieht jedoch nunmehr ihre gebührende Berücksichtigung bei der Auslegung der Charta vor,⁵⁶ so dass die Autoren sie auch hier bereits als wichtige Auslegungs-

⁵¹ Vgl. dazu die Berichte von der Tagung des Europäischen Rates in Brüssel, 12. u. 13.12.2003, abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/futurum/index_de.htm (Zugriffsdatum: 5.3.2004).

⁵² Der endgültige Wortlaut des Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa v. 13.6. u. 10.7.2003 (CONV 850/03) wurde dem Vorsitz des Europäischen Rates am 18.7.2003 in Rom überreicht; abrufbar unter: <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.de03.pdf> (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

⁵³ Vgl. *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Fs. für Lerche, 1993, S. 873 (890).

⁵⁴ *Tettinger*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 3. Aufl. 2003, Art. 12 Rdnr. 162; *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm. Bd. 1, 1996, Art. 12 Rdnr. 169; dieses Spezialitätsverhältnis wird in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung freilich nicht konsequent aufrechterhalten.

⁵⁵ *Streinz*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Vorbem. GR-Charta, Rdnr. 17.

⁵⁶ An den fünften Absatz der Präambel der als Teil II in den Entwurf für einen Verfassungsvertrag übernommenen ChGR wurde ein entsprechender Satz angefügt: „In diesem Zusammenhang wird die Charta von den Gerichten der Union und der Mitgliedstaaten unter gebührender Berücksichtigung der Erläuterungen, die auf Veranlassung und in eigener Verantwortung des Präsidiums des Konvents zur Ausarbeitung der Charta formuliert wurden, ausgelegt werden.“

hilfe berücksichtigen. Das Präsidium nimmt Bezug auf Entscheidungen des EuGH⁵⁷, in denen dieser die Vertragsfreiheit anerkannt hat und auf die sich Art. 16 ChGR ebenfalls stützt. Auch in anderem Zusammenhang wird die Vertragsfreiheit als Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts erwähnt.⁵⁸

Dieses Ergebnis wird durch die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts⁵⁹ bestätigt. Die Grundregeln unternehmen den Versuch, das europäische Vertragsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage zu vereinheitlichen.⁶⁰ Ähnlich der vorläufigen Funktion der Charta kommt ihnen Bedeutung für die „Sichtbarmachung“ europäischer Vertragsrechtsprinzipien zu. Artikel 1:102 nennt die Vertragsfreiheit von Bürgern und Unternehmen als eine Grundregel des europäischen Vertragsrechts, die in allen Mitgliedstaaten anerkannt wird. Soweit dort keine Gesetzesbestimmung herangezogen werden könne, gelte die Vertragsfreiheit als grundlegendes Prinzip.⁶¹ Diese Anmerkung mag gleichzeitig erklären, warum die Vertragsfreiheit keine ausdrückliche Aufnahme in die Charta gefunden hat. Als grundlegendes Prinzip einer Privatrechtsordnung, das nicht einmal in allen Mitgliedstaaten gesetzlich geregelt und schlechthin das Fundament für eine funktionierende Marktwirtschaft ist, wird seine Geltung bereits vorausgesetzt.⁶²

Diese Erklärungen sind jedoch dogmatisch unbefriedigend. Der in Art. 16 ChGR kodifizierte unternehmerische Freiheit liegen ersichtlich Sachverhalte des Wirtschafts- bzw. Geschäftsverkehrs zugrunde. Zudem ist der gemeinschaftliche Unternehmerbegriff in Abgrenzung zum Verbraucherbegriff entwickelt worden. Auch der Verbraucher kann jedoch, wie überhaupt jede Person, Vertragsfreiheit für sich in Anspruch nehmen. Auf sein Recht passt der Begriff „unternehmerische Freiheit“ gerade nicht. Es ist daher dogmatisch wenig überzeugend, die Vertragsfreiheit im Rahmen der speziellen wirtschaftlichen Freiheit des Art. 16 ChGR zu schützen.⁶³ Im Gegensatz zu den Ausführungen des Präsidiums des Konvents erscheint es vorzugswürdig, die Vertragsfreiheit Privater bei der allgemeinen Handlungsfrei-

⁵⁷ EuGH, Rs. 151/78, Slg. 1979, 1, Rdnr. 19 (*Sukkerfabriken Nykobing*); EuGH, Rs. C-240/97, Slg. 1999, 6571, Rdnr. 99 (*Spanien/Kommission*).

⁵⁸ Schlussantrag GA Geelhoed, Rs. C-334/00, Slg. 2002, 7357, Nrn. 55, 65 (*Tacconi*); EuG, Rs. T-128/98, Slg. 2000, 3929, Rdnr. 82 f. (*Aéroports de Paris*); EuG, Rs. T-24/90, Slg. 1992, 2223, Rdnr. 51 f. (*Automec/Kommission*).

⁵⁹ v. Bar/Zimmermann (Hrsg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts: Teile I und II, Dt. Ausgabe, 2002; Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (Hrsg.), Principles of European Contract Law: Part III, 2003.

⁶⁰ Art. 1:101 Abs. 1 formuliert als den Hauptzweck der Grundregeln, ein allgemeines Regelwerk des Vertragsrechts der Europäischen Union zu bieten, das auf den nationalen Rechten der 15 Mitgliedstaaten beruht; für einen Überblick über die Entwicklung und Veränderung des Vertragsrechts in Europa, vgl. *Niglia*, *The Transformation of Contract in Europe*, 2003.

⁶¹ v. Bar/Zimmermann, (Fn. 59), Anmerkungen zu Art. 1:102: Vertragsfreiheit.

⁶² In diese Richtung schon *Canaris*, in: Badura/Scholz, (Fn. 53), Fs. für Lerche, S. 890.

⁶³ *Mahlmann*, (Fn. 16), S. 419 f.

heit zu verorten. Letztere hat der EuGH⁶⁴ in seiner Rechtsprechung erwähnt, wenn auch nicht inhaltlich ausgefüllt. Sie wurde ebenfalls nicht ausdrücklich in die Charta aufgenommen. Der EuGH hat jedoch festgestellt, dass Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre privater Betätigung stets einer Rechtsgrundlage bedürfen.⁶⁵ Damit handelt es sich bei der allgemeinen Handlungsfreiheit im Ergebnis um einen Auffangtatbestand⁶⁶, unter den die Vertragsfreiheit von Privaten subsumiert werden könnte.⁶⁷ Sie ist aber nur dann heranzuziehen, wenn kein anderes Freiheitsrecht sachnäher ist. Will man die Gewährleistung der Vertragsfreiheit mit Blick auf die künftige Rechtsverbindlichkeit der Charta daher lieber auf ein dort genanntes Recht stützen, so bietet sich statt Art. 16 ChGR das Eigentumsrecht nach Art. 17 ChGR an. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte⁶⁸ (EGMR) leitet die Vertragsfreiheit aus Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, dem Schutz des Eigentums, her.

Unabhängig von konstruktiven Unterschieden ist im Ergebnis aber festzustellen, dass die Vertragsfreiheit zu den allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung gehört.

2. Schutzbereich

Artikel 1:102: Abs. 1 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts stellt fest, dass die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit frei sind, einen Vertrag zu schließen und seinen Inhalt zu bestimmen. Ähnlich formuliert es Generalanwalt *Geelhoed*⁶⁹: Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folge, dass jedermann frei wählen kann, mit wem und worüber er in Verhandlungen treten will. Damit entspricht ihr Schutzbereich grundsätzlich dem des deutschen Rechts, in dem ebenfalls zwischen der Freiheit des Einzelnen, ob und mit wem er einen Vertrag schließen möchte (Abschlussfreiheit) und in welcher Weise der Vertrag nach Form und Inhalt gestaltet werden soll (Gestaltungsfreiheit), unterschieden wird. Trotzdem müssen gemeinschaftsrechtliche Besonderheiten beachtet werden, die im Einzelfall zu einer abweichenden Ausgestaltung im Vergleich zur Vertragsfreiheit des Grundgesetzes führen können. Dies ergibt sich schon aus der Methode der wertenden Verfassungsvergleichung⁷⁰ des EuGH, der bei der Bestimmung des jeweiligen Ge-

⁶⁴ EuGH, verb. Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289, Rdnrn. 15, 18 f. (*Rau*).

⁶⁵ EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859, Rdnr. 19 (*Hoechst*).

⁶⁶ *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, 136; *Stumpf*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Vertrag, 2000, Art. 6 EUV Rdnr. 22.

⁶⁷ *Rengeling*, *ibid.*, S. 21 f., 136; *Mahlmann*, (Fn. 16), S. 419.

⁶⁸ EGMR, Appl.-Nr. 31107/96, RJD 1999-II, 75 (*Iatridis/Griechenland*).

⁶⁹ Schlussantrag *GA Geelhoed*, Rs. C-334/00, Slg. 2002, 7357, Nr. 55 (*Tacconi*).

⁷⁰ Zu dieser Erkenntnismethode: *Kießling*, in: v. Bogdandy, (Fn. 23), S. 590 f.; *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, 21. EL 2003, nach Art. 6 EUV Rdnr. 14.

währleistungsgehaltenes eines Grundrechts z.B. auch die Ziele der Gemeinschaftsverträge berücksichtigt. Mit anderen Worten: Ein inhaltlicher Gleichklang von europäischer und deutscher Vertragsfreiheit ist normativ nicht zwingend.

III. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Im Gegensatz zur Vertragsfreiheit wird der Schutz des Privat- und Familienlebens sowohl in der Rasse-RL als auch im KOM-Vorschlag in den Erwägungsgründen genannt.⁷¹ Vergegenwärtigt man sich dazu noch einmal die Einschränkung in Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags, die beide voraussetzen, dass etwas „der Öffentlichkeit zur Verfügung steht“, so wird klar, dass es sich beim Recht auf Privatleben im Zusammenhang mit den Anti-Diskriminierungsmaßnahmen im Zivilrecht um eine besonders wichtige Gewährleistung handelt. Auch hier sind daher die Grundlagen im europäischen Recht und der Schutzbereich zu bestimmen.

1. Herleitung

Im deutschen Recht entspricht die Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens u.a. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Als klassisches Menschenrecht findet es sich, in einem oder mehreren Grundrechten, in den Verfassungen nahezu aller Mitgliedstaaten und gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts.⁷² Auch der EuGH hat das Recht auf Achtung des Privat-⁷³ und Familienlebens⁷⁴ als von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschütztes Grundrecht anerkannt. Artikel 7 ChGR fasst diesen Schutz unter dem Oberbegriff der Achtung des Privat- und Familienlebens zusammen.

2. Schutzbereich

Artikel 7 der Charta entspricht Art. 8 EMRK.⁷⁵ Nach Art. 53 Abs. 3 ChGR hat diese Vorschrift daher die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die Rechte aus dem entsprechenden Artikel der EMRK. Ein weitergehender Schutz auf EG-Ebene bleibt aber möglich.

⁷¹ 4. Erwägungsgrund der Rasse-RL und 11. Erwägungsgrund des KOM-Vorschlags.

⁷² *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/EGV, 2003, Art. 7 GR-Charta Rdnr. 2.

⁷³ EuGH, Rs. C-62/90, Slg. 1992, 2575, Rdnr. 23 (*Kommission/Deutschland*); EuGH, Rs. C-404/92 P, Slg. 1994, 4737, Rdnr. 17 (*X/Kommission* - „Aidstest“).

⁷⁴ EuGH, Rs. 249/86, Slg. 1989, 1263, Rdnr. 10 (*Kommission/Deutschland* - „Wanderarbeitnehmer“); EuGH, Rs. 267/83, Slg. 1985, 567, Rdnr. 14 ff. (*Diatta/Land Berlin*); EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, 7091, Rdnr. 72 (*Baumbast*).

⁷⁵ Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 7 ChGR.

Das Recht auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens schützt all jene Bereiche des Lebens, die andere Personen nicht betreffen. Dem Einzelnen soll ein Bereich gesichert werden, in dem er die Entwicklung und Erfüllung seiner Persönlichkeit anstreben kann.⁷⁶ Nicht jede Begrenzung der persönlichen Entfaltung berührt jedoch den Schutzbereich. Wo das Privatleben in Kontakt mit dem öffentlichen Leben oder anderen geschützten Interessen gebracht wird, ist schon gar keine Beeinträchtigung des persönlichen Bereichs gegeben.⁷⁷ Zur Kennzeichnung des Schutzbereichs verwendet *Streinz*⁷⁸ den Begriff der „Nicht-Öffentlichkeit“, mit dem die enge Verbindung zwischen dem Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ und dem Recht auf Privatleben in der Rasse-RL und dem KOM-Vorschlag unterstrichen wird. Das eine schließt das andere offenbar aus. Entscheidend dürfte sein, ob ein bestimmtes Verhalten als Ausdruck der Persönlichkeit gewertet werden kann.⁷⁹ Auch ist danach abzustufen, mit welcher Intensität ein staatliches oder privates Handeln die Privatsphäre beeinträchtigt. Betrifft es nur den zwischenmenschlichen Bereich oder greift es tief in das persönliche Selbstverständnis ein, indem es z.B. die Intimsphäre oder den unmittelbaren Rückzugsraum des Individuums berührt (hier ergeben sich Überschneidungen mit dem ebenfalls über Art. 7 ChGR geschützten Recht auf Achtung der Wohnung)? Schließlich ist zu fragen, ob der Einzelne selbst den geschützten Raum der Privatsphäre verlassen hat und durch seine Handlungen freiwillig in die Öffentlichkeit getreten ist. Das Recht auf Familienleben ergänzt den Schutz der Privatsphäre durch die Achtung der familiären Beziehungen des Einzelnen. Sein Schutzbereich wird durch die Anti-Diskriminierungsmaßnahmen der Gemeinschaft i.d.R nicht berührt.

IV. Eingriffsqualität der Anti-Diskriminierungsmaßnahmen

Unter einem Eingriff kann jede Beeinträchtigung der durch ein Grundrecht prinzipiell geschützten Rechtspositionen verstanden werden.⁸⁰ Bei Richtlinienbestimmungen stellt sich die Frage, ob bereits die Vorschrift selbst oder erst der nationale Umsetzungsakt Eingriffsqualität aufweist. Zutreffend ist die Annahme, dass die Umsetzungspflicht bereits eine eingriffsgleiche Grundrechtsgefährdung auslöst, die sich im Rahmen der mitgliedstaatlichen Umsetzung zwangsläufig realisiert.⁸¹ Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Vorschriften des Art. 3 Abs. 1 lit. h der

⁷⁶ *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 8 Rdnr. 3.

⁷⁷ *Frowein*, *ibid.*, Art. 8 Rdnr. 3 ff.

⁷⁸ *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/EGV, 2003, Art. 7 GR-Charta Rdnr. 10.

⁷⁹ *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 8 Rdnr. 7.

⁸⁰ *Kübling*, in: v. Bogdandy, (Fn. 23), S. 614.

⁸¹ *Kübling*, in: v. Bogdandy, (Fn. 23), S. 615.

Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags hinreichend detailliert formuliert sind, um einen Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten auszuschließen.

1. Eingriff in die Vertragsfreiheit

Im Hinblick auf die Vertragsfreiheit greifen die Bestimmungen sowohl in die Abschlussfreiheit als auch in die Gestaltungsfreiheit des Diskriminierenden ein, indem sie ihm die Beachtung der Diskriminierungsverbote beim Abschluss (mit wem?) und der inhaltlichen Ausgestaltung (in welcher Weise?) eines Vertrags zur Pflicht machen. Einen Kontrahierungszwang sehen die Rasse-RL bzw. der KOM-Vorschlag hingegen nicht vor,⁸² so dass die Freiheit, ob ein Vertrag geschlossen werden soll, nicht berührt wird.

2. Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Fraglich ist, ob die Bestimmungen auch in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens eingreifen. Dies könnte durch den europäischen Gesetzgeber dadurch abgewendet worden sein, dass nur solche Verträge erfasst werden, die „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Diese Einschränkung verhindert zunächst aber nur eine offensichtliche Unangemessenheit und eröffnet Abwägungsspielraum für den Rechtsanwender. Es hängt dann von der Interpretation der Regelung ab,⁸³ ob Art. 3 Abs. 1 lit. h Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags das Recht auf Privatleben berühren: favorisiert man ein Verständnis, nach dem nur Massengeschäfte erfasst sind, wäre das Privatleben i.d.R. gar nicht berührt.⁸⁴ Würde man jedoch jedes öffentliche Angebot ausreichen lassen, z.B. das oft herangezogene Inserat in einer Tageszeitung, wäre eine Verletzung des Rechts durch diese Bestimmungen denkbar, sobald dem unmittelbaren persönlichen Lebensbereich zugehörige Dienste nachgefragt oder angeboten werden. Jedenfalls noch nicht berührt ist das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, wenn der Einzelne nicht mehr nach seinem persönlichen Belieben auswählen kann, mit wem er in Geschäftsbeziehungen tritt. Hier kommt allein eine Verletzung der Vertragsfreiheit in Betracht. Erst wenn ein Vertrag einen Bezug zum persönlichen Lebensbereich aufweist, kommt das Recht auf Privatleben neben der Vertragsfreiheit zum Tragen. Es verstärkt deren Schutz, je weiter sich die Rechtsbeziehung diesem persönlichen Lebensbereich annähert.

⁸² Art. 15 der Rasse-RL und Art. 13 des KOM-Vorschlags sprechen nur davon, dass die Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen. Dies erfordert keinen Kontrahierungszwang.

⁸³ Vgl. dazu unten F.I.3.

⁸⁴ Vgl. D.III.2.

V. Ergebnis

Die Anti-Diskriminierungsmaßnahmen der Gemeinschaft in Gestalt von Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags greifen in die gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Vertragsfreiheit des Diskriminierenden ein. Das ebenfalls vom Europarecht anerkannte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens wird berührt, wenn der persönliche Lebensbereich des Diskriminierenden zum Gegenstand hoheitlicher Regelungen gemacht wird. Dann tritt dieses Recht neben die Vertragsfreiheit und verstärkt deren Schutz. Dabei gewinnt das Recht auf Privatleben umso mehr Gewicht, je weiter der Kernbereich persönlicher Lebensführung betroffen wird.⁸⁵

E. Kollidierende Rechtspositionen des Diskriminierungsopfers

Der Eingriff in Gemeinschaftsgrundrechte des Diskriminierenden muss nicht nur auf einer gesetzlichen Grundlage basieren. Den Richtlinienbestimmungen müssen auch gleichrangige Werte des Gemeinschaftsrechts zugrunde liegen, die später für die Rechtfertigung des Eingriffs im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Bedeutung erlangen.⁸⁶ Daher sind nunmehr die Rechtspositionen des Diskriminierungsopfers in den Blick zu nehmen.

I. Vertragsfreiheit

Herleitung und Inhalt der Vertragsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht wurden bereits dargestellt.⁸⁷ Es mag zunächst überraschend erscheinen, auch auf die Vertragsfreiheit des Diskriminierungsopfers zu rekurrieren. Allzu deutlich tritt doch sein Recht auf Gleichbehandlung in den Vordergrund. Es ist jedoch nicht der einfache Widerstreit von Freiheit (des Diskriminierenden) und Gleichheit (des Diskriminierungsopfers), auf den sich ein Diskriminierungssachverhalt reduzieren lässt. Erhöhung der Gleichheit des Einen bedeutet nicht nur Reduzierung der Freiheit des Anderen. Denn sobald das Diskriminierungsopfer aufgrund persönlicher Merkmale vom Markt ausgeschlossen wird, wird dessen Privatautonomie beschränkt. Ihm bleibt zwar das formale Recht, Verträge abzuschließen, nicht jedoch die tatsächliche Möglichkeit. Erst der Schutz vor Diskriminierungen entfaltet die Privatautonomie des Diskriminierungsopfers.⁸⁸ Für das deutsche Recht hat das

⁸⁵ So schon *Delbrück*, Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung, in: *Schneider/Götz* (Hrsg.), *Fs. für Werner Weber*, 1974, S. 223 (238).

⁸⁶ *Kühling*, in: v. *Bogdandy*, (Fn. 23), S. 621.

⁸⁷ Vgl. D.II.

⁸⁸ *Mahlmann*, (Fn. 16), S. 421.

BVerfG⁸⁹ festgestellt, dass Art. 2 Abs. 1 GG die beiderseitige Vertragsfreiheit gewährleistet.⁹⁰ Dieser Gedanke dürfte sich auf den Inhalt der Vertragsfreiheit im Gemeinschaftsrecht übertragen lassen.

II. Gleichbehandlungsgrundsatz und spezielle Diskriminierungsverbote

1. Herleitung

Die Charta umfasst ein eigenes Kapitel III „Gleichheit“. In dessen Art. 20 bestimmt sie: „Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich.“ Nicht nur ist dieses Prinzip in allen europäischen Verfassungen verankert.⁹¹ Auch der EuGH⁹² sieht den Gleichheitssatz als Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts an. Zusätzlich hat die Charta mit Art. 21 Abs. 1⁹³ ein Diskriminierungsverbot in Form einer Generalklausel geschaffen, das sich an Art. 13 EG anlehnt und einen speziellen Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes regelt. Diese Grundrechte werden ergänzt durch weitere Bestimmungen, die besonders auf die Kulturen, Religionen und Sprachen (Art. 22 ChGR), die Gleichheit von Männern und Frauen (Art. 23 ChGR) sowie die Rechte von Kindern (Art. 24 ChGR), älteren Menschen (Art. 25 ChGR) und Menschen mit Behinderung (Art. 26 ChGR) eingehen. Für die Zwecke dieses Beitrags ist der in der Charta besonders ausgeprägte Schutz vor geschlechtsspezifischer Diskriminierung hervorzuheben. Insgesamt drei Bestimmungen (Art. 20, 21 und 23 ChGR) befassen sich mit dieser Problematik. Artikel 23 ChGR gewährt ausdrücklich Schutz vor Diskriminierungen „in allen Bereichen“ des Zusammenlebens, also auch in Privatrechtsverhältnissen.⁹⁴

⁸⁹ BVerfGE 81, 242 (254 f.), („Handelsvertreter“); BVerfGE 89, 214 (233), („Bürgschaftsverträge“); BVerfG, NJW 1996, S. 2021 („Bürgschaftsverträge II“); BVerfG NJW 2001, S. 957 (958), („Ehevertrag“).

⁹⁰ *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung“. AcP 200 (2000), S. 273 (300); *Wiedemann/Thüsing*, (Fn. 16), S. 463.

⁹¹ Vgl. C.II.

⁹² EuGH, verb. Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753, Rdnr. 7 (*Ruckdeschel u.a./Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*); EuGH, Rs. 215/85, Slg. 1987, 1279, Rdnr. 23 (*BALM/Raiffeisen Hauptgenossenschaft*); EuGH, Rs. C-85/97, Slg. 1998, 7447, Rdnr. 30 (*SFI/État belge*); EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, 4973, Rdnr. 67 (*Deutschland/Rat - „Bananenmarktordnung“*); EuGH, Rs. C-15/95, Slg. 1997, 1961, Rdnr. 35 (*EARL de Kerlast/Unicopa & Coopérative du Trioux*); EuGH, Rs. C-292/97, Slg. 2000, 2737, Rdnr. 38 f. (*Karlsson u.a.*).

⁹³ Art. 21 Abs. 1 ChGR lautet: „Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.“

⁹⁴ *StreinZ*, in: *StreinZ*, EUV/EGV, 2003, Art. 23 GR-Charta Rdnr. 4: Eine Drittwirkung des Art. 23 GR-Charta ist nur im Hinblick auf die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen i.S.d. Art. 141 Abs. 1 EG anzunehmen. Für sonstige Privatrechtsverhältnisse gibt der Wortlaut der Gemeinschaft gleichwohl eine ausdrückliche Schutzpflicht auf.

Auch die EMRK enthält mit Art. 14 ein Diskriminierungsverbot, das gleichfalls generalklauselartig formuliert und daher geeignet ist, alle Arten von potentiellen Diskriminierungen zu erfassen. Im Gegensatz zu Art. 21 ChGR handelt es sich bei Art. 14 EMRK jedoch um eine akzessorische Gewährleistung, die gemäß ihrem Wortlaut nur im Zusammenhang mit anderen Konventionsrechten Regelungskraft besitzt.⁹⁵ Artikel 14 EMRK kommt daher nicht die Bedeutung eines allgemeinen Gleichheitssatzes zu. Dieses Defizit⁹⁶ soll durch das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 4. November 2000⁹⁷ beseitigt werden, das bislang mangels genügender Anzahl von Ratifizierungen⁹⁸ aber noch nicht in Kraft getreten ist. Auf die umfassende Gewährleistung des Gleichheitssatzes im Gemeinschaftsrecht wirkt sich dies jedoch nicht aus.

2. Gehalt

In Anlehnung an die auch für Art. 20 ChGR maßgebliche Rechtsprechung des EuGH⁹⁹ ist von dessen Verständnis des Gleichheitssatzes auszugehen.¹⁰⁰ Vergleichbare Sachverhalte dürfen daher nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre. Umgekehrt dürfen unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden. Die besonderen Diskriminierungsverbote des Art. 21, 23 ChGR enthalten eine an die hoheitliche

⁹⁵ Peukert, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 14 Rdnr. 3 ff.

⁹⁶ Vgl. Bell, Combating Racism through European laws: A comparison of the Racial Equality Directive and Protocol 12, in: Chopin/Niessen, Combating Racial and Ethnic Discrimination: Taking the European Legislative Agenda further, 2002, S. 7 (10 f.); Obwohl der EGMR keine Verletzung eines anderen Konventionsrechtes, sondern nur die Eröffnung von dessen Anwendungsbereich verlangt, um Art. 14 EMRK anzuwenden, wird ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot bei sozialen Rechten kaum in Betracht kommen, ist der Anwendungsbereich der EMRK doch auf bürgerliche und politische Rechte beschränkt. Zudem wird die menschenrechtliche Bedeutung von Art. 14 EMRK nicht ausreichend gewürdigt, da der Gerichtshof, sobald er die Verletzung eines anderen Rechtes festgestellt hat, Art. 14 EMRK nicht mehr prüft. Letzteres hat zu einer nur beschränkten Anzahl von Entscheidungen in diesem Bereich geführt.

⁹⁷ Abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Summaries/Html/177.htm> (Zugriffsdatum: 12.3.2004); dazu Schokkenbroek, in: Klein (Hrsg.), Rassische Diskriminierung - Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten, 2002, S. 175 ff.; Bell, in: Chopin/Niessen, ibid. S. 7 ff.; Khabiq, Prot. 12 to the ECHR: a step forward or a step too far?, PL 2001, S. 457 ff.

⁹⁸ Erforderlich zum Inkrafttreten sind 10 Ratifizierungen, vgl. § 5 Abs. 1 des ZP 12; bisher haben fünf Staaten das Zusatzprotokoll ratifiziert, aktueller Stand abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/treaty/EN/searchsig.asp?NT=177> (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

⁹⁹ EuGH, verb. Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753, Rdnr. 7 (*Ruckdeschel u.a./Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*); EuGH, Rs. 283/83, Slg. 1984, 3791, Rdnr. 7 (*Racke/Hauptzollamt Mainz*); EuGH, Rs. C-217/91, Slg. 1993, 3923, Rdnr. 37 (*Spanien/Kommission*); EuGH, Rs. C-306/93, Slg. 1994, 5555, Rdnr. 30 (*SMW Winzersekt/Land Rheinland-Pfalz*); EuGH, verb. Rs. 17/61 u. 20/61, Slg. 1962, 655 ff. (*Klökner u.a.*).

¹⁰⁰ Streinz, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 20 GR-Charta Rdnr. 8; Kühling, in: v. Bogdandy, (Fn. 23), S. 626.

Gewalt¹⁰¹ gerichtete Unterlassungspflicht: Differenzierungen, die an diese Merkmale anknüpfen, sind schlechthin verboten.¹⁰²

III. Ergebnis

Dem Diskriminierungsoffer stehen sowohl die Vertragsfreiheit als auch der Gleichheitssatz als gemeinschaftsrechtlich verbürgte Grundrechte zur Seite. Das Recht auf Gleichbehandlung wird verstärkt und konkretisiert durch einen an die Hoheitsgewalt gerichteten Schutzauftrag, bestimmte Diskriminierungen zu unterbinden. An dem speziellen Diskriminierungsverbot des Art. 23 ChGR zeigt sich, dass auch Privatrechtsverhältnisse dieser Schutzpflicht unterliegen können und sollen.

F. Interpretation der Gemeinschaftsregelung im Zivilrecht

Da das Recht auf Gleichbehandlung eines der fundamentalen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts darstellt,¹⁰³ lässt sich ein legitimes Ziel der Anti-Diskriminierungsmaßnahmen kaum in Abrede stellen. Fraglich ist aber, ob der Gesetzgeber zwischen den rechtlich geschützten Interessen des Diskriminierenden und denen des Diskriminierungsoffers im Privatrechtsverkehr einen angemessenen Ausgleich gefunden hat. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, wie die europarechtlichen Bestimmungen in diesem Bereich zu verstehen sind: Was genau meinen Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags mit „Güter[n] und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“?

I. Begriffsbestimmungen

1. Güter und Dienstleistungen

In Deutschland wird aufgrund der besseren Einfügung in den üblichen Sprachgebrauch der Begriff „Waren“ statt „Güter“ verwendet.¹⁰⁴ Dies ändert jedoch

¹⁰¹ Nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 ChGR gilt die Charta „für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.“

¹⁰² *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/EGV, 2003, Art. 21 GR-Charta Rdnrn. 4, 6.

¹⁰³ Vgl. E.II.1.

¹⁰⁴ Begründung zum DiskE, 23; abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de/images/11312.pdf> (Zugriffdatum: 5.12.2003).

nichts daran, dass der Begriff selbst gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen ist. Nach dem Willen der Kommission¹⁰⁵ sind die in der Rasse-RL und im KOM-Vorschlag genannten „Güter und Dienstleistungen“ identisch auszulegen und auf solche Güter und Leistungen zu beschränken, die üblicherweise gegen Entgelt abgegeben bzw. erbracht werden. Diese Anmerkung entspricht der Definition der Dienstleistung in Art. 50 Abs. 1 EGV, auf die zur inhaltlichen Präzisierung zurückgegriffen werden kann. Für die Ware enthält der EG-Vertrag selbst keine Definition. Der EuGH¹⁰⁶ hat jedoch in seiner Rechtsprechung einen einheitlichen Warenbegriff entwickelt. Danach muss es sich um einen körperlichen Gegenstand handeln, der einen Geldwert hat und Gegenstand von Handelsgeschäften sein kann.

2. Wohnraum

In den Begriff des „Wohnraums“ bezieht die Kommission¹⁰⁷ alle Arten von Wohnung ein, einschließlich Mietwohnungen und Hotelunterkünften. Es kann sich also sowohl um die Vermietung einer Räumlichkeit als auch um den Kauf eines Einfamilienhauses oder um bloße Überlassung einer Übernachtungsmöglichkeit handeln.

3. „Der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“

a) Gesetzgebungsgeschichte

Im ursprünglichen Vorschlag¹⁰⁸ der Kommission für eine Rasse-RL war der Satzteil, Güter und Dienstleistungen müssten „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, nicht enthalten. Auch die später vorgenommene Erweiterung auf Wohnraum fehlte noch: Art. 3 lit. h des Vorschlags verlangte schlicht den diskriminierungsfreien „Zugang zu Waren und Dienstleistungen – als Kunde wie auch als Anbieter“. Ebenso stellte der Vorschlag noch nicht fest, dass es wichtig sei, im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen den Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte zu wahren. Diese Passage wurde erst später als

¹⁰⁵ KOM-Vorschlag, 15.

¹⁰⁶ EuGH, Rs. 7/68, Slg. 1968, 633 ff. (*Kommission/Italien* – „Kunstschätze“); EuGH, Rs. 1/77, Slg. 1977, 1473, Rdnr. 4 (*Bosch*); EuGH, Rs. C-2/90, Slg. 1992, 4431, Rdnr. 26 (*Kommission/Belgien*); EuGH, Rs. C-324/93, Slg. 1995, 563, Rdnr. 20 (*Queen/Secretary of State for Home Department, ex parte: Evans Medical*).

¹⁰⁷ KOM-Vorschlag, 15.

¹⁰⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft v. 25.11.1999 (KOM (1999) 566 endg.); dazu im Überblick *Coen*, Neue EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien, AuR 2000, S. 11 f.

Teil des 4. Erwägungsgrundes in die Rasse-RL aufgenommen. Die überarbeitete Formulierung des Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL geht auf Einwände seitens einiger Mitgliedstaaten, insbesondere Deutschlands, Österreichs, der Niederlande und Irlands zurück, die Vorbehalte im Hinblick auf die Anwendung der Richtlinie im häuslich-privaten Bereich und bei ausschließlich privaten Transaktionen äußerten. Sie befürchteten, dass dies mit Grundrechten des Diskriminierenden, insbesondere dem Recht auf Privatleben kollidieren könnte.¹⁰⁹ Daraus folgt, dass das Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ im Lichte der Ergänzung der Erwägungsgründe zu verstehen ist. Es handelt sich um eine auslegungsfähige und -bedürftige Bestimmung, zu deren Konkretisierung grundrechtliche Wertungen heranzuziehen sind. Umso stärker ein Vertrag den Kernbereich der persönlichen Freiheitssphäre berührt, umso eher muss die Zulässigkeit willkürlicher Ungleichbehandlungen durch Private akzeptiert werden.¹¹⁰ Anders gewendet: Diskriminierungen im privaten Umfeld können unverzichtbar für die Entfaltung der Persönlichkeit sein.¹¹¹

Diesen Ansatz hat die Kommission im neuen KOM-Vorschlag übernommen. Neben einer identischen Formulierung des Anwendungsbereichs der Richtlinie in Art. 1 Abs. 2 bestimmt der 11. Erwägungsgrund, dass durch das Diskriminierungsverbot andere Grundrechte nicht „beeinträchtigt“ werden dürfen, einschließlich des Schutzes des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Unternehmungen und einschließlich der Medienfreiheit und des Medienpluralismus. Dabei ist die Formulierung ein wenig unglücklich gewählt: Natürlich werden durch das Diskriminierungsverbot andere Grundrechte, z.B. die Vertragsfreiheit, beeinträchtigt. Die Frage muss vielmehr lauten, ob sie in angemessener Weise beeinträchtigt werden, ob die Pflicht zur Gleichbehandlung also deren unabdingbaren Gehalt wahrt.¹¹²

¹⁰⁹ Vgl. EU Council, Outcome of Proceedings of the Social Questions Working Party, 10.5.2000, Doc. 8454/00, Brüssel, 16. Mai 2000; *Bell*, Meeting the Challenge? A comparison between the EU Racial Equality Directive and the Starting line, in: Chopin/Niessen (Hrsg.), The Starting Line and the Incorporation of the Racial Equality Directive into the National Laws of the EU Member States and Accession States, 2001, S. 22 (35), abrufbar unter: <http://www.cre.gov.uk/pdfs/mpg.pdf> (Zugriffdatum: 4.3.2004).

¹¹⁰ *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, S. 148 ff.; *Bezenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), S. 395 (415); *Delbrück*, in: Fs. für Werner Weber, (Fn. 85), S. 238.

¹¹¹ *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, S. 57 (63).

¹¹² In der englischen und französischen Fassung wird das Wort „respect“ bzw. „respecter“ verwendet. Als Alternative bietet es sich daher ebenfalls an, in der deutschen Version die „Achtung“ vor den Grundrechten anderer „sicherzustellen“ bzw. diese schlicht zu „respektieren“.

b) Internationaler Hintergrund

Der Begriff des „der Öffentlichkeit zur Verfügung Stehens“ wird bislang im EG-Recht außerhalb der Anti-Diskriminierungsrichtlinien nicht verwendet. Zur Bestimmung dieses Merkmals bietet sich daher ein Rückgriff auf völkerrechtliche Verträge an. Auch die bestehenden bzw. neu geschaffenen Gesetze in den Mitgliedstaaten der EU können Anhaltspunkte liefern.

(1) Völkerrechtliche Verträge

Im Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung¹¹³ (RDÜ) finden sich mit Art. 5 lit. e iii) und lit. f Bestimmungen, in denen sich die Vertragsstaaten verpflichten, „das Recht auf Wohnung“ und „das Recht auf Zugang zu jedem Ort oder Dienst, der für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen ist, wie Verkehrsmittel, Hotels, Gaststätten, Cafés, Theater und Parks“ zu gewährleisten.¹¹⁴ Dies konkretisiert den Anwendungsbereich des Übereinkommens, der nach Art. 1 Abs. 1 auch „jeden sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens“ umfasst und dem Vertragsstaat aufgibt, Diskriminierungen durch Privatpersonen, Gruppen und Organisationen zu verbieten (Art. 2 Abs. 1 lit. d). Die Vorschrift ist deshalb bemerkenswert, weil sie eine ausdrückliche Regelung für den Privatrechtsverkehr trifft, wenngleich ihr keine unmittelbare Wirkung im nationalen Recht zuzuerkennen ist.¹¹⁵ Nicht erfasst werden nach diesem Konzept Diskriminierungen im „privaten Bereich“, weil dort das öffentliche Interesse ganz allgemein hinter die Grundrechte des Diskriminierenden zurücktritt. Das Merkmal des Art. 5 lit. f RDÜ „für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen sein“ erlangt jedenfalls eine herausragende Stellung im internationalen System und entspricht frappant dem nun von der RL 2000/43/EG und dem vom KOM-Vorschlag verwendeten Merkmal.¹¹⁶

¹¹³ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung v. 7.3.1966, BGBl. 1969 II, S. 962; UNTS Vol. 660, 195; vgl. dazu *Meron*, The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, *AJIL* 79 (1985), S. 283 ff.; *van Boven*, The Concept of Discrimination in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, in: Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, 1999, S. 9 ff.; *Brinkmeier*, Der allgemeine völkerrechtliche Diskriminierungsschutz, insbesondere nach Art. 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, in: Klein (Hrsg.), Rassische Diskriminierung – Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten, 2002, S. 81 (86 f.).

¹¹⁴ Vgl. zu Art. 5 lit. f RDÜ: *Fries*, Die Bedeutung von Artikel 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht – Diskriminierung durch Private beim Zugang zu Gaststätten, 2003.

¹¹⁵ *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, S. 113; *Kühner*, Das Recht auf Zugang zu Gaststätten und das Verbot der Rassendiskriminierung, *NJW* 1986, S. 1397 (1398 f.); *Stoek*, Zugang zu Gaststätten und Rassendiskriminierung, *ZAR* 1999, S. 118 f.

¹¹⁶ *Nickel*, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, *NJW* 2001, S. 2668 (2669); *Stalder*, Spannungsfelder und Perspektiven der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, *Journal für Rechtspolitik* 2002, S. 227 (232).

Andere internationale Menschenrechtspakte beschränken sich dagegen auf eine grundsätzliche Ächtung der Diskriminierung in Form eines allgemeinen¹¹⁷ oder eines akzessorischen¹¹⁸ Diskriminierungsverbots. Trotz seines zurückhaltenden Wortlautes soll jedoch auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 26 IPBürgR¹¹⁹ den Vertragsstaaten nicht nur staatliche Diskriminierungen untersagen, sondern gleichzeitig auch den Schutz vor diskriminierenden Praktiken im „quasi-öffentlichen Raum“, z.B. auf dem Arbeitsmarkt, in Schulen, im Transportwesen, in Hotels, Restaurants, Theatern, Parks, an Stränden, usw. gewährleisten.¹²⁰ Gleichwohl entfaltet auch Art. 26 IPBürgR keine unmittelbare Drittwirkung im privaten Bereich, es handelt sich ausschließlich um eine staatliche Schutzpflicht, der die Vertragsstaaten durch Umsetzung nachkommen müssen. Nicht erfasst wird wiederum der Schutz vor Diskriminierungen im „privaten Bereich“. In diese Angelegenheiten dürfe und müsse sich der Staat aufgrund des Rechts auf Unverletzlichkeit der Privatsphäre nicht einmischen.¹²¹ Im Gegensatz zum RDÜ verbietet der IPBürgR aber auch die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Ausdrücklich mit dem letztgenannten Merkmal befasst sich das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau¹²² (FDÜ). Nicht ganz so explizit und detailliert formuliert wie das RDÜ, regelt es ebenfalls Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr. Artikel 13 FDÜ verbietet die Diskriminierung der Frau in „Bereichen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens“ und gewährleistet insbesondere das Recht, diskriminierungsfrei Bankdarlehen, Hypotheken und andere Finanzkredite aufzunehmen sowie an Freizeitbeschäftigungen, Sport und

117 Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBürgR) v. 19.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1534; UNTS Vol. 999, 171; dazu *Choudhury*, Interpreting the Right to Equality under Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, *EHRILRev.* 1 (2003), S. 24 ff.; *Nowak*, UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, 1993, Art. 26 Rdnr. 1 ff.

118 Art. 2 IPBürgR; Art. 14 EMRK (beachte aber das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK, Fn. 97 f.).

119 „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 wirkamen Schutz zu gewährleisten.“

120 *Nowak*, UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, 1993, Art. 26 Rdnr. 4; *Brinkmeier*, in: Klein (Hrsg.), Rassische Diskriminierung – Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten, 2002, S. 81 (111); a.A. *Tomuschat*, Equality and Non-discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights, in: v. Münch (Hrsg.), *Fs. für Schlochauer*, 1981, S. 691 (711 f.).

121 *Nowak*, *ibid.*, Art. 26 Rdnr. 31; *Brinkmeier*, *ibid.*, S. 110.

122 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau v. 19.12.1979 (BGBl. 1985 II, S. 648), anknüpfend an das Übereinkommen über die politischen Rechte der Frau v. 31.3.1953 (BGBl. 1969 II, S. 1929), welches nur das aktive und passive Wahlrecht, sowie den Zugang zu öffentlichen Ämtern regelt; dazu *Delbrück*, Die Konvention der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau von 1979 im Kontext der Bemühungen um einen völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte, in: v. Münch (Hrsg.), *Fs. Schlochauer*, 1981, S. 247 ff.

allen Aspekten des kulturellen Lebens teilzunehmen. Unter Berücksichtigung der Verpflichtung des Art. 2 lit. e) FDÜ, wonach der Vertragsstaat „alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau durch Personen Organisationen oder Unternehmen zu ergreifen“ hat, nähert sich der Schutzbereich demjenigen des RDÜ an: Dem Vertragsstaat wird aufgegeben,¹²³ auch Diskriminierungen durch Private zu unterbinden. Artikel 3 FDÜ und die Regelbeispiele des Art. 13 FDÜ machen gleichwohl deutlich, dass nur die Teilnahme von Frauen am „öffentlichen Leben“ gemeint ist.¹²⁴

Im Ergebnis formulieren sowohl das RDÜ als auch der IPBürgR und das FDÜ im Hinblick auf Diskriminierungen durch Privatpersonen ein ähnliches Schutzkonzept. Dieses besitzt im Hinblick auf die EU einige Relevanz, denn alle Mitgliedstaaten der EU sind Vertragsstaaten des RDÜ, des IPBürgR und des FDÜ.¹²⁵ Gemeinsam ist deren Regelungen, dass sie den Vertragsstaaten zwar grundsätzlich das Verbot von Diskriminierungen durch Privatpersonen aufgeben, dieses jedoch allenfalls auf die „quasi-öffentliche Sphäre“ bzw. auf diejenigen Waren und Dienste beziehen, die „für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen“ sind.

(2) Mitgliedstaaten der EU

(a) Großbritannien

Großbritannien¹²⁶ hat durch den Race Relations Act¹²⁷ (RRA) von 1976 die längste Erfahrung in Europa mit der Ächtung von Diskriminierungen im Zivilrecht. Die britische Gesetzgebung war daher auch Vorbild für die Rasse-RL der EG.¹²⁸ Der RRA schützt Personen vor Diskriminierung aufgrund der Rasse im Bereich der Beschäftigung, Bildung, Ausbildung sowie der Versorgung mit Wohnraum, Gütern und Dienstleistungen.¹²⁹ Das Diskriminierungsverbot wendet sich an Personen, die damit befasst sind, „der Öffentlichkeit oder einem Teil derselben

¹²³ Auch die Regeln des FDÜ sind nicht *self-executing*, sondern bedürfen der Umsetzung in die nationale Rechtsordnung, vgl. *Delbrück*, in: Fs. Schlochauer, (Fn. 122), S. 261.

¹²⁴ *Tomuschat*, in: Fs. Schlochauer, (Fn. 120), S. 712.

¹²⁵ Vgl. UNHCR (Hrsg.), Status der Ratifikationen internationaler Menschenrechtsverträge, abrufbar unter: <http://193.194.138.190/pdf/report.pdf> (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

¹²⁶ Zur Rechtsordnung Großbritanniens umfassend *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, S. 279 ff.

¹²⁷ Race Relations Act 1976, abrufbar unter: <http://www.homeoffice.gov.uk/docs/racerel1.html> (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

¹²⁸ Vgl. Erläuterung der britischen Regierung zur Änderung des Race Relations Act 1976, 30.6.2003, abrufbar unter: <http://www.homeoffice.gov.uk/docs2/rragidnce.html> (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

¹²⁹ Home Office (Hrsg.), Changes to the law against racial discrimination, 2003, abrufbar unter: <http://www.homeoffice.gov.uk/docs2/crracerelatleaflet.pdf> (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

Güter, Einrichtungen und Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen“. In Section 20, Subsection 2 werden dafür Beispiele aufgezählt, die der Aufzählung in Art. 5 lit. f des RDÜ ähneln. Genannt werden solche Unternehmungen, die üblicherweise eine Vielzahl von Verträgen abschließen und diejenigen Privaten, die für geschäftliche oder berufliche Zwecke handeln. Auch derjenige, der über Wohnraum verfügt, unterliegt gemäß Section 21 dem Diskriminierungsverbot, ohne dass es darauf ankommt, ob dieser der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Bemerkenswerterweise wurden im Zuge der Regulations 2003¹³⁰ zudem zwei Ausnahmen abgeschafft.¹³¹ War bisher ein öffentliches Angebot erforderlich, falls der Anbieter selbst in dem Gebäude lebte, zu dem die Wohnung gehörte, oder handelte es sich um ein sogenanntes „kleines Gebäude“¹³², war die Diskriminierung rechtmäßig. Eine Ausnahme besteht nunmehr nur noch im Bereich der Pflege und Fürsorge in Fällen, in denen der Anbieter fremde Personen in seinen Hausstand aufnimmt. Diese neuen Mitbewohner darf er aussuchen, ohne dem Diskriminierungsverbot zu unterliegen. Das britische Recht lehnt sich folglich eng an das RDÜ an. Mit Ausnahme des Anbietens von Wohnraum werden ausschließlich professionelle Anbieter erfasst, die ihre Güter und Dienstleistungen der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen. Ein öffentliches Angebot ist in keinem Fall erforderlich. Dadurch wird der einzelne Privatmann, der nur unregelmäßig an die Öffentlichkeit tritt, nicht an das Diskriminierungsverbot gebunden. Für Vermieter und Verkäufer von Wohnraum wird kein öffentliches Angebot mehr vorausgesetzt. Sie unterliegen dem Diskriminierungsverbot in jedem Falle und können sich auch nicht mehr mit dem Hinweis rechtfertigen, ihr persönlicher Wohn- und Lebensbereich sei berührt. Damit schafft der RRA in Bezug auf Wohnraum überaus weitgehende, im Bereich von Waren und Dienstleistungen aber moderate Bestimmungen.

(b) Irland

Der irische Equal Status Act¹³³ folgt im Hinblick auf Waren, Dienstleistungen und Wohnraum dem Vorbild des britischen RRA. Er legt in Section 2 i.V.m. Section 5 ein enges Begriffsverständnis zugrunde, so dass der einzelne Privatmann,

¹³⁰ Race Relations Act 1976 (Amendment) Regulations 2003, 19.7.2003, abrufbar unter: <http://www.hmso.gov.uk/si/si2003/20031626.htm> (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

¹³¹ Vgl. Race Relations Act 1976 (Amendment) Regulations 2003, 19.7.2003, Section 23 u. 24, abrufbar unter: <http://www.hmso.gov.uk/si/si2003/20031626.htm> (Zugriffsdatum: 4.3.2004); Erläuterung der britischen Regierung zur Änderung des Race Relations Act 1976, 30.6.2003, „*Small dwellings*“, abrufbar unter: <http://www.homeoffice.gov.uk/docs2/rragidnce.html> (Zugriffsdatum: 15.3.2004).

¹³² Definiert in Section 22 RRA. Es handelt sich z.B. um Fälle der Untermiete bei nicht mehr als zwei Haushalten oder Hotels und Unterkünfte für nicht mehr als sechs Personen.

¹³³ Equal Status Act 2000, abrufbar unter: [http://www.justice.ie/80256996005F3617/vluFileCode2/fljWOD4RYH9V/\\$file/act8-00.pdf](http://www.justice.ie/80256996005F3617/vluFileCode2/fljWOD4RYH9V/$file/act8-00.pdf) (Zugriffsdatum: 5.3.2004); dazu *Ellis*, Executive Summary on race equality directive - State of play in Ireland, 29.9.2003, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/legisln/msracequality/ireland.pdf (Zugriffsdatum: 4.3.2004); *Bell*, in: Chopin/Niessen, (Fn. 109), S. 36 f.

der nur gelegentlich Waren und Dienstleistung öffentlich anbietet, nicht erfasst wird.¹³⁴ Allerdings sind die im RRA abgeschafften Ausnahmen im Equal Status Act in Section 6 lit. b und c erhalten geblieben, so dass der Anbieter dem Diskriminierungsverbot z.B. in Fällen der Untermiete, bei „kleinen Gebäuden“ und insbesondere, wenn das Objekt der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung steht, nicht unterworfen wird.

(c) Niederlande

In den Niederlanden existierten schon vor Verabschiedung der RL 2000/43/EG verschiedene Anti-Diskriminierungsgesetze, deren Regelungen der Richtlinie bereits weitgehend entsprechen.¹³⁵ Für den Privatrechtsverkehr am wichtigsten ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz¹³⁶ (AWGB). Es verbietet in Art. 7 Diskriminierungen u.a. aufgrund von Rasse und Geschlecht beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Waren und Dienstleistungen. Im Hinblick auf den personalen Anwendungsbereich wird differenziert: Während gewerbliche Unternehmungen und Institutionen direkt an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden sind, ist Privatpersonen, die nicht zu einem geschäftlichen oder beruflichen Zweck handeln, eine Diskriminierung nur untersagt, wenn sie ein öffentliches Angebot machen. Eine Ausnahme von der Pflicht zur Gleichbehandlung besteht für Unternehmungen und Privatpersonen nach Art. 7 Abs. 3, wenn die Privatsphäre des Diskriminierenden betroffen ist.^{136a}

(d) Belgien

Das belgische Anti-Diskriminierungsgesetz¹³⁷ ächtet in Art. 2 Paragraph 4 Diskriminierungen in Bezug auf Waren und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit

¹³⁴ Thüsing, (Fn. 10), S. 3442.

¹³⁵ Vgl. Ministerium für Soziale Angelegenheiten und Beschäftigung (Hrsg.), Equal Treatment in the Netherlands, 2003, 11; Zwartman, Executive Summary on race equality directive – State of play in the Netherlands, 19.11.2003, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/legisln/msracequality/netherlands.pdf (Zugriffsdatum: 4.3.2004); Hendriks, Bekämpfung von Diskriminierung mittels Gesetzgebung: Erfahrungen aus den Niederlanden, Vortrag v. 27.5.2003, 2 f., abrufbar unter: <http://www.lsvd.de/antidiskriminierung/hendriks.pdf> (Zugriffsdatum: 3.12.2003).

¹³⁶ Algemene wet gelijke behandeling v. 1.9.1994, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/legisln/mslegln/NLGenEqualTreatAct.pdf (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

^{136a} So lautet Art. 7 Abs. 3 AWGB in der englischen Fassung: „3. Section 1 (a and d) shall not apply to requirements which may reasonably be imposed having regard to the private nature of the circumstances to which the legal relationship applies.“

¹³⁷ Gesetz v. 25.2.2003 betreffend die Bekämpfung von Diskriminierung und Änderung des Gesetzes v. 15.2.1993 betreffend die Gründung eines Zentrums für Chancengleichheit und Rassismusbekämpfung, abrufbar unter http://www.antiracisme.be/en/laws/Act_discrimination.htm (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

zur Verfügung gestellt werden. Der Begriff wird nicht näher definiert. Eine Ausnahme zum Diskriminierungsverbot ist nicht vorgesehen.

(e) Deutschland

In Deutschland sollte nach § 319 a Abs. 1 Nr. 1 lit. a DiskE ein umfassendes Diskriminierungsverbot, u.a. aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht, für alle Verträge eingeführt werden, die „öffentlich angeboten“ werden. Ein überarbeiteter DiskE¹³⁸ beschränkte dies später auf „Verträge[...], die Waren und Dienstleistungen, die öffentlich angeboten werden, insbesondere Kauf-, Miet-, Kredit- oder Versicherungsverträge“, zum Gegenstand haben. Eine rechtfertigende Ausnahme für Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft war nicht vorgesehen.¹³⁹

(f) Zusammenfassung

Dieser Überblick zeigt, dass die Regelung von Diskriminierungsverboten im Privatrechtsverkehr unterschiedlich angegangen wird. Die Vorschriften gleichen sich allerdings darin, dass sie entweder über eine enge Interpretation des Merkmals „Öffentlichkeit“ oder eine rechtfertigende Ausnahme für den Bereich des Privatlebens versuchen, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Rechtspositionen zu erzielen. Lediglich der deutsche Entwurf normiert einen sehr weiten Tatbestand ohne die erforderlichen Ausnahmen vorzusehen.¹⁴⁰

c) Versuch einer europarechtlichen Begriffsbestimmung

Nachdem der internationale Hintergrund geklärt ist, soll der Versuch unternommen werden, dem europarechtlichen Begriff „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ Konturen zu geben.

(1) Annäherung: Der Begriff der „quasi-öffentlichen Sphäre“

Aufmerksamkeit verdient zunächst das Konzept einer Dreiteilung des Anwendungsbereichs der Anti-Diskriminierungsvorschriften im Zivilrecht, das sich international und auch in nationalen Rechtsordnungen abzeichnet. Es wird unter-

¹³⁸ § 319 a Abs. 1 Nr. 1 lit. a BGB des Diskussionsentwurfs eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht - Überarbeitung auf Grund der Besprechungen und Stellungnahmen v. 17.2.2002; abrufbar unter: <http://www.lsvd.de/antidiskriminierung/adgzivil01.html> (Zugriffsdatum: 4.3.2004).

¹³⁹ § 319 d Abs. 1 Nr. 2 DiskE beschränkt eine zulässige Unterscheidung auf die Fälle, in denen „die Berücksichtigung des Geschlechts, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, oder der sexuellen Identität durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.“

¹⁴⁰ In den Erläuterungen zum DiskE v. 10.12.2001 heißt es ohne weitere Begründung, dass der Bereich der Privatsphäre im Sinne der Richtlinie eng auszulegen sei (39).

schieden zwischen staatlichem Handeln auf der einen und privatem, dem unmittelbaren persönlichen Lebensbereich zugehörigem Handeln auf der anderen Seite. Die dritte Kategorie liegt zwischen diesen beiden Polen und heißt „quasi-öffentliche Sphäre“. Jedenfalls derjenige Private, der in dieser Sphäre tätig wird, muss es sich auch gefallen lassen, dass seine oben genannten Grundrechte durch ein übergeordnetes öffentliches Interesse eingeschränkt werden.¹⁴¹ Wann betritt man aber die „quasi-öffentliche Sphäre“?

Einiges spricht dafür, nur solche Angebote einzubeziehen, die von einer Vielzahl oder jedenfalls von einer Mehrzahl von Personen in Anspruch genommen werden können, und bei denen es auf eine Vertrauensbeziehung oder dergleichen zwischen den Vertragsparteien nicht ankommt. Die Vertragsverhältnisse müssen potenziell jedem zugute kommen können, der bereit ist, die Bedingungen der *invitatio ad offerendum* zu erfüllen. Diese Voraussetzungen erfüllen typischerweise der Öffentlichkeit gewidmete und zugängliche Einrichtungen.¹⁴² Das Angebot von Waren, Dienstleistungen und Wohnraum darf sich also nicht nur an einen einzigen potenziellen Vertragspartner richten. Diese Auslegung ist nicht nur vom Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags gedeckt, sondern klingt erstmals auch in der Begründung¹⁴³ des KOM-Vorschlags an. Nach Ansicht der Kommission sollen beide Vorschriften identisch ausgelegt werden und Unternehmungen, die in einem rein privaten Kontext stattfinden, nicht erfassen. Als Beispiele von Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, werden genannt: der Zugang zu Gebäuden, die für die Öffentlichkeit zugänglich sind; alle Arten von Wohnung, einschließlich Mietwohnungen und Hotelunterkünften; Dienstleistungen in den Bereichen Banken und Versicherungen sowie sonstige Finanzdienstleistungen; Transportmittel; Dienstleistungen sämtlicher Berufssparten und Branchen. Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags meinen daher jedenfalls Verkehrsmittel, Fitnessstudios, Hotels, Kaufhäuser, Restaurants und Bars, Cafés, Theater, Parks und Strände sowie sonstige der Öffentlichkeit zur Verfügung stehende und für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehene Einrichtungen, Güter und Dienste, die von Privaten zur Verfügung gestellt werden.

Sollte bei dieser Art von Rechtsbeziehungen ausnahmsweise doch ein persönliches Interesse gegeben sein, z.B. wenn ein Clubinhaber den Zugang nur für Mitglieder

¹⁴¹ Durch den Schritt in den öffentlichen Raum verlässt der Einzelne bewusst seine persönliche Sphäre, so dass ihm eine Berufung auf deren Schutz als treuwidriges *venire contra factum proprium* versagt werden kann. Ganz generell kann in diesem Bereich das öffentliche Interesse an Gleichbehandlung höher bewertet werden.

¹⁴² *Thüsing*, (Fn. 10), S. 3443; ebenso: Deutscher Anwaltverein (Ausschuss Zivilrecht), Stellungnahmen v. 13.2.2002 (14/02) und Mai 2003 (21/03), abrufbar unter: <http://www.dav.de>; *Reichold*, Gesellschaftsentwicklung durch ein neues Sozialprivatrecht?, Öffentliche Antrittsvorlesung am 3.2.2003, abrufbar unter: <http://www.jura.uni-tuebingen.de/reichold/titelseite/antrittsvorlesung.pdf> (Zugriffsdatum: 4.3.2004); *Hailbronner*, (Fn. 31), S. 257 f.; *Stalder*, JRP 2002, (Fn. 116), S. 232.

¹⁴³ KOM-Vorschlag, 15 f.

einer privaten Vereinigung öffnet, kann dies bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts über die vorgesehenen Ausnahmen vom Anwendungsbereich gelöst werden. Artikel 1 Abs. 3 KOM-Vorschlag formuliert etwas umständlich:

„Diese Richtlinie steht nicht dem entgegen, dass Unterschiede gemacht werden im Zusammenhang mit Gütern und Dienstleistungen, bei denen Männer und Frauen sich nicht in einer vergleichbaren Situation befinden, weil die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder in erster Linie für die Angehörigen nur eines Geschlecht bestimmt sind, oder im Zusammenhang mit Leistungen, die je nach Geschlecht der Klienten auf unterschiedliche Weise erbracht werden.“

Für die Rasse-RL sind keine Ausnahmen vorgesehen. Die offene Formulierung des Tatbestandes lässt es aber ebenso wie bei geschlechtlichen Diskriminierungen zu, den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes zu beschränken, wenn der Privatbereich unangemessen beeinträchtigt wird. Der Clubinhaber könnte sich daher darauf berufen, dass sein Angebot gerade nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Eine andere Frage wäre es dann, festzustellen, ob der Club selbst eine diskriminierungsfreie Aufnahme ermöglicht. Dies richtet sich nach den oben dargestellten Kriterien unter Berücksichtigung der Vereinigungsfreiheit.

(2) Öffentliches Angebot

Umstritten ist nun, ob auch Waren und Dienstleistungen „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, die lediglich öffentlich angeboten werden.¹⁴⁴ Durch ein solches Verständnis würde der Anwendungsbereich des privatrechtlichen Diskriminierungsverbotes bedeutend erweitert. Nicht nur derjenige, der regelmäßig gewerblich und beruflich in der Öffentlichkeit tätig ist, sondern jeder Privatmann, der bei Gelegenheit an die Öffentlichkeit tritt und sein Vertragsangebot nur einmal erfüllen kann, wäre an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden; so z.B. ein Vermieter, der seine einzige Wohnung in der Tageszeitung inseriert oder ein Student, der sein Fahrrad über das „Schwarze Brett“ der Uni bzw. das Internet verkaufen will.

Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags ist in beide Richtungen auslegungsfähig. „Der Öffentlichkeit“ könnten auch solche Waren und Dienstleistungen „zur Verfügung stehen“, über die lediglich ein Vertrag abgeschlossen werden kann, soweit der Einzelne seinen Vertragswunsch nur publiziert. Für die Rasse-RL war die Auslegung, dass Privatpersonen schon bei einem öffentlichen Angebot dem Diskriminierungsverbot unterliegen, grundsätzlich möglich: Deren Vorschlagsbegründung enthielt gerade keinen Hin-

¹⁴⁴ Dafür *Wiedemann/Thüsing*, (Fn. 16), S. 464; *von Westphalen*, Einige Überlegungen zum Gesetzentwurf zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht, ZGS 2002, S. 283 (285); *Nickel*, (Fn. 116), S. 2669; a.A. die in Fn. 142 Genannten.

weis darauf, was sich die Kommission unter Gütern und Dienstleistungen, die „der Öffentlichkeit zu Verfügung stehen“, vorstellte.¹⁴⁵ Stützen konnten sich die Befürworter auf das seit 1994 existierende niederländische Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und seinen Art. 7 Abs. 1 lit. d: Nicht im Geschäfts- oder Berufsleben tätige Privatpersonen werden dann einbezogen, wenn sie ihr Angebot öffentlich machen. Zudem sind alle Mitgliedstaaten der EU bereits dazu verpflichtet, Art. 5 lit. f RDÜ sowie Art. 26 IPBürgR in ihr nationales Recht umzusetzen. D.h., dass Diskriminierungen durch Private in der „quasi-öffentlichen Sphäre“ bereits durch die Vertragsstaaten unterbunden werden mussten. Das europäische Anti-Diskriminierungsrecht könnte dann für das Privatrecht bei enger Auslegung des Begriffs „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ als überflüssig angesehen werden. Dem wäre freilich entgegenzuhalten, dass europäische Rechtssetzungsakte stärkere und durchsetzungsfähigere Bindungen der Mitgliedstaaten begründen als Völkerrecht.

Derartige Überlegungen haben sich mit der Vorstellung des KOM-Vorschlags aber erledigt. Erstmals formuliert die Kommission klar, welche Arten von privatrechtlichen Geschäften sie dem Diskriminierungsverbot unterwerfen möchte.¹⁴⁶ Damit folgt die Kommission den Wertungen des RDÜ und des britischen RRA. Ein öffentliches Angebot ist danach nicht genügend. Der Einzelne muss vielmehr zumindest im Rahmen seiner beruflichen oder geschäftlichen Tätigkeit handeln, also den „quasi-öffentlichen Raum“ dauerhaft betreten haben. Artikel 1 Abs. 2 KOM-Vorschlag und Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL beschränken die Geltung des privatrechtlichen Diskriminierungsverbotes in Bezug auf den Zugang zu Waren und Dienstleistungen bzw. privaten Einrichtungen im Ergebnis auf die oben definierte „quasi-öffentliche Sphäre“. Waren und Dienstleistungen, die von Privaten öffentlich angeboten werden, stehen daher der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung.

d) Gilt die Einschränkung auch für Wohnraum?

Fraglich ist, ob auch Wohnraum „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ muss. Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. h Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 KOM-Vorschlag lässt zunächst beide Verständnisvarianten zu. Berücksichtigt man Art. 5 des RDÜ, so findet sich dort die Forderung nach diskriminierungsfreier Gewährleistung des Rechts auf Wohnung (Art. 5 lit. e iii)) getrennt von dem Recht auf Zugang zu jedem Ort oder Dienst, der für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen ist (Art. 5 lit. f). Dies würde im Hinblick auf die europarechtlichen Bestimmungen gegen eine Erstreckung des Merkmals des „der Öffentlichkeit zur Verfügung Stehens“ auf den Wohnraum sprechen. Gleiches folgt aus dem britischen RRA, der in Section 21 das Diskriminierungsverbot auf alle Gebäude erstreckt – im

¹⁴⁵ Anders nunmehr der KOM-Vorschlag, 15 f., vgl. F.I.3.c(1).

¹⁴⁶ KOM-Vorschlag, 15 f., vgl. F.I.3.c(1).

Gegensatz zu Section 20, wo nur solche Waren und Dienstleistungen dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterliegen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden. Dadurch ergibt sich ein differenziertes Bild. Einerseits legen Art. 5 lit. f des RDÜ und Section 21 RRA nahe, die Einschränkung des „der Öffentlichkeit zur Verfügung Stehens“ nicht auf Wohnraum zu beziehen, gleichzeitig ist ausweislich der Erwägungsgründe¹⁴⁷ der Rasse-RL bzw. des KOM-Vorschlags auch bei diesen Geschäften das Recht auf Privat- und Familienleben zu beachten, denn es kann sich um „in diesem Kontext stattfindende Geschäfte“ handeln (z.B. um einen Untermietvertrag oder an die Vermietung von Wohnungen in einem Haus, in dem der Vermieter selbst lebt).

Wollte man jedwede Art von Wohnraum, also auch den nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellten, erfassen, ließe sich argumentieren, dass Wohnraum ein sozial äußerst wichtiges Gut¹⁴⁸ sei, so dass es nicht entscheidend sein könne, ob er der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wird oder nicht. Richtiger erscheint es jedoch, die Tatbestandsbeschränkung der „Öffentlichkeit“ auch auf Geschäfte über Wohnraum zu erstrecken, denn das Recht des Anbieters bzw. Nachfragers auf Achtung des Privat- und Familienlebens lässt sich nur so angemessen in die Güterabwägung einbeziehen. Zutreffend formuliert der DAV¹⁴⁹ daher, dass die ausdrückliche Nennung von Wohnraum nur der Klarstellung diene, dass die Wörter Güter und Dienstleistungen auch die Zurverfügungstellung von Wohnraum einschließen, was ansonsten zweifelhaft sein könnte. Diese Auffassung wird durch den KOM-Vorschlag¹⁵⁰ bestätigt, in dem es heißt, dass Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, auch alle Arten von Wohnung beinhalten. Der Zugang zu und die Versorgung mit Wohnraum unterliegt daher dem Diskriminierungsverbot nur, wenn er der Öffentlichkeit zur Verfügung steht.

Welche Bedeutung hat diese Einschränkung für das Anbieten von Wohnraum? Einen Anhaltspunkt, freilich ohne unmittelbaren Wert für eine europarechtlich verbindliche Auslegung, stellt in diesem Zusammenhang die deutsche Regelung des § 573 a BGB dar. Danach eröffnen sich einem Vermieter im von ihm selbst mitbewohnten Haus oder bei einer Überlassung zur Untermiete erleichterte Kündigungsmöglichkeiten. Als Grundgedanken dieser Vorschrift erkennt man leicht die besondere Schutzwürdigkeit der Privatsphäre, die damit bereits im geltenden deutschen Zivilrecht einen Rückhalt findet. Vorgeschlagen wird dementsprechend,

¹⁴⁷ 4. Erwägungsgrund Rasse-RL, 11. Erwägungsgrund KOM-Vorschlag.

¹⁴⁸ *Delbrück*, in: *Fs. für Weber*, (Fn. 85), S. 234; *Tomuschat*, *Fs. Schlochauer*, (Fn. 120), S. 711; vgl. aus psychologischer Sicht auch die Maslow'sche Bedürfnispyramide, abgedruckt bei *Eisenführ*, *Einführung in die Betriebswirtschaftslehre*, 2000, S. 47 f.: Eine Unterkunft zu haben ist als Teil von „Sicherheit“ ein menschliches Grundbedürfnis.

¹⁴⁹ Deutscher Anwaltverein (Ausschuss Zivilrecht), Stellungnahme vom Mai 2003 (21/03), 8, abrufbar unter: <http://www.dav.de>.

¹⁵⁰ KOM-Vorschlag, 15.

das räumliche Umfeld des Diskriminierenden als zentralen Ort der Selbstverwirklichung ganz generell von der Bindung an das Diskriminierungsverbot auszunehmen.¹⁵¹ Dem ist mit Blick auf die oben dargelegten Kriterien zuzustimmen. Erst wenn es sich um die Vermietung oder den Verkauf von Wohnraum in einem nicht vom Vermieter bzw. Verkäufer bewohnten Haus handelt, wird man überlegen können, ob dieser „der Öffentlichkeit zur Verfügung steht“. Dies wird i.d.R. nicht der Fall sein, wenn es sich nur um ein einzelnes Objekt handelt. Zu verlangen ist wiederum eine Mehrzahl von Geschäften, die vom Eigentümer in diesem Zusammenhang getätigt wurden, werden oder werden können, so dass eine vergleichbare Anzahl von Sachverhalten gegeben ist.¹⁵²

e) Ergebnis

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Um die persönliche Lebenssphäre des Einzelnen nicht unangemessen einzuschränken, ist der Begriff des „der Öffentlichkeit zur Verfügung Stehens“ in Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags eng auszulegen und auf Wohnraum zu erstrecken. Waren und Dienstleistungen, die von Privatpersonen „öffentlich angeboten“ werden, stehen der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung. Mit Blick auf das RDÜ und den IPBürgR ist das Betreten der „quasi-öffentlichen Sphäre“ im Privatrechtsverkehr entscheidend. Nur dann steht grundsätzlich ein finanzielles, nicht persönliches Interesse des Diskriminierenden im Vordergrund, so dass das Recht auf Privatleben nicht beeinträchtigt wird und die Vertragsfreiheit generell eingeschränkt werden kann. Objektive Umstände für das Vorliegen eines „quasi-öffentlichen“ Geschäfts sind:

- die Fähigkeit und Bereitschaft eines privaten Rechtsträgers, eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen zu begründen, die potenziell jedem zugute kommen können, der bereit ist, die Bedingungen der *invitatio ad offerendum* zu erfüllen,
- die Größe, Organisation und der Grad der Institutionalisierung des Diskriminierenden,
- die Gewerbsmäßigkeit des Geschäfts (gehört es zur geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit des Privaten?).

Als Grundregel gilt: Das Diskriminierungsverbot kann desto mehr Raum in Anspruch nehmen, je weiter sich der zu regelnde Sachverhalt aus dem unmittelbaren Privatbereich entfernt. Da das europäische Recht diese Wertungen beachtet, sind seine Regelungen verhältnismäßig.

¹⁵¹ *Neuner*, (Fn. 11), S. 63.

¹⁵² Die Forderung nach einem Kontrahierungszwang aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten bei „Mietskasernen“ stellte schon *Raiser*, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht* 111 (1948), S. 75 (91 f.).

II. Vereinbarkeit des Interpretationsergebnisses mit den Grundsätzen der Rechtsprechung des EuGH

Ob die Rechtsprechung diesen Einschätzungen folgen wird, steht auf einem anderen Blatt.¹⁵³ Grundsätzlich ist der EuGH¹⁵⁴ für eine weite Auslegung des Tatbestands bekannt; nur Ausnahmeregelungen handhabt das Gericht eng.¹⁵⁵ Diese Methodik entspricht dem Auslegungsgrundsatz *singularia non sunt extendenda* bzw. *exceptio est strictissimae interpretationis*.¹⁵⁶ Zudem orientiert sich der EuGH an der praktischen Wirksamkeit, dem *effet utile*, um die bestmögliche Funktionalität der Gemeinschaftsverträge zu gewährleisten. Das hier vertretene Verständnis von „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ in Art. 3 Abs. 1 lit. h der Rasse-RL und Art. 1 Abs. 2 des KOM-Vorschlags ist jedoch eng ausgerichtet, so dass man es aus dieser Sicht in Frage stellen könnte.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei Diskriminierungssachverhalten im Privatrecht um eine Kollision von Gemeinschaftsgrundrechten handelt. Die Frage nach bestmöglicher Funktionalität der Verträge lässt sich also so nicht stellen. Wollte man durch eine weite Tatbestandsauslegung dem Prinzip der Nichtdiskriminierung zu größtmöglicher Wirksamkeit verhelfen, bestände nämlich die Gefahr, das Recht der Unionsbürger auf Vertragsfreiheit und Achtung des Privat- und Familienlebens im jeweiligen Kernbereich zu verletzen.

Daher sollte man sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis bewusst machen und dazu Regel sowie Ausnahme identifizieren. Zwar handelt es sich bei dem Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ um eine Tatbestandsrestriktion und damit um eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist in Art. 2 Abs. 1 der Rasse-RL und Art. 3 Abs. 1 des KOM-Vorschlags niedergelegt, seine Verwirklichung wird in Art. 1 der Rasse-RL und Art. 1 Abs. 1 des KOM-Vorschlags angestrebt. Für das Zivilrecht ist jedoch die Privatautonomie und damit die Vertragsfreiheit und das Recht auf Privatleben die Regel. Ein allgemeines Prinzip der Nichtdiskriminierung existiert dagegen weder im Vertragsrecht der Mitgliedstaaten noch auf Gemeinschaftsebene.¹⁵⁷

¹⁵³ Zweifelnd auch *Thüsing*, (Fn. 10), S. 3442, dem hier teilweise gefolgt wird.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. 16/69, Slg. 1969, 377 ff. (*Kommission/Italien*); EuGH, Rs. 176/73, Slg. 1974, 1361, Rdnrn. 21, 24 (*Van Belle/Rat*); EuGH, Rs. C-450/93, Slg. 1995, 3051, Rdnr. 21 (*Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*).

¹⁵⁵ Zum Begriff der „engen Auslegung“ *Schilling*, *Singularia non sunt extendenda* - Die Auslegung der Ausnahme in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1996, S. 44 (53 f.).

¹⁵⁶ Vgl. die Nachweise bei *Schilling*, *ibid.*, S. 44.

¹⁵⁷ *Schick*, *Acceptance of Non Discrimination as a Principle of (Consumer) Contract Law - and Future Legislation on Art. 13 EC Treaty*, in: Westerman (Hrsg.), *Non-discrimination and Diversity*, 2000, S. 25 (30 f.), die aber gleichzeitig für die Einfügung des Prinzips der Nichtdiskriminierung in das Vertragsrecht eintritt (28 ff.).

Diskriminierungsverbote, bzw. das Prinzip der Nichtdiskriminierung beschränken die Freiheitsrechte und stellen daher ihrerseits eine Ausnahme vom Regelfall dar. Wenn aber die Privatautonomie als Grundsatz des Privatrechtsverkehrs anerkannt wird, folgt daraus zwingend die enge Auslegung von Diskriminierungsverboten, bei denen es sich ja dann um einen Ausnahmetatbestand handelt.¹⁵⁸ Das Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ ist dann eine bloße Rückausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz, die der Sicherung der Privatautonomie dient.¹⁵⁹ Auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist die Tatbestandsrestriktion daher im Sinne der Gewährleistung von Vertragsfreiheit und Recht auf Privatleben auszulegen, während die Diskriminierungsverbote als Ausnahmetatbestand korrespondierend eng auszulegen sind. Im Hinblick auf die vom Gericht verwandte Methodik, Ausnahmen eng und anhand der Ziele der ihnen zugrunde liegenden Regel auszulegen, dürfte der EuGH daher zu keinem anderen Ergebnis als dem hier vertretenen gelangen.

G. Konsequenzen für die europäische Gesetzgebung und die deutsche Umsetzung

I. Europa

Der europäische Gesetzgeber sollte Fallgruppen in die Richtlinien aufnehmen, um den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots im Privatrecht eindeutiger zu bestimmen und dadurch mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Beispiele finden sich sowohl im englischen als auch im irischen und niederländischen Recht.

Differenzierte Ausnahmeklauseln¹⁶⁰ für die unterschiedlichen Diskriminierungsgründe müssen beibehalten und auch zukünftig verwendet werden. Gerade bei „veränderbaren“ Merkmalen des Diskriminierungsopfers kann eine unterschiedliche Behandlung eher gerechtfertigt sein, weil dann den Rechtspositionen des Diskriminierenden i.d.R. höhere Bedeutung einzuräumen ist.¹⁶¹ Vorliegend wurde nur die Vereinbarkeit von Diskriminierungsverboten aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht mit den Prinzipien des Privatrechts untersucht. Das Diskriminierungsopfer kann über diese Merkmale nicht verfügen, sie sind

¹⁵⁸ So auch *Schiek*, *ibid.*, S. 39.

¹⁵⁹ Zu dem Ergebnis, das bei drei- oder mehrstufigen Regel-Ausnahme-Verhältnissen die Ausnahme eng, die Unter- bzw. Rückausnahme aber wiederum im Lichte der Regel auszulegen ist, kommt auch *Schilling*, (Fn. 155), S. 55.

¹⁶⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 3 des KOM-Vorschlags für Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Die RasseRL sieht keine Ausnahmen vor.

¹⁶¹ *Neuner*, (Fn. 11), S. 62 f., dessen Konzept ansonsten schwer mit den europäischen Bestimmungen in Einklang zu bringen ist, aber wertvolle Denkanstöße bietet.

„unveränderbar“. Das führt zu einem besonderen Gewicht in der Abwägung mit den Interessen des Diskriminierenden und zu vergleichsweise eng umschriebenen Ausnahmen. Sollte der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht auf veränderbare Merkmale, wie z.B. politische oder sonstige Anschauungen, ausgeweitet werden, tritt aber die – hier nicht vorrangig betroffene – Meinungsfreiheit des Diskriminierenden ungleich stärker hervor. Dann darf das Diskriminierungsopfer ausschließlich in der „quasi-öffentlichen Sphäre“ auf Gleichbehandlung vertrauen. Jede darüber hinaus gehende Regelung wäre unverhältnismäßig.

II. Deutschland

Bei den hier diskutierten „unveränderbaren“ Merkmalen kann der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung über die Bestimmungen der Rasse-RL und des KOM-Vorschlags hinausgehen. Dies ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 der Rasse-RL und des KOM-Vorschlags. Davon macht er auch Gebrauch, wenn er es in § 319 a Abs. 1 Nr. 1 lit. a des Entwurfs ausreichen lässt, dass Waren und Dienstleistungen „öffentlich angeboten“ werden. Nach den oben dargestellten Kriterien¹⁶² ist der Prüfungsmaßstab für eine solche Bestimmung, die nicht durch die Richtlinie gefordert ist, das deutsche Grundgesetz. Eine Gefahr der Verfassungswidrigkeit resultiert daraus, dass dieses Tatbestandsmerkmal nicht in demselben Maße der Auslegung zugänglich ist wie die Frage, wann ein Angebot „der Öffentlichkeit zur Verfügung steht“. Das besondere Vertrauensverhältnis, das durch das Recht auf Privatleben geschützt wird, wird durch den Tatbestand des öffentlichen Angebots nicht ausreichend berücksichtigt.

Dies zeigt sich, wenn der Einzelne einen Dienstvertrag nachfragt, der ein gesteigertes persönliches Vertrauen erfordert, z.B. einen Pflegevertrag. Ein solcher Wunsch nach Vertragsschluss richtet sich nach der europarechtlichen Konzeption nicht an die Öffentlichkeit, denn der Pflegebedürftige hat weder eine Vielzahl von Stellen zu vergeben, noch repräsentiert er eine größere Unternehmung, sondern er sucht nach einer „Vertrauensperson“, die ihn unterstützt. Was aber, wenn er diesen Vertrag nun öffentlich angeboten hat, indem er in der Tageszeitung nach einer Pflegekraft inserierte? Nach dem Wortlaut des deutschen DiskE hätte der Pflegebedürftige zunächst das Nachsehen: er muss das Diskriminierungsverbot beachten und sein Intimleben fortan mit einer Person teilen, der er schon unter normalen Umständen aus dem Weg gehen würde.

Abhilfe könnte dann nur noch § 319 d Abs. 1 Nr. 1 DiskE schaffen, der Art. 4 der Rasse-RL umsetzt. Danach besteht eine Ausnahme von der Pflicht zur Gleichbehandlung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses, sofern das betreffende

¹⁶² Vgl. B.II.

Merkmal des Gegenübers eine „wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung [für die zu vergebende Stelle] darstellt“. Ob im Einzelfall eine solche Anforderung besteht, ist grundsätzlich nach objektiven Kriterien zu bestimmen, ansonsten bliebe für den Anwendungsbereich des Diskriminierungsschutzes nicht viel Raum. Entsprechend hat die Rasse-RL bei diesem Ausnahmetatbestand zunächst Schauspieler und andere Personen im Blick, bei denen es auf Authentizität ankommt.¹⁶³ Der Vorschlag für eine Rasse-RL nennt jedoch auch den Fall, „dass im Rahmen einer Tätigkeit persönliche Dienstleistungen für Angehörige einer bestimmten ethnischen Gruppe zu erbringen sind und dies am effektivsten von einem Angehörigen dieser Gruppe geleistet werden kann.“^{163a} Dann handele es sich um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung. Die persönliche Lebenssphäre des Pflegebedürftigen wäre so trotz seines öffentlichen Angebots geschützt. Ein ähnliches Ergebnis ließe sich für den Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wohl über den Ausnahmetatbestand des Art. 1 Abs. 3 des KOM-Vorschlags erzielen. Gleichwohl überzeugt diese Lösung dogmatisch nicht. Schon die Begründung der Kommission geht fehl, da sie es letztlich dem Diskriminierenden überlässt, wann eine „wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung“ vorliegt. Im deutschen DiskE bliebe der Schutz des Privatbereichs des Diskriminierenden auf Verträge über eine Beschäftigung beschränkt. Wollte er sein persönliches Lebensumfeld nach seinen Wünschen gestalten und daher ein Zimmer in seiner Wohnung durch öffentliches Inserat nur an Personen aus demselben Kulturkreis vermieten, wäre ihm eine Berufung auf Art. 319 d Abs. 1 Nr. 1 DiskE bzw. Art. 4 der Rasse-RL nämlich verwehrt. Eine zulässige Unterscheidung zwischen den Bewerbern wäre ihm nur aufgrund des Geschlechts möglich. Dafür reicht nach § 319 d Abs. 1 Nr. 2 DiskE ein sachlicher Grund aus.¹⁶⁴

Unabhängig davon, ob man eine Ausnahme von der Pflicht zur Gleichbehandlung mit Blick auf „wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzungen“ in bestimmten Fällen überhaupt zulässt, bleiben also außerhalb von Beschäftigungsverhältnissen Bereiche, in denen eine Berufung darauf nicht möglich ist. Das Recht auf Privatleben wäre durch Nichtberücksichtigung im Entwurf daher in Teilbereichen unverhältnismäßig eingeschränkt, was zu einem Verstoß gegen das Grundgesetz führt. Diese Überlegung diskreditiert gleichwohl noch nicht die Erweiterung auf das „öffentliche Angebot“ per se. Es ist mit der Zielsetzung der RL 2000/43/EG und des KOM-Vorschlags vereinbar, eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot dann vorzusehen, wenn das Privatleben des Diskriminierenden unzumutbar betroffen ist.¹⁶⁵ Nur auf diese Weise kann eine Abwägung eröffnet

¹⁶³ Vgl. Vorschlag für eine Rasse-RL (Fn. 108), 4; *Schiek*, Diskriminierung wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“ – Probleme bei der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, AuR 2003, S. 47 f.

^{163a} Vorschlag für eine Rasse-RL, (Fn. 108), 9.

¹⁶⁴ Vgl. bereits oben Fn 139.

¹⁶⁵ *Wiedemann/Thüsing*, (Fn. 16), S. 464, für die RL 2000/43/EG.

werden, die vom 4. Erwägungsgrund der Rasse-RL und vom 11. Erwägungsgrund des KOM-Vorschlags ausdrücklich vorgesehen ist. Als Vorbild für eine solche Rechtfertigungsklausel für besondere Vertrauenssituationen kann Art. 7 Abs. 3 des niederländischen AWGB^{165a} dienen. Will das deutsche Umsetzungsgesetz also den Tatbestand des öffentlichen Angebots beibehalten, muss die Ausnahmeklausel für alle Diskriminierungsgründe gelten.

Verzichtet der deutsche Gesetzgeber auf den Tatbestand des öffentlichen Angebots und orientiert sich insoweit an dem Gehalt der europarechtlichen Regelung, ist ihm ebenfalls die Bildung von Fallgruppen bzw. Regelbeispielen zu empfehlen.

H. Fazit

Diskriminierungsverbote im Zivilrecht sind mit Vorsicht zu handhaben. Nicht nur die Vertragsfreiheit des Diskriminierenden, sondern insbesondere sein Recht auf Privat- und Familienleben ziehen dem Gleichbehandlungsanspruch und dem Schutz der Privatautonomie des Diskriminierungsopfers Grenzen. Andere Grundrechte wie die Vereinigungs- oder die Meinungsfreiheit, das Eigentumsrecht oder die Berufsfreiheit können noch verstärkend hinzutreten. Im persönlichen Lebensbereich muss daher Diskriminierung erlaubt sein. Dieser Feststellung wird etwas von ihrer Schärfe genommen, wenn man berücksichtigt, dass das Problem der Diskriminierung mit rechtlichen Mitteln allein ohnehin nicht gelöst werden kann.¹⁶⁶ Daher erscheint es nicht nur im Hinblick auf die Grundrechte der Beteiligten, sondern auch rechtspolitisch ratsamer, den Widerstand gegen Diskriminierungsverbote nicht dadurch zu verstärken, dass private Rechtsbeziehungen allzu pauschal dem Gleichheitsgebot unterworfen werden.

^{165a} Vgl. Fn. 136a.

¹⁶⁶ Ausführlich *Breuer*, Anti-Diskriminierungs-Gesetzgebung – Chance oder Irrweg? Zur Verfassungsmäßigkeit und Geeignetheit gesetzgeberischer Maßnahmen zur Förderung der Gleichberechtigung, 1991, S. 95 ff.; *Berger*, Equality by Statute, 1978, S. 206 f.; *Coester-Waltjen*, Zielsetzung und Effektivität eines Antidiskriminierungsgesetzes, ZRP 1982, S. 217 (220).