

# PRIVATAUTONOMIE UND DISKRIMINIERUNG

WERNER HEUN

## I. Einleitung

Einschränkungen der Privatautonomie durch strikte Diskriminierungsverbote sind unter dem Grundgesetz nichts Neues. Die Differenzierungsverbote des Art. 3 III GG waren von Anfang an im Grundgesetz normiert, wenngleich sie sich primär gegen die staatliche Gewalt richten. Bereits zu Beginn der fünfziger Jahre kam allerdings der Gedanke jedenfalls einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte auf,<sup>1</sup> den alsbald das Bundesverfassungsgericht in seiner Lüth-Entscheidung<sup>2</sup> mit damals kaum absehbaren Folgen umsetzte und ihm allgemein Anerkennung verschaffte.

Angesichts der hohen Bedeutung der Diskriminierungsverbote als Konsequenzen aus den historischen Diskriminierungserfahrungen während des Nationalsozialismus ist zwar richtigerweise eine unmittelbare Drittwirkung abgelehnt,<sup>3</sup> eine mittelbare Drittwirkung aber bejaht worden, die etwa im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklausel des § 826 BGB auch einen Kontrahierungszwang und damit eine schwerwiegende Einschränkung der Privatautonomie begründen kann.<sup>4</sup>

Die Einfügung des Art. 13 EGV durch den Amsterdamer Vertrag im Jahre 1999, heute Art. 19 AEUV, hat den Diskriminierungsschutz noch einmal deutlich verschärft. Die drei Diskriminierungsrichtlinien aus den Jahren 2000 und 2004<sup>5</sup> und das darauf beruhende Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz von

---

<sup>1</sup> Begriff erstmals bei Hans-Peter IPSEN, Gleichheit, in: *Handbuch der Grundrechte* Bd. II, 1954, S. 111 ff. (143); grundlegend dann Günter DÜRIG, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: *FS H. Nawiasky*, 1956, S. 158 ff.; Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960; vgl. auch aus neuerer Zeit Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, S. 61 ff.; Wolfgang CREMER, *Freiheitsgrundrechte*, 2003, S. 415 ff.; Rolf POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, S. 233 ff.

<sup>2</sup> BVerfGE 7, 198 (205 ff.).

<sup>3</sup> Werner HEUN, in: H. Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 2. Aufl. Bd. I 2004, Art. 3, Rn. 138.

<sup>4</sup> Vgl. Tilmann BEZZENBERGER, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung um bürgerlichen Recht, *AcP* 196 (1996) S. 395 ff. (421 ff.)

<sup>5</sup> Dazu mit Nachweisen unten Fn. 64, 66, 67.

2006,<sup>6</sup> mit dem der deutsche Gesetzgeber diese umsetzt und konkretisiert, haben freilich eine teilweise schrille Kritik und die Beschwörung des Untergangs der Privatautonomie provoziert. Die Regelungen werden als „totalitär“,<sup>7</sup> „legal vandalism“,<sup>8</sup> „Gesinnungsterrorismus“<sup>9</sup> und anderes mehr<sup>10</sup> apostrophiert. Auch wenn diese Verdikte jedes Maß verlieren, können sie als Symptom einer prekären Problematik verstanden werden.

## II. Privatautonomie

Im Verhältnis zwischen Privatautonomie und Diskriminierungsverboten ist erstere die ursprüngliche Freiheit, deren Spielräume durch letztere beschnitten werden. Ausgangspunkt ist daher das Verständnis der Privatautonomie in der freiheitlichen Ordnung des Grundgesetzes.

Die Privatautonomie, die sich sachlich weitgehend mit dem Gedanken der Vertragsfreiheit überschneidet,<sup>11</sup> ist ursprünglich ein genuin privatrechtlicher Begriff. In der Rückprojektion erscheint vielfach die Privatautonomie als liberal-individualistische unbeschränkte Freiheit, die das Privatrecht im 19. Jahrhundert als zentrales Prinzip beherrscht habe.<sup>12</sup> Diese Analyse wird vielfach auch kritisch gewendet, wenn beklagt wird, dass dieses liberale Modell soziale Gesichtspunkte nicht berücksichtigt habe.<sup>13</sup> Genauere historische

<sup>6</sup> Gesetz v. 14.8.2006, BGBl. I, S. 1897.

<sup>7</sup> Johannes BRAUN, Forum – Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, *JuS* 2002, S. 424 f. (424).

<sup>8</sup> Vgl. Victor WINKLER, The Planned German Anti-Discrimination Act: Legal Vandalism? A Response to Karl-Heinz Ladeur, *German Law Journal* 3 (2002).

<sup>9</sup> Thomas FAHR, Deutschland wird wieder totalitär – Echo, *JuS* 2002, S. 727; Josef ISENSEE, Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: ders. (ed.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 239 ff. (273 f.).

<sup>10</sup> Vgl. auch die bereits in den Titeln sich äußernden Ausfälle von Franz-Jürgen SÄCKER, Vernunft statt Freiheit! – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, *ZRP* 2002, S. 286 ff.; Eduard PICKER, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie, *JZ* 2002, S. 880 ff.; Tilman REPGEN, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Isensee, *Vertragsfreiheit* (Fn. 9), S. 11 ff.

<sup>11</sup> Vgl. Wolfram HÖFLING, *Vertragsfreiheit*, 1991, S. 1 f.; Matthias CORNILS, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, 2005, S. 165 ff.

<sup>12</sup> Klassisch Franz WIEACKER, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), in: ders., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, S. 9 ff. (12); zu diesem Mythos vgl. Sybille HOFER, *Freiheit ohne Grenzen*, 2001, S. 1 f., vgl. auch zur historischen Entwicklung REPGEN, *Antidiskriminierung* (Fn. 10) S. 52 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Tilman REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 2001, S. 3 ff.

Analyse erweist dieses Bild freilich in dieser Zuspitzung als fragwürdig. So ist schon der Begriff der Privatautonomie im 19. Jahrhundert kaum bekannt und auch die Vertragsfreiheit taucht nur sehr vereinzelt auf.<sup>14</sup> Zugleich zeigt sich, dass die Privatautonomie der Sache nach im 19. Jahrhundert fast nie als unbeschränkte Freiheit verstanden worden ist, sondern ihrerseits entweder durch das objektive Prinzip der Freiheit selbst oder durch Gemeinschaftsinteressen eingeschränkt werden konnte.<sup>15</sup>

Diese Vorstellungen entsprechen im Kern auch der Grundidee des heutigen Grundrechtsverständnisses unter dem Grundgesetz. Die Grundrechte konstituieren eine prinzipielle Freiheit, die indes durch den Staat eingeschränkt werden kann. Die jeweilige Einschränkung bedarf als Grundrechtseingriff allerdings der Rechtfertigung,<sup>16</sup> die sich aus formellen Anforderungen, insbesondere dem Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung, und zusätzlich aus materiellen Voraussetzungen zusammensetzt. Die individuelle Freiheitseinschränkung muss deshalb durch kollidierende Freiheitsinteressen anderer Grundrechtsträger oder durch Gemeinschaftsinteressen gerechtfertigt werden. Außerdem muss der Eingriff den rechtsstaatlichen Anforderungen genügen, die vor allem das Verhältnismäßigkeitsprinzip stellt. Abgesehen von der Formalisierung und dogmatischen Verfeinerung durch die moderne Grundrechtslehre ist die Grundstruktur der Relation von Autonomie und Einschränkung seit dem 19. Jahrhundert somit kaum verändert worden.

Inhaltlich bedeutet Privatautonomie die Freiheit des Abschlusses und der Gestaltung der Rechtsgeschäfte auch bei der Wahl der Kontrahenten und schließt die Abänderungs- und Auflösungsbefugnis ein.<sup>17</sup> Zugleich enthält die Vertragsfreiheit die staatliche Anerkennung autonomer Rechtsetzung aufgrund privater Willensbildung im Gegensatz – aus individueller Perspektive – zur heteronomen Rechtsetzung durch den Staat.<sup>18</sup>

Erstaunlicherweise ist die Privatautonomie oder Vertragsfreiheit im Grundgesetz in keiner Weise explizit normiert, nicht einmal der Begriff wird verwen-

---

<sup>14</sup> HOFER, *Freiheit* (Fn. 12), S. 2 ff.; vgl. aber auch die Kritik am Begriff der Autonomie bei Verträgen bei Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, 1840, S. 12 Fn. b.; zur Entwicklung des Gedankens in England grundlegend P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979.

<sup>15</sup> Vgl. im einzelnen HOFER, *Freiheit* (Fn. 12), S. 13 ff. und zusammenfassend S. 279 ff.

<sup>16</sup> Zu dieser Grundstruktur vgl. hier nur Horst DREIER, in: ders., *GG-Kommentar* (Fn. 3), Vorb., Rn. 119 ff.

<sup>17</sup> Vgl. z.B. Ludwig RAISER, *Vertragsfreiheit heute*, *JZ* 1958, S. 1 ff. (1)

<sup>18</sup> Zu diesem Aspekt vgl. Art. 1134 Code Civil (1804), wonach Verträge „als Gesetze“ gelten.

det.<sup>19</sup> Das überrascht auch deshalb, weil Art. 152 I WRV die Vertragsfreiheit ausdrücklich garantierte<sup>20</sup> und der Staat der Weimarer Republik dadurch und durch weitere Normen „von Verfassungswegen auf die Kerninstitute der bisherigen bürgerlichen Rechtsordnung festgelegt“<sup>21</sup> war. Gleichwohl schließt dieser Befund die Anerkennung der Privatautonomie als verfassungsrechtliches Institut keineswegs aus.

Angesichts der fehlenden normtextlichen Verankerung bedarf die Privatautonomie allerdings der grundrechtlichen Verortung. Ungeachtet aller Differenzen im Detail<sup>22</sup> besteht Einigkeit darüber, dass die Privatautonomie und Vertragsfreiheit prinzipiell grundrechtlich geschützt ist.<sup>23</sup> Anerkannt ist ebenfalls, dass die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG jedenfalls auch die private Vertragsfreiheit umfasst.<sup>24</sup> Das liegt schon deshalb nahe, da die allgemeine Privatautonomie als Ausprägung der Selbstbestimmung aufgefasst werden kann. Übereinstimmung besteht auch darin, dass die Vertragsfreiheit bereichsspezifisch durch spezielle Grundrechte geschützt ist.<sup>25</sup> So werden eigentumsrelevante Vereinbarungen ebenso wie Erbverträge von Art. 14 GG erfasst, Eheverträge werden durch Art. 6 I GG, gesellschaftsrechtliche Verträge durch Art. 9 I GG, Tarifverträge durch Art. 9 III GG und generell berufsbezogene Vereinbarungen durch Art. 12 I GG geschützt. Vor allem Art. 12 I und 14 I GG fungieren insoweit als grundrechtliche Verstärkungen der Privatautonomie.

Fraglich ist allenfalls das Verhältnis der einzelnen Gewährleistungen untereinander. Mit dem Bundesverfassungsgericht wird man aber angesichts der grundsätzlichen Spezialität der Einzelverbürgungen davon ausgehen können, dass die

---

<sup>19</sup> S. auch HÖFLING, *Vertragsfreiheit* (Fn. 11), S. 4 ff.

<sup>20</sup> Vgl. dazu Heinrich STOLL, *Vertragsfreiheit*, in: H.C. Nipperdey (ed.) *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. III, 1930, S. 175 ff.; Michael BÄUERLE, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, 2001, S. 112 ff.

<sup>21</sup> Rudolf SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, *VVDStR* 4 (1928), S. 44 ff. (46).

<sup>22</sup> Zu den Differenzen im einzelnen vgl. HÖFLING, *Vertragsfreiheit* (Fn. 11), S. 6 ff.; Gerrit MANSSEN, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, 1994, S. 130 ff.; RUFFERT, *Vorrang* (Fn. 1), S. 288 ff.; ferner den Überblick über Rechtsprechung und Literatur in BÄUERLE, *Vertragsfreiheit* (Fn. 20), S. 283 ff. sowie 373 ff. .

<sup>23</sup> In den USA wurde die Privatautonomie zeitweise in der due-process clause verortet, was inzwischen wieder aufgegeben worden ist; zum rise and fall of contractual liberty s. Laurence TRIBE, *American Constitutional Law*, 2 ed. 1988, S. 560 ff.; in Frankreich ist sie verfassungsrechtlich gar nicht anerkannt, s. Conseil Constitutionnel, 20. mars 1997, 97 – 388 DC, cons. 48.

<sup>24</sup> Vgl. hier nur BVerwGE 1, 321 (323); BVerfGE 8, 274 (327 ff.)

<sup>25</sup> Vgl. im einzelnen HÖFLING, *Vertragsfreiheit* (Fn. 11), S. 11 ff. m.w.N.; RUFFERT, *Vorrang* (Fn. 1), S. 294 ff.

allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG lediglich subsidiär greift, soweit die Einzelfreiheitsrechte die rechtsgeschäftlichen Formen einvernehmlichen Handelns nicht bereits unter Schutz stellen.<sup>26</sup> Die Grundstruktur der grundrechtlichen Gewährleistung bleibt davon ohnehin unberührt.

Auf der europäischen Ebene stellt sich die Sachlage anders dar. Vertragsfreiheit und Privatautonomie sind weder in der Europäischen Menschenrechtskonvention noch in der Grundrechtecharta explizit normiert. Es fehlt allerdings auch an einer generellen Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit oder Selbstbestimmung, die als Generalklausel ebenfalls die Privatautonomie umfassen könnte. Gleichwohl ist die Vertragsfreiheit auch auf europäischer Ebene geschützt. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs ist jedenfalls die freie Wahl des Vertragspartners im geschäftlichen Bereich als zentrales Element der Privatautonomie durch die Berufsfreiheit geschützt.<sup>27</sup> Das muss entsprechend für die freie Auswahl des Vertragspartners im Bereich eigentumsrelevanter Verfügungen gelten. Deshalb ist die Privatautonomie auch unionsrechtlich abgesichert.<sup>28</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich demgegenüber zur Privatautonomie gar nicht geäußert.

Die Privatautonomie ist jedoch in keiner Weise absolut geschützt, sie bedeutet lediglich, dass staatliche Regelungen und Eingriffe den allgemeinen und spezifischen Rechtfertigungsanforderungen der jeweils betroffenen Grundrechte unterworfen sind. Gerade die allgemeine Privatautonomie unterliegt dabei in formal-prozeduraler Hinsicht lediglich einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Aus mehreren Gründen ist dem Gesetzgeber sogar ein außerordentlich weiter Gestaltungsrahmen eingeräumt. Privatautonomie ist grundsätzlich eine konstituierte Freiheit.<sup>29</sup> Die Vertragsfreiheit bedarf einer Rechtsordnung – materiell wie prozedural – um der Willensübereinstimmung rechtliche Verbindlichkeit zu verleihen und um sie durchzusetzen. Das Recht stellt zusätzlich vielfach erst

---

<sup>26</sup> BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 70, 115 (123); s. auch Günter DÜRIG, in: Maunz/Dürig, *GG-Kommentar*, Art. 2 Abs. 1 (1958), Rn. 11 ff.; HÖFLING, *Vertragsfreiheit* (Fn. 11), S. 18 ff.; RUFFERT, *Vorrang* (Fn. 1), S. 287 ff.

<sup>27</sup> EuGH Rs C-41/90, Urt. vom 23.4.1991, Rn. 13.

<sup>28</sup> Rudolf STREINZ, in: ders., *EUV/EGV*, 2003, Art. 13 EGV, Rn. 23; Art. 12 EGV, Rn. 66, Art. 16 GRCh, Rn. 1; Burkhard SCHÖBENER/Florian STORK, *Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht*, *ZEuS* 7 (2004), S. 43 ff. (55 ff.); Oliver REMIEN, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 2003, S. 34 ff., 170 ff.

<sup>29</sup> Vgl. näher HÖFLING, *Vertragsfreiheit* (Fn. 11) S. 25 ff.; BÄUERLE, *Vertragsfreiheit* (Fn. 20), S. 329 ff.; RUFFERT, *Vorrang* (Fn. 1), S. 307 ff.; CORNILS, *Ausgestaltung* (Fn. 11), S. 167 ff.; ISENSEE, *Privatautonomie* (Fn. 9), S. 255 ff.

die Vertragstypen und die spezifischen Rechtsfolgen bereit. Die gesetzliche Ausgestaltung und Einschränkung der Privatautonomie ist zwar prinzipiell am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen, aber die Entscheidungsspielräume sind besonders weit.<sup>30</sup> Das gilt speziell im Bereich der Eigentumsfreiheit wegen der hier doppelt bedingten Normprägung und der Sozialbindung, die eine Form gebremster Verhältnismäßigkeitsprüfung auslöst.<sup>31</sup> Es gilt aber auch im Bereich der Berufsfreiheit und der subsidiären allgemeinen Handlungsfreiheit, da diese Grundrechte infolge des weitreichenden Sozialbezugs der geschützten Freiheiten in hohem Maß durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden können. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Vertragsfreiheit von vornherein „nicht primär als ein Abwehrrecht, sondern als ein privatrechtlich ausgestaltetes Teilhaberecht zu begreifen“ ist, mit der Folge, dass Diskriminierungsverbote lediglich die Bedingungen der Vertragsfreiheit sichern.<sup>32</sup> Die Behauptung der Unangemessenheit einer Regelung dürfte daher regelmäßig schwer zu begründen sein.

### III. Diskriminierungsverbote im Privatrecht

Diskriminierungsverbote sind spezielle Ausprägungen des Gleichheitsgedankens, der zu der Privatautonomie in einer intrikaten Beziehung steht. Die rechtliche Garantie der Privatautonomie setzt zuallererst rechtliche Gleichheit voraus. Der privatautonome Vertrag geht von rechtlich gleichgestellten Vertragspartnern aus, die Vertragsfreiheit abstrahiert aber von faktischen und sozialen Ungleichheiten und von einem faktischen Machtgefälle.<sup>33</sup> Der Gesetzgeber mag faktische Ungleichheit durch seine Regeln korrigieren, sie beinhalten dann aber gerade Einschränkungen der Privatautonomie.

Während die rechtliche Gleichheit sich prinzipiell in Harmonie mit der Privatautonomie befindet, kollidieren Diskriminierungsverbote ebenso grundsätzlich mit der Privatautonomie, obwohl sie Ausdruck der Gleichheit sind. Das Ver-

---

<sup>30</sup> Zur Schrankenproblematik bei der Vertragsfreiheit vgl. generell HÖFLING, *Vertragsfreiheit* (Fn. 11), S. 32 ff.; RUFFERT, *Vorrang* (Fn. 1), S. 307 ff.

<sup>31</sup> Vgl. hier nur Joachim WIELAND, in: Dreier, *GG-Kommentar* (Fn. 3), Art. 14 Rn. 126 ff.; CORNILS, *Ausgestaltung* (Fn. 11), S. 271 ff.

<sup>32</sup> So aber Eberhard EICHENHOFER, *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, *DVBl.* 2004, S. 1078 ff. (1085).

<sup>33</sup> Vgl. Christian ARMBRUSTER u.a. (ed.), *Privatautonomie und Ungleichgewichtslagen*, 1996; ISENSEE, *Privatautonomie* (Fn. 9), S. 253 ff.

hältnis zwischen beiden Rechtsgarantien ist folglich prekär.<sup>34</sup> Die Problematik wird durch die Frage der Anwendbarkeit und Geltung der Grundrechte und besonders der Gleichheitsrechte im Privatrecht verschärft.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene begründet in erster Linie Art. 3 III GG spezifische Diskriminierungsverbote, Art. 3 II GG verstärkt und modifiziert dabei das Verbot der Differenzierung nach dem Geschlecht. Diese Diskriminierungsverbote entfalten nach allgemeiner Auffassung keine unmittelbare Drittwirkung zwischen Privaten<sup>35</sup> und schlagen damit auf die Vertragsfreiheit nicht unmittelbar durch. Sie begründen auch keine zwingende rechtliche Schutzpflicht des Staates, die ihn verpflichtet, vor privater Diskriminierung zu schützen,<sup>36</sup> auch wenn der Referentenentwurf des Antidiskriminierungsgesetzes dies behauptet.<sup>37</sup> Selbst die weitergehende Formulierung des auf die Gleichberechtigung beschränkten Art. 3 II 2 GG kann nicht im Sinne einer Schutzpflicht interpretiert werden. Die Regelung rechtfertigt allenfalls positive Diskriminierung, zwingt den Staat aber nicht zu bestimmten Fördermaßnahmen.<sup>38</sup> Art. 3 II, III GG gewähren insoweit gerade nicht einen Anspruch auf Herstellung faktischer Gleichheit.

Adressat der Diskriminierungsverbote ist zunächst einmal allein der Staat, der nicht nach den verbotenen Merkmalen differenzieren darf. Trotz dieser Staatsrichtung der Diskriminierungsverbote haben diese unmittelbare Auswirkung auf die Privatrechtsordnung, denn der Gesetzgeber ist auch bei dem Erlass von Privatrechtsnormen unmittelbar und uneingeschränkt an die Grundrechte gebunden.<sup>39</sup> Unzweifelhaft dürfen folglich Privatrechtsnormen nicht selbst nach den verbotenen Merkmalen differenzieren. Eine Norm, die auch nur in bestimmten Fällen den Verkauf von Grundstücken an Schwarze<sup>40</sup> oder Muslime oder den Abschluss von Mietverträgen mit Angehörigen dieser Gruppen verbieten würde, wäre ohne weiteres verfassungswidrig. Kein verfassungsrechtlicher Verstoß gegen die betreffenden Differenzierungsverbote durch die staatliche Privatrechtsnorm liegt allerdings dann vor, wenn die Regelung aufgrund

---

<sup>34</sup> Vgl. grundlegend zur Problematik Matthias JESTAEDT und Gabriele BRITZ, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, *VVDStRL* 64 (2005), S. 298 ff. und S. 355 ff.

<sup>35</sup> Vgl. HEUN, Art. 3 (Fn. 3), Rn. 113 (zu Art. 3 II) und 138 (zu 3 III).

<sup>36</sup> Ebd.

<sup>37</sup> Vgl. *Projektgruppe EuRi des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsgesetz – ADG) vom 6. Mai 2004, S. 74.

<sup>38</sup> Zum Rechtscharakter des Art. 3 II 2 GG s. HEUN, Art. 3 (Fn. 3), Rn. 104.

<sup>39</sup> Vgl. hier generell nur DREIER, Vorb. (Fn. 3), Rn. 97; CREMER, *Freiheitsgrundrechte* (Fn. 1), S. 425 ff.

<sup>40</sup> Vgl. die Konstellation von *Shelley v. Kramer*, 334 U.S. 1 (1948).

einer neutralen Formulierung die Diskriminierung im Ergebnis erlaubt. In diesem Fall geht die Diskriminierung eben nicht von der Norm, sondern von der individuellen Entscheidung des Privatrechtssubjekts aus.

Obwohl die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte in privatrechtlichen Beziehungen abgelehnt wird, wirken die Grundrechte in erheblichem Maß auf die Privatrechtsordnung ein. Seit der Lüth-Entscheidung ist bekanntlich allgemein anerkannt, dass die Grundrechte als Wertordnung<sup>41</sup> oder objektive Prinzipien<sup>42</sup> jedenfalls eine mittelbare Drittwirkung entfalten, indem sie vor allem bei der Auslegung der privatrechtlichen Generalklauseln zu berücksichtigen sind. Die Frage stellt sich indes, was dies für die Gleichheitssätze und Diskriminierungsverbote genau bedeutet, die insoweit im Rahmen der Grundrechte eine Sonderstellung einnehmen.

So entfaltet der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG im allgemeinen keine Drittwirkung, weder unmittelbar noch mittelbar.<sup>43</sup> Eine generelle Rechtfertigungspflicht, wie sie Art. 3 I GG für den Staat begründet, würde die individuelle Freiheit und damit gerade auch die Privatautonomie völlig entwerten und den Einzelnen praktisch allgemein denselben Rechtfertigungspflichten wie den Staat unterwerfen.<sup>44</sup> Demgegenüber wird eine mittelbare Drittwirkung der Differenzierungsverbote unter bestimmten Voraussetzungen durchaus anerkannt, obwohl das Grundproblem der Anwendbarkeit auf Private identisch ist. Es ist elementarer Bestandteil individueller grundrechtlicher Freiheit, mit anderen Privatrechtssubjekten nach freiem Belieben in Kontakt zu treten. Es bleibt dem Einzelnen nicht nur unbenommen, seine Vertragspartner willkürlich auszuwählen, der Einzelne darf prinzipiell auch nach den verbotenen Merkmalen des Art. 3 III GG differenzieren. So ist es etwa ohne weiteres zulässig, sich in Religionsgemeinschaften oder Vertriebenenverbänden zusammenzuschließen, keine Männer oder Frauen zu irgendwelchen Veranstaltungen einzuladen oder mit ihnen vertragliche Beziehungen aufzunehmen. Ganz besonders im Familien- und Erbrecht darf frei diskriminiert werden, man darf nach Abstammung, religiöser Zugehörigkeit, nach nationalen oder politischen Gesichtspunkten seinen Ehepartner auswählen.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> So die ursprüngliche Konstruktion BVerfGE 7, 198 (205); s. Helmut GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973.

<sup>42</sup> So die neuere Formulierung BVerfGE 53, 30 (57); zu dem terminologischen Wandel hier nur Gertrude LÜBBE-WOLF, *Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, S. 283 ff.

<sup>43</sup> Abweichungen gelten bei der Möglichkeit des Missbrauchs privater Macht und daher im Arbeitsrecht und bei Monopolen vgl. HEUN, Art. 3 (Fn. 3), Rn. 69 f. m.w.N.

<sup>44</sup> Vgl. auch RUFFERT, *Vorrang* (Fn. 1), S. 175 f.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 17, 302 (305).



Je stärker die eigene Privatsphäre berührt ist, umso freier darf der Einzelne nach den verbotenen Merkmalen differenzieren. Umgekehrt folgt daraus aber auch, dass eine mittelbare Bindung an Art. 3 III GG umso mehr durchschlägt, je stärker der Sozialbezug ist. Deshalb gewinnt Art. 3 III GG über die zivilrechtlichen Generalklauseln im Privatrechtsverkehr Vorrang, wenn Private Leistungen oder Waren öffentlich anbieten, also in öffentlich zugänglichen Geschäften, Hotels und Restaurants oder bei öffentlichen Verkehrsmitteln.<sup>46</sup> In diesem Fall treten die grundrechtlich geschützten Freiheitsinteressen des (privaten) Anbieters zurück. Dies bedeutet freilich, dass die dogmatisch scharf konturierte Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung praktisch weitgehend eingeplant wird, da sachlich eine unmittelbare Abwägung der gegenläufigen Grundrechtspositionen vorgenommen wird, so dass der Abwägungsvorgang auch schon als „Normebenenverwechslung“ kritisiert worden ist.<sup>47</sup>

#### IV. Die Bedeutung der Antidiskriminierungsgesetzgebung

Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage erhebt sich die Frage, welche Änderungen überhaupt durch die neuere europäische und deutsche Antidiskriminierungsgesetzgebung eingetreten sind. Die Grundkonstellation selbst hat sich kaum verändert, die Modifikationen sind geringer als das publizierte Echo vermuten lässt. Der Kern der neuen Gesetzgebung ist die Umkehrung der Rechtfertigungslast für die Diskriminierung. Die Diskriminierung ist einfachgesetzlich verboten, die Privatautonomie als Freiheit zur Diskriminierung ist prima facie eingeschränkt. Die Antidiskriminierungsgesetzgebung ist daher als Eingriff in die Privatautonomie zu qualifizieren.<sup>48</sup> Die verfassungsrechtliche Abwägung zwischen Diskriminierungsverboten und Privatautonomie ist aber prinzipiell dieselbe wie vorher, soweit das nationale Verfassungsrecht nicht durch den Vorrang des europäischen Unionsrechts überlagert wird. Aber auch dort findet eine ebensolche Abwägung statt.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Christian STARCK, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG Kommentar* Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 3, Rn. 388; Rolf KÜHNER, Das Recht auf Zugang zu Gaststätten und das Verbot der Rasendiskriminierung, *NJW* 1986, S. 1397 ff. (1400 f.); zu den verschiedenen Einbruchstellen vgl. auch Sebastian ZAPF, *Zivilrechtliche Diskriminierungsnormen*, 2009, S. 102 ff.

<sup>47</sup> JESTAEDT, *Diskriminierungsschutz* (Fn. 34), S. 335.

<sup>48</sup> REPGEN, *Antidiskriminierung* (Fn. 10), S. 39 ff.; ISENSEE, *Privatautonomie* (Fn. 9), S. 270 ff.

<sup>49</sup> Vgl. *EuGH* Rs. 5/88 – Urt. v. 13.7.1989, Rn. 18 – *Wachau*; Rs. C-292/97 – Urt. v. 13.4.2000, Rn. 45 – *Karlsson*.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive sicher nicht geboten, aber ungeachtet verfassungsrechtlicher Probleme im Detail durchaus gerechtfertigt. Das Ziel der Bekämpfung der Diskriminierung verfolgt zweifelsohne verfassungsrechtlich erlaubte Gemeinwohlinteressen. Das Antidiskriminierungsgesetz unterliegt aber ebenso zweifelsfrei der Abwägungskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht. Allerdings erlauben die in Art. 3 III, II GG normierten Gleichbehandlungsinteressen prinzipiell weitreichende Eingriffe in die Privatautonomie.<sup>50</sup> Die in Art. 3 III, II GG einerseits und den normativen Grundlagen der Privatautonomie andererseits selbst geregelten Interessen sind freilich hochabstrakt und bedürfen der Konkretisierung. Abwägung bedeutet insofern die Berücksichtigung weitgehend einzelfallbezogener Argumente, selbst wenn diese generalisierungsfähig sind. Die Parade der Argumente ergibt ein differenziertes Bild.

Da die Antidiskriminierungsgesetzgebung in erster Linie auf den Wirtschaftsverkehr abzielt, spielen ökonomische Argumente in der Abwägung eine erhebliche Rolle. Dabei können Diskriminierungsverbote durchaus auch ökonomischer Rationalität dienen, da der Ausschluss bestimmter Gruppen in einigen Fällen mit Wohlstandsverlusten verbunden ist und daher ökonomisch irrational sein kann. Oft werden Diskriminierungsverbote indes mit der umgekehrten Logik kritisiert, weil sie ökonomisch rationales Verhalten verhindern und damit eine ökonomische Belastung auferlegen.<sup>51</sup> Klassischer Anwendungsbereich dieses Arguments sind die Versicherungen, deren Risikoklassen an verbotene Merkmale anknüpfen können. So ist ein „Balkantarif“ bei Autoversicherungen schon lange gem. § 81e VAG untersagt, während Männer und Frauen in der Krankenversicherung unterschiedliche (Risiko)Beiträge entrichten müssen.<sup>52</sup> Ein sog. Unisex-Tarif wird indes durch das Gleichbehandlungsgesetz nicht vorgeschrieben. Sofern allerdings im Wirtschaftsverkehr vielfach im Einzelfall an die verbotenen Merkmale des Art. 3 III GG wie Rasse, ethnische Herkunft oder auch das Geschlecht angeknüpft wird, spielen weniger ökonomisch rationale Gesichtspunkte als Vorurteile und persönliche Abneigung eine Rolle.<sup>53</sup> Dagegen können bei der Berück-

---

<sup>50</sup> Völlig verfehlte Qualifizierung der verfolgten Zwecke und damit auch an der Sache vorbeigehende Verhältnismäßigkeitsprüfung bei REPGEN, *Antidiskriminierung* (Fn. 10), S. 79 ff.

<sup>51</sup> Vgl. dazu BRITZ, *Diskriminierungsschutz* (Fn. 34), S. 376 ff.

<sup>52</sup> Vgl. dazu Claudia SCHMIDT, *Die Frauenprämie in der privaten Krankenversicherung im Lichte des Gleichberechtigungssatzes*, 1989; Dagmar SCHIEK, *Differenzierte Gerechtigkeit*, 2000, S. 214 ff.

<sup>53</sup> Gregor THÜSING, Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote, *RdA* 2003, S. 257 ff. (261).

sichtigung des durch Art. 3 III GG im Gegensatz zum Unionsrecht nicht verpönten Alters<sup>54</sup> sowie der erst spät in Art. 3 III 2 GG verankerten Behinderung<sup>55</sup> sehr wohl ökonomische rationale Gründe die Differenzierung tragen. Insgesamt erweisen sich ökonomische Argumente daher als ambivalent. Die Sicherung der Machtgleichheit der Vertragsparteien spielt allerdings als Begründung von Diskriminierungsverboten regelmäßig keine Rolle.<sup>56</sup>

Sachlich ist eine Vielzahl von divergierenden Aspekten für die Abwägung im konkreten Fall maßgebend, ob ein Diskriminierungsverbot rechtfertigungsfähig ist.<sup>57</sup> Dabei spricht zunächst eine Reihe von Gründen für ein Diskriminierungsverbot. Verfassungsrechtlich besonderes Gewicht hat es, wenn die Menschenwürde gem. Art. 1 I GG betroffen ist. Das gilt vor allem, sofern mit der Diskriminierung eine Herabwürdigung der benachteiligten Person verbunden ist, wie im Fall der Abweisung von einem Restaurant aus rassistischen Gründen.<sup>58</sup> Gerechtfertigt sind Verbote besonders, falls auf diese Weise die allgemeine Marktteilnahme für die Diskriminierungsopfer sichergestellt wird,<sup>59</sup> diese auf die Leistung dringend angewiesen sind und über keine Ausweichmöglichkeit verfügen. Das gegenläufige in der Privatautonomie verankerte Interesse ist gering, soweit es sich um Massengeschäfte handelt<sup>60</sup> bzw. die unbestimmte Öffentlichkeit Adressat des Leistungsangebots ist. Auch wenn von einem allgemeinen Regelsystem im Einzelfall zu Lasten von Diskriminierungsopfern abgewichen wird und erst recht bei einem offenen Missbrauch der Autonomie muss das Interesse der Diskriminierenden zurücktreten. Ganz generell geringes Gewicht kommt der Privatautonomie juristischer Personen zu, weil hier der Bezug zur individuellen Selbstbestimmung gelockert ist. Als allgemeiner Leitgesichtspunkt nimmt das privatautonome Interesse umso mehr ab, je stärker der Sozialbezug ist.

Geradezu im Umkehrschluss folgen daraus aber auch Abwägungsgesichtspunkte, die einem Diskriminierungsverbot sachlich entgegenwirken. Wenn die privatautonomen Vereinbarungen eine besondere persönliche Nähe oder ein Vertrauensverhältnis voraussetzen oder begründen, muss das Antidiskriminie-

---

<sup>54</sup> Vgl. Marlene SCHMIDT/Daniela SENNE, Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung, *RdA* 2002, S. 80 ff.; Jobst-Hubertus BAUER/Christian ARNOLD, Verbot der Altersdiskriminierung, *NJW* 2008, S. 3377 ff. m.w.N. auch zur Rspr. des EuGH.

<sup>55</sup> Vgl. auch BRITZ, *Diskriminierungsschutz* (Fn. 34), S. 378.

<sup>56</sup> Zutreffend BRITZ, *Diskriminierungsschutz* (Fn. 34), S. 384 ff.

<sup>57</sup> Vgl. den Kriterienkatalog bei JESTAEDT, *Diskriminierungsschutz* (Fn. 34), S. 3 ff.

<sup>58</sup> Vgl. KÜHNER, *Recht* (Fn. 46), S. 1400 f.

<sup>59</sup> Vgl. BÄUERLE, *Vertragsfreiheit* (Fn. 20), S. 402 ff.

<sup>60</sup> Vgl. a. Hermann REICHHOLD, Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit – arbeitsrechtliche Erfahrungen mit Diskriminierungsregeln, *JZ* 2004, S. 384 ff. (392).

rungsinteresse in der Regel weichen.<sup>61</sup> Die privatautonome Selbstbestimmung ist umso stärker geschützt, je intensiver die Privat- oder gar die Intimsphäre tangiert ist. In dieselbe Richtung weist auch der Personalbezug der vertraglichen Leistungen. Das privatautonome Interesse wird zusätzlich dadurch gesteigert, dass die vertragliche Leistung die Differenzierung nach den verpönten Merkmalen gerade voraussetzt, wie etwa bei der Eheschließung, beim Zusammenschluss zu einer Religionsgemeinschaft oder auch nur bei der Nutzung gemeinsamer Räumlichkeiten.

Das auf der Ermächtigung des Art. 19 AEUV (ex Art. 13 EGV)<sup>62</sup> beruhende europäische Antidiskriminierungsrecht<sup>63</sup> fügt sich in das vorgezeichnete Raster weitgehend ein. Die Richtlinie 2000/43<sup>64</sup> verbietet sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierungen aufgrund der Merkmale der Rasse oder ethnischen Herkunft und gilt nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern auch zwischen den Bürgern untereinander. Außerdem ist der materielle Anwendungsbereich der Richtlinie in Art. 3 sehr weit gefasst und schließt neben der Einstellung von Arbeitnehmern die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, ein. Die rechtliche Problematik der Richtlinie liegt damit eher in der möglichen Überschreitung der Unionskompetenzen und der Verletzung allgemeiner rechtsstaatlicher Bestimmtheit als in einer nicht rechtfertigungsfähigen Gewichtung der konfligierenden Interessen.<sup>65</sup>

Die Richtlinie 2000/78 erstreckt die Diskriminierungsverbote auf alle in Art. 19 AEUV erwähnten Merkmale, also auch auf die Gründe der Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung, beschränkt aber den Anwendungsbereich strikt auf das Arbeitsleben, behält

---

<sup>61</sup> Vgl. STARCK, Art. 3 (Fn. 46), Rn. 410.

<sup>62</sup> Vgl. STREINZ, Art. 13 EGV (Fn. 28), Rn. 1

<sup>63</sup> Vgl. hierzu näher Werner HEUN, Die Europäisierung der Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote – Probleme und Perspektiven, in: ders./V. Lipp (ed.), *Europäisierung des Rechts*, 2008, S. 259 ff. (268 ff.); Katrin MONEN, *Das Verbot der Diskriminierung*, 2008, S. 33 ff., 77 ff.; zuletzt Stefan HUSTER, Gleichheit im Mehrebenensystem. Die Gleichheitsrechte der Europäischen Union in systematischer und kompetenzrechtlicher Hinsicht, *EuR* 2010, S. 325 ff. (333 ff.); zum Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK vgl. hier nur Kira HEYDEN/Antje von UNGERN-STERNBERG, Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot, *EuGRZ* 2009, S. 81 ff. m.w.N. auch zur Rspr. des EGMR.

<sup>64</sup> Rl. 2000/43/EG, Abl. 2000 L 180/22; dazu eingehend Jens C. DAMMANN, *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht*, 2005, S. 196 ff.

<sup>65</sup> Zur Kritik vgl. generell Rainer WERNSMANN, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, *JZ* 2005, S. 224 ff.

darüber hinaus die anderen Elemente der ersten Richtlinie bei.<sup>66</sup> Die Richtlinie 2004/113 ergänzt diese Regelungen um ein Gleichbehandlungsgebot von Männern und Frauen bei Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.<sup>67</sup> Insgesamt begründen die drei Richtlinien ein umfassendes Diskriminierungsverbot auch in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen.

Die besondere Problematik des heftig umstrittenen nationalen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes beruht darauf, dass diese Umsetzung deutlich über die Vorgaben der Richtlinie hinausgeht, indem es den umfassenden Katalog unzulässiger Differenzierungsgründe der Beschäftigungsrichtlinie mit dem weiten sachlichen Anwendungsbereich der Antirassismusrichtlinie kombiniert.

Die Diskriminierungsverbote werden dadurch noch einmal ausgeweitet, so dass der umfassende Katalog der Verbote etwa auch im Mietverhältnis zur Anwendung gelangt.<sup>68</sup> Soweit die deutsche Gesetzgebung nicht mehr vom europäischen Unionsrecht gedeckt ist, gelten unmittelbar die deutschen Grundrechte und die genannten Abwägungsgesichtspunkte kommen zum Tragen. Gleichwohl bleibt dem deutschen Gesetzgeber insoweit ein weiter Gestaltungsspielraum erhalten.<sup>69</sup> Im Bereich öffentlich frei zugänglicher Discotheken, Restaurants und Geschäfte, die ihre Waren und Dienstleistungen letztlich ohne Ansehen der Person anbieten, findet das Gesetz uneingeschränkt Anwendung. Ein Kontrahierungszwang ist hier mit der Privatautonomie vereinbar.<sup>70</sup> Die Anwendbarkeit im Bereich der Vermietung wird man dagegen danach abstufen müssen, ob es sich um kommerzielle Mietobjekte oder die Vermietung in selbstgenutzten Häusern handelt. Abgesehen von Korrekturen im Detail hat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz aber verfassungsrechtlich Bestand und weitaus weniger Auswirkungen als vielfach befürchtet.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> RI. 2000/78/EG, Abl. 303/16; dazu Pierre M. KUMMER, *Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie* (RI 2000/78/EG), 2003, S. 5 ff.; Jochen MOHR, *Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht*, 2004, S. 188 ff.

<sup>67</sup> RI. 2004/113/EG, Abl. L 373/37, vgl. dazu Karl RIESENHUBER/Jens-Uwe FRANCK, *Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht*, *JZ* 2004, S. 529 ff.

<sup>68</sup> Vgl. Christian ROLFS, *Allgemeine Gleichbehandlung im Mietrecht*, *NJW* 2007, S. 1489 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BVerfGE 97, 169 (176); s. auch BRITZ, *Diskriminierungsschutz* (Fn. 34), S. 365 ff.

<sup>70</sup> Zum Kontrahierungszwang in diesen Fällen HEUN, *Europäisierung* (Fn. 63), S. 276 m.w.N.; ferner Gregor THÜSING/Konrad VON HOFF, *Vertragsschluss als Folgenbeseitigung. Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, *NJW* 2007, S. 21 ff.

<sup>71</sup> Vgl. die Umfrageergebnisse in Bernhard MÜNSTER, *Das überschätzte Gesetz*, *Personalmagazin* 02/08, S. 42 ff.

## **V. Resümee**

Die rechtliche Entwicklung der Diskriminierungsverbote im nationalen Verfassungsrecht wie im europäischen Unionsrecht zeichnet sich durch eine Dynamik aus, die Ausdruck allgemeiner gesellschaftlicher Tendenzen und Überzeugungen ist. Diskriminierung erscheint immer weniger als akzeptabel und wird zunehmend schärfer verurteilt. Gleichbehandlungsgebote gewinnen dadurch auch rechtlich gegenüber der Privatautonomie immer größeres Gewicht. Diese politische und moralische Überzeugung schlägt deshalb auch auf die Grundrechtsinterpretation durch und verschiebt die Akzente verfassungsrechtlicher Beurteilung.