Originalveröffentlichung in: Heldrich, Andreas u.a. (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. München, 2007, S. 981-999

THOMAS PFEIFFER

Antinomien im Gleichbehandlungsrecht

I. Einleitung

Das am 18. August 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz zählt sicherlich zu den kontroversesten zivilrechtlichen Gesetzgebungsakten der jüngeren Zeit. Im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussion stand dabei u.a. die Frage, inwieweit die massiven Eingriffe dieses Gesetzes in die Vertragsfreiheit angemessen oder wenigstens zu rechtfertigen sind. Ganz generell ging es in dieser Diskussion um das Verhältnis von Freiheit und Gleichbehandlung, anders formuliert um das Verhältnis einer an Freiheit von staatlichem Zwang orientierten prozeduralen („formalen") Freiheitsethik zu einer an politischen und zugleich überindividuellen (gruppenbezogenen) Steuerungszielen ausgerichteten materiellen Ergebnisethik. Der Gesetzgeber erkennt dieses Spannungsverhältnis ausdrücklich an und erhebt, bezogen auf den Entwurf, den Anspruch, dieser bringe durch seine zivilrechtlichen Regelungen „den Schutz vor Benachteiligung mit der Vertragsfreiheit in ein ausgewogenes Verhältnis".[1]

Eine solche These muss sich freilich bei der Anwendung des Gesetzes in einzelnen Problemsegmenten bewähren. Dem gehen die folgenden Überlegungen anhand einiger konzeptionell zentraler Aspekte des AGG nach. Sie zielen auf Kernfragen des Spannungsverhältnisses zwischen Vertragsfreiheit und staatlichen Schutzanliegen und damit auf eine Problematik, welcher der Jubilar besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat.[2]

II. Mittelbare Diskriminierung im Zivilrecht

1. Allgemeines

Während in der öffentlichen Diskussion um das AGG und die vorangehenden Entwürfe[3] meist die Fälle der unmittelbaren Benachteiligung im Vordergrund standen, gehen die Wirkungen des Verbots der mittelbaren Diskriminie-

---

[1] Regierungsbegründung, BT-Drs. 16/1780, S. 26.

[2] Zu Diskriminierungsverboten im Zivilrecht insbesondere *Claus-Wilhelm Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 f.; zu Grundfragen der Vertragsfreiheit etwa *ders.*, AcP 200 (2000), 273; *ders.*, FS Lerche, S. 873, dort auch zum Spannungsverhältnis von Vertragsfreiheit und Gerechtigkeit.

[3] In der 14. Wahlperiode: Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht vom 20. Dezember 2001; 15. Wahlperiode: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, BT-Drs. 15/4538.

rung wesentlich weiter. Wie schon lange vor der Diskussion um das AGG in verfassungsrechtlichem Kontext namentlich der Jubilar verdeutlicht hat, besteht zwischen unmittelbaren und mittelbaren Anknüpfungen an unzulässige Merkmale ein kategorialer Unterschied.[4] Zu Recht ist die Diskussion über die mittelbare Diskriminierung auch unter der Geltung des AGG besonders kontrovers:

Für das im Kontext der Benachteiligung von Frauen im Arbeitsleben entwickelte Konzept der mittelbaren Diskriminierung ist sogar in Zweifel gezogen worden, ob es überhaupt für andere Merkmale gelten könne: Das Verbot mittelbarer Benachteiligung wegen des Geschlechts stehe unter der Zielsetzung einer Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben. Wegen dieser Zweckbestimmung würden dort auch Unterschiede erfasst, deren Kriterien nicht geschlechtsbezogen sind, die sich aber auf Frauen und Männer verschieden auswirkten. Für die anderen in § 1 AGG genannten Merkmale sei dagegen nicht erkennbar, dass ihretwegen eine Benachteiligung vorliegt, wenn die Differenzierung aus anderen Gründen erfolgt. Anderenfalls müsse jede Gruppenbildung daraufhin überprüft werden, wie sie sich auf die Zusammensetzung der Gesellschaft nach den in § 1 AGG genannten Merkmalen auswirkt. Dies führe dazu, dass die Handlungsfreiheit nicht bloß beschränkt, sondern beseitigt wäre, was ein ihrer grundrechtlichen Gewährleistung als Grundlage einer freiheitlichen Ordnung zuwiderliefe. Auf andere Merkmale ließen sich die zur geschlechtsbezogenen Diskriminierung im Arbeitsleben entwickelten Grundsätze nicht übertragen.[5]

An dieser pointierten Stellungnahme trifft zu, dass für die vielfach beklagten Eingriffe des AGG in die zivilrechtliche Vertragsfreiheit gerade das Konzept der mittelbaren Diskriminierung von besonderer Brisanz ist. Während das Verbot unmittelbarer Diskriminierung in der deutschen Rechtsprechung zu den Generalklauseln des BGB eine gewisse Verankerung hatte[6] und jedenfalls in den Fällen einer offenen unmittelbaren Diskriminierung ein die Persönlichkeit des Betroffenen herabsetzendes Element unverkennbar ist,[7] liegt es bei der mittelbaren Diskriminierung anders:

Das Merkmal der mittelbaren Diskriminierung beruht auf einem überindividuellen, seinem Kern nach statistischen Konzept. Es geht dabei um das Verbot solcher privatautonom getroffener Entscheidungen, die ihren empirisch-soziologischen Wirkungen nach – nicht notwendig im individuell betroffenen Fall, sondern aufs Ganze gesehen – nachteilige Folgen für die Angehörigen einer bestimmten Gruppe haben.

Der Prototyp der mittelbaren Diskriminierung im Arbeitsleben, nämlich die Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten als Fall der mittelbaren Frauenbenachteiligung, zeigt dies überdeutlich: Wenn Teilzeitbeschäftigten beispielsweise bestimmte Sozialleistungen vorenthalten werden, die Vollzeitbeschäftigte beanspru-

[4] *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 236, Fn. 114.
[5] So ausdrücklich *Richardi*, NZA 2006, 881, 884.
[6] Vgl. *LG Karlsruhe* NJW-RR 2002, 111, und *KG* NJW-RR 1993, 183.
[7] Etwa *Neuner*, JZ 2003, 57, 58.

chen können, wird dies durch die Grundsätze der mittelbaren Diskriminierung nicht etwa deshalb korrigiert, weil Gründe vertraglicher Austauschgerechtigkeit dies gebieten. Denn maßgebend ist nicht primär, ob die Teilzeitbeschäftigten im Vergleich zu den Vollzeitbeschäftigten in gleicher Weise auf die fragliche Leistung angewiesen sind oder „verdient" haben. Vielmehr kommt es zuerst darauf an, ob überwiegend Frauen betroffen sind; alsdann muss die Differenzierung durch ein „wirkliches Bedürfnis" gerechtfertigt sein und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.[8] Ist festgestellt, dass eine bestimmte Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten einen Fall mittelbarer Diskriminierung darstellt, muss diese Benachteiligung durchweg beseitigt werden – mit dem Ergebnis, dass auch Männer zur Beseitigung einer Frauendiskriminierung besser gestellt werden.[9]

Eine solche Paradoxie mag im Rahmen des auch auf kollektivrechtliche Wertungen hin angelegten Arbeitsrechts eher verträglich sein. Mit individueller zivilrechtlicher Austauschgerechtigkeit hat sie nichts zu tun. Bei der Anwendung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung geht es allein um die Beeinflussung existenter überindividueller, empirisch-soziologischer Befunde – sprich: um Gesellschaftsveränderung – mit den Mitteln des Zivilrechts.

Zwar ist das Zivilrecht in gewissem Rahmen stets auch Gemeinwohlzielen verpflichtet; sie spielen insbesondere bei der Auslegung des § 138 BGB – namentlich bei der Fallgruppe der Sittenwidrigkeit gegenüber der Allgemeinheit – eine beachtliche Rolle. Insofern kann der privatrechtliche Diskriminierungsschutz sozial erwünschte Funktionen erfüllen, indem er bestimmte Lebensbereiche für ausgegrenzte Gruppen erst öffnet oder die nachteiligen Folgen einer Ausgrenzung bestimmter Gruppen von der Teilhabe an Gütern verhindert.[10] In einer Gesellschaft, welche die höhere akademische Bildung privatrechtlich organisiert und in welcher der Zugang zu den führenden Institutionen von der Hautfarbe (ethnischer Herkunft) und der Geschlechtszugehörigkeit abhängt, kann daher dem Bedürfnis, dieser Ausgrenzung ein Ende zu bereiten, ein besonders hoher Rang zukommen.[11] Die Legitimität des Eingriffs in einzelne Vertragsverhältnisse aus Gründen des Gemeinwohls hängt denknotwenig vom Ausmaß der Beeinträchtigung des Gemeinwohls ab. Anders als bei der unmittelbaren Benachteiligung widerspricht jedoch das einzelne Vertragsverhältnis in den Fällen der mittelbaren Benachteiligung keinem Gemeinwohlziel. Lediglich in der Summe der Rechtsbeziehungen entsteht ein statistischer Effekt, der aus Gemeinwohlperspektive nicht erwünscht ist. Jeder Eingriff in ein privatrechtliches Rechtsverhältnis in den Fällen der mittelbaren Diskriminierung enthält daher ein Element der Aufopferung privater Freiheitsinteressen zugunsten der

---

[8] Etwa *EuGH*, 13. Mai 1986, Rs 170/84, Slg. 1986, 1607 – *Bilka*.

[9] Zwar weist BT-Drs. 16/1780, S. 33, darauf hin, dass der Anspruchsteller im Vergleich zu anderen Personengruppen konkret benachteiligt sein muss oder ihm ein konkreter Nachteil drohen muss. Die Gruppenzugehörigkeit wird in den Fällen der mittelbaren Benachteiligung indessen auf das mittelbar benachteiligend wirkende Merkmal bezogen.

[10] *Neuner*, JZ 2003, 57, 58 f.

[11] Die bekannte Entscheidung des U.S.-amerikanischen Supreme Court in *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) hatte allerdings nur die Rassentrennung an öffentlichen Schulen zum Gegenstand.

Korrektur soziologischer Befunde – ein Ergebnis, das schon die Gesetzesbegründung mit Recht als sehr weit gehend bezeichnet.[12] Zwar mag man einwenden, die notwendige Begrenzung erfolge dadurch, dass nur bei Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung eine mittelbare Benachteiligung vorliege. Indessen ist nach § 3 Abs. 2 AGG das Eingreifen eines sachlichen Grundes gesetzestechnisch eine Ausnahme. Die Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit muss sich gegenüber dem soziologischen Befund rechtfertigen.[13]

Unausgesprochen liegt dem ein bestimmtes Bild des Vertrags im Besonderen wie des Bürgerlichen Rechts im Allgemeinen zugrunde. In einer besonders scharfen Ausprägung dieser Position wird das Vertragsrecht als Ausdruck einer „Entpersönlichung und Entindividualisierung der maßgeblichen Sozialbeziehungen" gedacht, bei dem der Vertrag nicht als Freiheits-, sondern als Machtinstrument zu begreifen ist.[14] Die daraus resultierende Forderung nach einer Revision zentraler Grundkategorien des Bürgerlichen Rechts, Privatautonomie, Eigentum, Freiheit, Vertrag,[15] ist durch das AGG in Teilen bewirkt. Diese teilweise Neukonzeption und politische Inanspruchnahme des Bürgerlichen Rechts muss sich freilich die Paradoxien und Antinomien vorhalten lassen, die sie tatsächlich herbeiführt und unweigerlich herbeiführen muss.

2. *Beispiel: Die Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit als mittelbare Diskriminierung nach der ethnischen Herkunft?*

Wendet man die Definition der mittelbaren Diskriminierung (§ 3 Abs. 2 AGG) auf das Merkmal der Benachteiligung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft an, so werden alle diejenigen Unterscheidungskriterien erfasst, die Menschen bestimmter Herkunft in besonderer Weise benachteiligen kön-

---

[12] BT-Drs. 16/1780, S. 33.

[13] Komplex und unklar geregelt sind die Fragen der Beweislast. Die Begründung zu § 3 Abs. 2 AGG führt aus, „Dieser sehr weite Anwendungsbereich bedarf einer Einschränkung, für die der Anspruchsteller darlegungs- und beweispflichtig ist: Eine mittelbare Benachteiligung liegt nicht vor, wenn ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt und die eingesetzten Mittel erforderlich und angemessen sind." Das steht zur Formulierung „es sei denn" in § 3 Abs. 2 AGG in einem glatten Widerspruch. Allerdings ist das Fehlen eines sachlichen Grundes in § 3 Abs. 2 AGG in der Tat Bestandteil des Benachteiligungstatbestandes, von dem es an anderer Stelle heißt, diesen müsse das Opfer beweisen, BT-Drs. 16/1780, S. 47. Indes soll ihm gerade dabei nach § 22 AGG eine Beweislastumkehr zugute kommen, wenn er Vermutungstatsachen beweist, wozu wiederum die Vorlage einer Statistik ausreichen kann, BT-Drs. 16/1780, S. 47. Europarechtlich gilt im Übrigen, dass ein typischerweise (also durch richterliche Wertung) festgestellter tatsächlicher Benachteiligungseffekt ausreichend ist, um eine mittelbare Benachteiligung zu bejahen, es sei denn es lässt sich nachweisen, dass ein solcher Effekt im Einzelfall nicht besteht; zudem trägt jedenfalls im Anwendungsbereich der Anti-Rassismus-RL 2000/43/EG und der Unisex-RL 2004/113/EG der Benachteiligende die Beweislast für das Eingreifen einer Rechtfertigung, zum Ganzen die eingehende und zutreffende Analyse bei *Dammann*, Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Privatrecht, 2005, S. 276 ff., 341. Ob der deutsche Gesetzgeber nach dem Vorstehenden hiervon abweichen will, erscheint zumindest zweifelhaft. EG-rechtlich zulässig wäre dies ohnehin nur außerhalb des Anwendungsbereichs der besagten Richtlinien, vgl. nochmals *Damann*, S. 375.

[14] *Wiethölter*, Bürgerliches Recht, in: Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, S. 47 ff., sub II 4 c: „vermachtete Verträge".

[15] *Wiethölter* (Fn. 14); sub III.3.

nen. Damit ist nach dem statistischen Konzept der mittelbaren Benachteiligung, wie es in der Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck kommt, nicht eine besonders intensive Benachteiligung einzelner Personen, sondern eine statistisch spürbar stärkere Auswirkung auf Angehörige der geschützten Gruppe gemeint.

Der Definition nach scheint hierunter auch die Staatsangehörigkeit zu fallen. Lehnt jemand einen Vertragsschluss mit türkischen Staatsangehörigen regelmäßig ab, so liegt hierin keine unmittelbare Anknüpfung an eine bestimmte ethnische Abstammung. Jedoch wirkt sich diese Unterscheidung weit überwiegend zum Nachteil von Menschen der in der Türkei beheimateten Ethnien aus.

Allerdings formuliert der 13. Erwägungsgrund der Richtlinie der Anti-Rassismus-RL 2000/43/EG ausdrücklich, das Verbot der Diskriminierung nach der ethnischen Herkunft betreffe keine Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und lasse die Vorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen und ihren Zugang zu Beschäftigung und Beruf unberührt. Nimmt man das wörtlich, so ist die Verweigerung des Vertragsschlusses aufgrund der Staatsangehörigkeit uneingeschränkt zulässig, soweit nicht ein unmittelbares ethnisches Motiv hinzutritt, z.B. dürfte ein Vermieter ausdrücklich einen Mieter deutscher oder (im Hinblick auf die unmittelbare Drittwirkung des Art. 12 EGV[16]) sonst mitgliedstaatlicher Staatsangehörigkeit suchen, allerdings nur, sofern er auch bereit ist, eingebürgerte Personen mit Migrationshintergrund zu akzeptieren.

Die Vorstellung, dass in solchen Fällen Anzeigen mit dem Text „Mieter mit EG-Staatsangehörigkeit bevorzugt" erscheinen könnten, wirkt vor dem Hintergrund des besonders dezidierten Unwerturteils der Richtlinie 2000/43/EG und des AGG gegenüber einer Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft allerdings nachgerade provokativ. Indessen ist die Ausnahme für die Staatsangehörigkeit im 13. Erwägungsgrund der Richtlinie insofern unvermeidlich, als keine Rechtsordnung vollständig ohne fremdenrechtliche Regelung auskommt. Zwar könnte man erwägen, die Klarstellung im 13. Erwägungsgrund der RL 2000/43/EG in ihrem Anwendungsbereich auf Fälle der im Gemeinwohlinteresse bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu Aufenthalt und Arbeitserlaubnis zu beschränken. Doch wäre die viel breitere Formulierung im 13. Erwägungsgrund damit schwerlich vereinbar – und der Querschnittsansatz der Richtlinie sollte es ebenso wie die stärkere Gemeinwohlbindung der öffentlichen Hand verbieten, dem Staat und seinem Öffentlichen Recht Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit zu erlauben, die Privaten verboten sind. Dabei muss, wie deutlich zu betonen ist, zwar stets geprüft werden, ob tatsächlich die rechtliche Staatsangehörigkeit oder in Wahrheit die nationale Abstammung im Sinne der ethnischen Herkunft gemeint ist.[17] Letzteres wird häufig der Fall sein;[18] es sind jedoch auch andere Fälle vorstellbar. Deshalb müssen

[16] So wohl *EuGH*, 6. Juni 2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 – *Roman Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.*

[17] *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 1 AGG Rn. 24.

[18] Eine ethnische Komponente sogar stets als gegeben voraussetzend etwa Palandt/*Heinrichs*, § 1 AGG Rn. 2.

(außerhalb des Art. 12 EGV) Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit – das Fehlen einer unmittelbaren ethnisch begründeten Benachteiligung vorausgesetzt – erstaunlicherweise zulässig bleiben, obwohl sie in aller Regel „an sich" mittelbar zur Benachteiligung nach der ethnischen Herkunft führen.

Ein individueller Gerechtigkeitswert lässt sich hierin schwerlich erkennen. Maßgebend sind politische Motive; denn ein politischer Verzicht auf fremdenrechtliche Schranken für Aufenthalts- und Arbeitserlaubnisse kommt nicht ernsthaft in Betracht. Hier wie generell gilt: Vornehmlich politisch begründet, sind die Maßgaben des AGG in den Fällen der mittelbaren Diskriminierung auch politisch fungibel und müssen bei Bedarf weichen.

III. Massengeschäfte

Eines der weiteren Elemente, mit denen das Gesetz den Ausgleich zwischen Vertragsfreiheit und Benachteiligungsschutz nach eigenem Bekunden erreicht, ist die Beschränkung der zivilrechtlichen Regelungen auf Massengeschäfte.[19] Damit soll der Bereich umschrieben werden, in dem das Ansehen der konkreten Person keine oder nachrangige Bedeutung hat und damit keine individuelle Auswahlentscheidung getroffen wird, weshalb ein etwaiger Eingriff durch das AGG individuelle Auswahlentscheidungen, so wohl die Ratio des Gesetzes, gar nicht oder nur in geringem Maße tangieren kann.

1. Ausnahme Versicherungsverträge

Eine Ausnahme von diesem Erfordernis gilt indessen für Versicherungsverträge, für die es auf die Eigenschaft als Massengeschäft nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG nicht ankommt, wobei Gesetz und Gesetzesbegründung nicht nach der Art der Versicherung unterscheiden. Zwar seien Versicherungen strukturell in manchen Fällen als Massengeschäfte einzuordnen; doch würden andere Versicherungen durch § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG erfasst. Versicherungen deckten häufig elementare Lebensrisiken ab, so dass ein verweigerter Vertragsschluss für ausgeschlossene Bevölkerungskreise besonders schwerwiegende Auswirkungen habe, weshalb hier ein besonderes Bedürfnis bestehe, die nach dem AGG unerwünschten Unterscheidungen zu unterbinden.[20] Dieser Gesetzesbegründung nach handelt es sich um einen Fall des Diskriminierungsverbots wegen eines das Anbieterinteresse übersteigenden Opferinteresses.[21]

Wenn freilich die Voraussetzung, dass es sich um ein Massengeschäft handelt, grundsätzlich zur Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen Vertragsfreiheit und Benachteiligungsverbot erforderlich ist, dann fragt man sich, warum die Ausnahme pauschal für alle Versicherungen gelten muss. Zahlreiche Versicherungen decken Risiken ab, die nicht zu den genannten elementaren Le-

[19] BT-Drs. 16/1780, S. 26.

[20] BT-Drs. 16/1780, S. 42.

[21] Zu dieser Kategorie *Dammann*, Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Privatrecht, 2005, S. 189.

bensrisiken zählen. So ist die zum Schutz vor den Kosten eines ausgefallenen Urlaubs abgeschlossene Reiserücktrittsversicherung zwar sicherlich ein nützliches Angebot – der ausgefallene Urlaub kann jedoch schwerlich zu den elementaren Lebensrisiken gezählt werden. Hierher zählt hingegen sicher die private Kranken- oder Pflegeversicherung. Die Frage ist indessen, ob dies auch dann gilt, wenn ein Vertragsinteressent Mitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung ist oder dies unproblematisch werden kann. Denn die Fälle des Angewiesenseins des Opfers auf den Vertragsschluss stehen ihren Wertungen nach den seit jeher bekannten Fällen des Kontrahierungszwangs gegenüber Monopolanbietern nahe. Das Vorliegen einer Ausweichmöglichkeit müsste folglich nach dieser Interessenbewertung das Eingreifen eines Gleichbehandlungsanspruchs ausschließen.[22]

Die wahre Stoßrichtung des Gesetzes dürfte hier jedoch in der Kontrolle der Prämiengestaltung liegen, wie auch die besonders detailfreudig gefasste Rechtfertigungsregel in § 20 Abs. 2 AGG unterstreicht. Diese Rechtfertigungsregel bestätigt zunächst die Einsicht, dass der mit dem Angewiesensein auf den Vertragsabschluss begründete Gleichbehandlungsanspruch auch nur im Hinblick auf das „Ob" dieses Abschlusses trägt, nicht jedoch hinsichtlich des „Wie" der Vertragsdurchführung.[23] Geht man von der Gesetzesbegründung aus, die allein für das „Ob" des Abschlusses Bedeutung hat, so kann der in § 20 Abs. 2 AGG vorausgesetzten zivilrechtlichen Tarifkontrolle kein Eigenwert beigemessen werden. Sie dient nur dazu, das Benachteiligungsverbot beim Vertragsschluss gegenüber prohibitiven Versicherungstarifen abzusichern. Das wird mit der Bezugnahme auf die Prinzipien risikoadäquater Kalkulation in § 20 Abs. 2 S. 3 AGG durchaus zutreffend erfasst. Der strengere Kontrollmaßstab bei der Geschlechtergleichbehandlung beruht demgegenüber auf Art. 5 Abs. 2 und auf der 19. Begründungserwägung der Unisex-RL 2004/113/EG; das vollständige Verbot der Berücksichtigung von Schwangerschaft und Mutterschaft ist durch Art. 5 Abs. 3 der RL 2004/113/EG vorgegeben. Sie dienen der politisch gewollten Beseitigung oder Begrenzung der Geschlechterdifferenzierung bei der Tarifbildung und zu einer Quersubvention sozial erwünschten Verhaltens (Schwangerschaft und Mutterschaft) mit den Mitteln des Zivilrechts. Das mag man begrüßen; mit vertragsrechtlicher Austauschgerechtigkeit kann man es erneut schwerlich begründen.

2. *Ansehen der Person*

Bei der Beurteilung des Tatbestands des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG muss ferner beachtet werden, dass die Definition des Massengeschäfts nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen der Vertragsschluss typischerweise ohne Ansehen der Person erfolgt, sondern auch diejenigen erfasst, bei denen das Ansehen der Person nachrangige Bedeutung hat.

---

[22] *Dammann* (Fn. 21), S. 194.
[23] *Dammann* (Fn. 21), S. 195.

a) Bedeutung und Inhalt

Bei der Erläuterung des Begriffs „Ansehen der Person" führt die Gesetzesbegründung zunächst aus, ohne Ansehen der Person würden diejenigen Verträge geschlossen, für deren Abschluss die in § 1 genannten Merkmale keine Rolle spielten, nicht etwa jegliche Eigenschaft der Person.[24] Von diesem Standpunkt aus schließt der Begriff des Massengeschäfts nur Geschäfte aus, bei deren Abschluss typischerweise nach den in § 1 AGG genannten Kriterien unterschieden wird. Das erscheint freilich in mehrfacher Hinsicht sonderbar:

Im Rahmen der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise[25] wird man zunächst zu dem Ergebnis kommen, dass beim Abschluss von Verträgen im Allgemeinen überhaupt nicht nach den genannten Merkmalen differenziert wird. Lediglich in begrenztem Rahmen wird das Alter (Seniorenangebote, Vergünstigungen für Kinder, Jugendliche, Schüler oder Studenten, Vergabe langfristiger Kredite, Versicherungen) und das Geschlecht berücksichtigt (besondere Angebote für Frauen oder Männer; Frisöre, Versicherungen). Für die übergroße Mehrzahl der Geschäfte spielen die genannten Kriterien hingegen keinerlei Rolle. Das Kriterium der Unmaßgeblichkeit der in § 1 AGG genannten Merkmale ist zunächst insofern verfehlt, als das Gesetz die verkehrsübliche Unterscheidung nach solchen Kriterien ausdrücklich erfasst und nur auf der Ebene der Rechtfertigung als zulässig ansieht: Museen ohne Kinder-, Schüler- und/oder Studentenrabatt kommen praktisch nicht vor. Diese Unterscheidung nach einem in § 1 AGG genannten Merkmal ist hier gänzlich verkehrstypisch. Gleichwohl geht das Gesetz davon aus, dass diese Fälle (als Massengeschäft) in seinen Anwendungsbereich fallen und nur aufgrund des § 20 Abs. 1 Nr. 3 AGG bestehen können.[26] Die auch in der Gesetzesbegründung formulierte These, dass es für typischerweise „ohne Ansehen der Person" geschlossene Verträge darauf ankomme, dass bei diesen Geschäften typischerweise nicht nach einem in § 1 AGG genannten Merkmal differenziert werde, kann daher nicht zutreffen.

Zudem nimmt die Gesetzesbegründung in umgekehrter Richtung, vor allem – aber nicht nur – bei Kreditverträgen, an, das Vorliegen einer individuellen Risikoprüfung schließe die Einordnung als Massengeschäft aus.[27] Diese Risikoprüfung erstreckt sich typischerweise auf die Kreditwürdigkeit nach einer eventuell bekannten Kredithistorie oder nach einer Schufa-Auskunft, auf das Verhältnis zwischen dem Kreditbetrag zum verfügbaren Einkommen unter Berücksichtigung sonstiger Belastungen und auf die Werthaltigkeit etwaiger Sicherungen im Verwertungsfall. Bei langfristigen Kreditverträgen mag zwar das Alter als ein von § 1 AGG erfasstes Merkmal ebenfalls eine Rolle spielen. Regelmäßig ist es aber von untergeordneter Bedeutung oder gar bedeutungslos; wenn überhaupt, dann spielt es erst ab einem vorgerückten Alter eine Rolle. Es liegt also ein Mas-

[24] BT-Drs. 16/1780, S. 41; Palandt/*Heinrichs*, § 19 AGG Rn. 2; *Dammann* (Fn. 21), S. 349ff.
[25] BT-Drs. 16/1780, S. 44.
[26] Ausdrücklich BT-Drs. 16/1780, S. 44.
[27] BT-Drs. 16/1780, S. 42.

sengeschäft vor, obwohl nach ganz anderen Merkmalen als denen des § 1 AGG unterschieden wird.[28]

Richtigerweise ist der Widerspruch in der Gesetzesbegründung zugunsten der letztgenannten Alternative aufzulösen: Es kommt darauf an, ob die Prüfung des Vertragsschlusses ein stark individualisiertes, oft personales Element enthält oder ob diese praktisch vollständig standardisiert ist. Ist eine solche individualisierte Prüfung vorgesehen, dann wird die Bedeutung individueller Eigenschaften und Merkmale des Vertragsinteressenten so groß, dass eine sinnvolle Nachprüfung, ob diskriminierende Motive eingeflossen sind, entweder ausscheidet oder nur um den Preis einer so intensiven Motivausforschung möglich wäre, dass das Gesetz hiervon Abstand nimmt. Das Gesetz, so scheint es, belässt dem Anbieter ein Arcanum persönlicher Willensbildung.

b) Nachrangigkeit des Ansehens der Person

Indessen schließt die Vornahme einer individuellen Risikoprüfung das Vorliegen eines Massengeschäfts nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 AGG dann nicht aus, wenn diese Prüfung nachrangige Bedeutung hat. Will man beurteilen, ob das angesprochene Arcanum persönlicher Willensbildung, sogleich wieder eingeschränkt wird, so bedarf zunächst das Merkmal der Nachrangigkeit näherer Betrachtung.

Dem Wortlaut nach liegt ein Verständnis der Vorschrift am nächsten, wonach es darauf ankommt, dass für den Abschluss des Vertrags andere Kriterien bedeutsam sind, denen gegenüber dem Ansehen der Person ein relativer Vorrang zukommt. Das ist eigentlich nur dann vorstellbar, wenn das Ansehen der Person nicht zu einem Ausschluss führt, sondern in die Entscheidung über einen Vertragsschluss als eines von mehreren Abwägungskriterien einfließt: so beispielsweise, wenn ein Vermieter zwar (vermeintlich oder tatsächlich) ruhige Rentner als Mieter vorziehen würde, dann aber gleichwohl demjenigen jüngeren Interessenten die Wohnung vermietet, der sich als erster Interessent gemeldet hat.

Gemeint ist aber vermutlich, dass es sich um ein Geschäft handeln muss, bei dem das Ansehen der Person (die individuelle Vertragsprüfung) – im Vergleich zu anderen Geschäften – ein (erneut relativ) weniger hoher Rang zukommt.[29] Hierunter sollen vor allem Geschäfte kleineren Volumens fallen, in denen zwar eine gewisse, aber keine gründliche Prüfung der Seriosität des Vertragspartners erfolgt,[30] oder bei denen es sich trotz des Vorliegens einer personenbezogenen Prüfung um eine Vielzahl von Geschäften handelt.[31]

Das ist bis zu einem gewissen Grade verständlich, droht aber dann misslich zu werden, wenn die individuelle Prüfung wegen der Vielzahl der Geschäfte zwar geringeres Gewicht hat, aber gleichwohl ernsthaft stattfindet. Ein Beispiel

---

[28] Dazu schon *Meier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2579.

[29] *Dammann* (Fn. 21), S. 355 ff.

[30] Von dieser Abgrenzung ersichtlich ausgehend Palandt/*Heinrichs*, § 19 AGG Rn. 3, wonach ebay, Giro-, Überweisungs- und Kleinkreditverträge hierunter fallen sollen.

[31] *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 20 AGG Rn. 10.

hierfür bildet die Vermietung von Gewerberaum in großer Zahl. Hier mag zwar die individuelle Prüfung nicht dasselbe Gewicht wie bei der Vermietung einzelner Wohnungen durch private Vermieter haben. Insofern ist das Ansehen der Person hier, relativ gesehen, nachrangig. Gleichwohl bleibt es für den Vertragsschluss typischerweise (mit) ausschlaggebend. Insofern unterscheidet sich dieser Fall nicht von demjenigen einer Kreditvergabe und ist ebenso zu behandeln. Wenn die individuelle Risikoprüfung ein bestimmtes absolutes Gewicht erreicht, kann sie nach dieser Ratio nicht mehr – relativ – nachrangig sein. Das Merkmal der Nachrangigkeit ist für die Berücksichtigung dieses Spannungsfeldes zwischen Standardisierung und individueller Vertragsprüfung grundsätzlich offen. An sich sollte es vor allem Aufgabe der Gerichte sein, dieses Spannungsfeld durch eine angemessene Handhabung des Merkmals der Nachrangigkeit aufzulösen. Der Gesetzgeber setzt dem freilich Grenzen, weil § 19 Abs. 3 und Abs. 5 S. 2 u. 3 AGG zu erkennen geben, dass die Wohnungsvermietung an sich erfasst sein soll und für die Gewerberaumvermietung (auch im Hinblick auf § 19 Abs. 5 S. 2 AGG) schwerlich eine grundsätzlich andere Beurteilung vorstellbar ist. Zwar entbindet namentlich die Grenze von 50 Wohnungen in § 19 Abs. 5 S. 3 AGG in keiner Weise vom Erfordernis der Prüfung, ob die Voraussetzungen eines Massengeschäfts gegeben sind. Jedoch will eine sich entwickelnde herrschende Meinung die Negativgrenze von 50 Wohnungen zur Grundlage eines positiven Indizes für das Vorliegen eines Massengeschäftes umdeuten, wenn diese Grenze überschritten wird.[32] Ob das Merkmal der Nachrangigkeit – und damit die Kategorie des Massengeschäfts insgesamt – die vorgestellte Funktion im Ausgleich zwischen Vertragsfreiheit und Gleichbehandlung erfüllen kann, ist also abzuwarten.

3. Massengeschäfte, die vier Spielarten des Privaten und die mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft

Die vorstehend skizzierten Abgrenzungen zwischen dem Bereich persönlicher Präferenzentscheidung und standardisierter (und damit diskriminierungsfreier) Anbahnung sind, soweit es um das AGG insgesamt geht und obschon ihnen ein besonderer Rang zukommt,[33] gleichwohl nicht abschließend. Das AGG kennt vier Unterscheidungen, in denen die Privatheit des vorgesehenen oder abgeschlossenen Vertrags eine Rolle spielt, nämlich

---

[32] *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 19 AGG Rn. 20; Palandt/*Heinrichs*, § 19 AGG Rn. 2 a.E.; Die Vorschrift beruht auf einer Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/2022. Dort heißt es: „... Zum anderen wird die Vermutung begründet, dass jedenfalls dann, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet, das Ansehen der Person des konkreten Mieters für ihn nicht ohne Bedeutung oder nicht nur von nachrangiger Bedeutung ist. Der Nachweis, dass es im Einzelfall anders ist, bleibt ebenso möglich wie der Nachweis, dass auch größere Vermieter dem Ansehen der Person des konkreten Mieters mehr als nur nachrangige Bedeutung beimessen." Das scheint die in der Literatur angenommene umgekehrte Indizwirkung zu stützen, geht jedoch erkennbar von unzutreffenden Vorstellungen zur Beweislast aus und kann deswegen zum Problem nichts beitragen.

[33] Oben Fn. 19.

- zwischen Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG) und solchen, bei denen das nicht der Fall ist;
- zwischen Massengeschäften und anderen Geschäften (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG);
- zwischen Geschäften die ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründen (§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG) und solchen ohne solches Verhältnis;
- zwischen Unterscheidungsgründen, die dem Schutz der Intimsphäre Rechnung tragen (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 AGG) und anderen.

Hierin liegt zunächst ein Beitrag zur Komplexität des Gesetzes. Zugleich indiziert diese Komplexität, dass die hinter dem Konzept des Massengeschäfts stehende Abwägung jedenfalls nicht allumfassend gemeint ist. Besonders klar wird dies bei Unterscheidungen nach der Rasse und ethnischen Herkunft. Hier greift das Benachteiligungsverbot auch ein, wenn kein Massengeschäft vorliegt. Es reicht aus, wenn sich das Angebot von Gütern und Dienstleistungen überhaupt an die Öffentlichkeit wendet.[34] Was bei anderen Kriterien zur Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen Gleichheit und Privatautonomie angesehen wird, wird hier nicht verlangt. Allerdings ist zu erwägen, diese abweichende Abwägung als Ausdruck eines besonderen Unwerturteils zu deuten, welches das AGG und die Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG für diese Fälle zum Ausdruck bringen. Das bedarf freilich näherer Untersuchung.

Ein solches Unwerturteil erscheint bei der unmittelbaren Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft oder der Rasse in besonderem Maße folgerichtig,[35] gleichviel ob sie offen oder verdeckt erfolgt. Die Frage ist allerdings, ob dies auch für Fälle gelten kann, in denen eine mittelbare Diskriminierung erfolgt. Hier werden nämlich alle Unterscheidungen erfasst, die sich statistisch überwiegend zum Nachteil bestimmter ethnischer Gruppen auswirken.

Das hat weitreichende Auswirkungen: In allen Fällen, in denen sich ein Unterscheidungsmerkmal deutlich überwiegend zum Nachteil einer bestimmten Ethnie auswirkt, wird der Kreis der erfassten Geschäfte erheblich ausgedehnt. Nicht nur Massengeschäfte werden erfasst, sondern all diejenigen Angebote von Gütern und Dienstleistungen, die sich überhaupt an die Öffentlichkeit richten.

Lediglich im Falle eines zivilrechtlichen Rechtsverhältnisses, das zu einer engen Nähe- oder Vertrauensbeziehung führt, greifen die Vorschriften der § 21 AGG gemäß § 19 Abs. 5 S. 2 AGG nicht. Prototyp eines solchen Falles ist die Vermietung einer Wohnung auf demselben Grundstück, auf dem der Vermieter oder seine engsten Familienangehörigen (Ehegatten, Kinder, Eltern, Lebenspartner oder Geschwister) leben.[36] Die letztgenannte Kategorie erfasst nur

[34] *Meier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2580, setzt das Angebot an die Öffentlichkeit mit einem Massengeschäft gleich und begründet das mit dem Wortsinn von „Öffentlichkeit". Das entspricht aber weder der erkennbar gewollten systematischen Unterscheidung noch dem Willen des Gesetzebers.

[35] Dazu überzeugend *Dammann* (Fn. 21), S. 185 f.

[36] Zu dieser engen Auslegung des Merkmals „Angehörige" in der Vorschrift s. BT-Drs. 16/1780, S. 43.

Fälle des engen räumlichen Zusammenlebens[37] und belässt eine große Menge von Mietverträgen privater Eigentümer im Anwendungsbereich des Gesetzes. Nun mag man einwenden wollen, für die Zurückweisung von Mietern aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft bestehe ohnehin kein Bedürfnis, weil jeder unabhängig von diesen Merkmalen Zugang zu allen Segmenten des Wohnungsangebots haben sollte.

Problematisch können indessen, wie schon angedeutet, Fälle der mittelbaren Diskriminierung werden, weil durch das Konzept der mittelbaren Diskriminierung auch Unterscheidungen erfasst werden, denen nicht von vornherein das gleiche Unwerturteil eingreift, das im Falle der Zurückweisung unmittelbar aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft ethisch gerechtfertigt ist.[38]

Legt beispielsweise ein privater Vermieter, der zur Kapitalanlage eine Eigentumswohnung zur Vermietung in seiner Nachbarschaft erworben hat und diese selbst verwaltet, Wert darauf, sich mit seinem Mieter problemlos verständigen zu können, so führt es statistisch zur Benachteiligung von Menschen fremder ethnischer Herkunft, wenn der Vermieter Interessenten ablehnt, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind. Die zur Freihaltung des Entscheidungsspielraums des privaten Vermieters maßgebende Qualifikation als Massengeschäft greift hier nicht, auch weil die Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG dies nicht gestattet. Die Frage, ob der Vermieter nach Sprachkenntnissen unterscheiden darf, wird auf die Ebene der Rechtfertigung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG verlagert – darauf wird zurückzukommen sein.

All dies ist dem deutschen Gesetzgeber nur zum Teil vorzuhalten. Wertungssystematisch überzeugend ist es gleichwohl nicht, wenn die Eingriffsschwelle des Gesetzes in den genannten Fällen niedriger ist als etwa in den Fällen der unmittelbaren Zurückweisung eines Mietinteressenten wegen seiner Religion, seiner Behinderung, seines Geschlechts oder seines Alters.

IV. Verlagerung auf die Rechtfertigungsebene

1. Rechtfertigung und Privatautonomie

Stat pro ratione voluntas.[39] Diese Charakterisierung persönlicher Willkür bei *Juvenal* beschreibt auch für den privaten Rechtsverkehr die Trennlinie zwischen freier persönlicher Entscheidung und Fremdbestimmung nach heteronom gesetzten Maßstäben zutreffend, und ist – in einem deskriptiven Sinne – richtig.[40] Frei ist eine Entscheidung nur dann und nur insoweit, als sie nicht vor Dritten gerechtfertigt werden muss.

---

[37] *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 19 AGG Rn. 20; Palandt/*Grüneberg*, § 19 AGG Rn. 8.

[38] Vgl. *Damann* (Fn. 21), S. 186.

[39] „Hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas", *Juvenal*, Satire 6, 242f.

[40] Eine andere Frage ist freilich, ob man dem inhaltlich schlechthin folgen will, denn die Vertragsfreiheit bedarf ihrerseits der Rechtfertigung vor dem Hintergrund materialer Gerechtigkeitsprinzipien. Sie führen indessen in einer freien Ordnung zu einem Primat der Vertragsfreiheit, *Canaris*, FS Lerche, S. 873, 881 u. 883–886.

Der Standpunkt des AGG ist schon im Ausgangspunkt anders. Bei einer Fülle vertrauter Differenzierungen im Zivilrechtsverkehr ist das Vorliegen einer Benachteiligung im Sinne des § 7 AGG evident. Sie können nur aufrechterhalten werden, soweit eine Rechtfertigung eingreift. Vor diesem Hintergrund wird es umso notwendiger, dass die Rechtfertigungsschwelle des Gesetzes wenigstens nicht prohibitiv hoch angesetzt wird. Dieser Zusammenhang ist dem Gesetzgeber selbst offenbar gewesen. Das illustriert am besten der Fall der Sondervorteile im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 3 AGG. Sondervorteile, die ein Anbieter einer bestimmten Gruppe gewährt (reduzierte Eintrittspreise für Schüler, Studenten, Rentner; „Kinder- und Seniorenteller" in Restaurants, „Ladies' Nights" in Bars oder im Kino), sollen weiter zulässig sein, wenn kein Bedürfnis für die Durchsetzung der Gleichbehandlung besteht. Hier werde Kundenkreisen ein Nachlass gewährt, die über kein oder nur ein geringeres Einkommen verfügten (Schüler, Studenten), oder weil der Anbieter gezielt bestimmte Kundenkreise ansprechen wolle.[41] Gerade der letztgenannte Fall wirft vor dem Hintergrund der Ratio des AGG erhebliche Fragen auf. Treffend formuliert die Regierungsbegründung zum AGG, dass die Möglichkeit zur gezielten Ansprache besonderer Kundenkreise „Bestandteil einer auf Wettbewerb beruhenden Wirtschaft" sei.[42] Das bedeutet aber im Kern nichts anderes, als ein Recht des Anbieters, aus Wettbewerbsgründen diskriminieren zu dürfen.[43] Wertungssystematisch stimmt dieser Befund nicht damit überein, dass das Gesetz es aus guten Gründen verbietet, wenn ein Gastwirt beim Zutritt zu seiner Gaststätte einer bestimmten ethnischen Gruppe (weil er sie im Durchschnitt für zahlungskräftiger hält) unmittelbar den Vorzug einräumt. Der Auflösung dieser Antinomie soll das Erfordernis des § 20 Abs. 1 Nr. 3 AGG dienen, wonach es darauf ankommt, ob ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung besteht. Dieses Interesse ist nämlich nach der Vorstellung des Gesetzgebers überindividuell – und damit letztlich politisch – zu definieren.[44] Die freie Entscheidung im Wettbewerb unterliegt dem Vorbehalt einer Überprüfung ihrer politischen Korrektheit.

Die Unwägbarkeiten einer solchen politischen Korrektheitsprüfung zeigt erneut das Beispiel der Einräumung besonderer Vorteile für Frauen. Sie muss nämlich die Maßgaben der so genannten Unisex-RL 2004/113/EG beachten.[45] Deren Rechtfertigungsstandard in Art. 4 Abs. 5 passt nur schlecht für eine Bevorzugung beim Preis, obschon geschlechtsspezifisch unterschiedliche Preise von der Richtlinie erfasst werden. Jedenfalls deutet die Erläuterung des Rechtfertigungsstandards in der 16. Begründungserwägung darauf hin, dass hier eine strengere Gleichheitsvorstellung herrscht, als sie § 20 Abs. 1 Nr. 3 AGG zu-

[41] BT-Drs. 16/1780, S. 44.

[42] BT-Drs. 16/1780, S. 44.

[43] Nur nebenbei: günstigere Eintrittspreise in Bars für Frauen, um diese als Attraktion für zahlende Männer zu nutzen, sind zulässig – ein wahrhaft emanzipatorisches Konzept!

[44] Hiervon erkennbar ausgehend BT-Drs. 16/1780, S. 44.

[45] Richtlinie 2004/113/EG des Rates v. 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

grunde liegt.[46] Es bleibt also abzuwarten, welcher praktische Standard sich aus dieser Vorschrift ergeben wird.

Namentlich in dieser Unwägbarkeit liegt der Kern des Problems, weil zwischen Rechtssicherheit und Freiheit ein enger Zusammenhang besteht. Da Menschen typischerweise risikoavers handeln, wollen sie das Risiko, die Grenzen der Freiheit zu überschreiten, wegen der drohenden negativen Folgen einer Überschreitung (hier: insbesondere das Entstehen von Ansprüchen nach §§ 15, 21 AGG) regelmäßig meiden. Wenn über die Grenzen der Freiheit Unsicherheit besteht, können deshalb nicht einmal die bestehenden Freiheiten ausgeschöpft werden.

Die Verlagerung der Beurteilung, ob eine Differenzierung notwendig ist, auf die Rechtfertigungsebene wirkt somit einmal deshalb freiheitsbeschränkend, weil sie die Begründungslasten umkehrt: Anstelle der sonst geltenden allgemeinen Freiheitsvermutung tritt im Anwendungsbereich aller durch die Kriterien des AGG mittelbar und unmittelbar erfassten Verhaltensformen eine *Unfreiheitsvermutung*, die der Handelnde durch Rechtfertigung widerlegen muss. Zum anderen beruht diese Wirkung auf den Wertungsspielräumen, welche die überwiegend generalklauselartig und zudem durch die Diversität von Gesetz und Richtlinie gekennzeichnete Rechtfertigungsebene eröffnet.

2. Verhältnismäßigkeit

a) Unklare und widersprüchliche Normlage

Die Rechtfertigungsebene wirft zusätzlich deswegen Probleme auf, weil bei genereller Zulässigkeit des mit einem Unterscheidungskriterium verfolgten Ziels auch noch die Verhältnismäßigkeit von Bedeutung ist. Dabei ist allerdings zu unterscheiden.

Generell gilt für die Rechtfertigung im allgemeinen Zivilrecht, dass sie nach § 20 AGG das Vorliegen eines sachlichen Unterscheidungsgrundes verlangt. Eine Ausnahme besteht im Falle der Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft. Hier sieht die Antirassismus-RL 2000/43/EG in Art. 4 überhaupt nur für berufliche Anforderungen eine Rechtfertigungsmöglichkeit vor, wenn die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung handelt und dem Verhältnis-

[46] Die 16. Begründungserwägung lautet: „Eine unterschiedliche Behandlung kann nur dann zulässig sein, wenn sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Ein legitimes Ziel kann beispielsweise sein: der Schutz von Opfern sexueller Gewalt (wie die Einrichtung einer Zufluchtsstätte für Personen gleichen Geschlechts), der Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens (wie etwa bei der Vermietung von Wohnraum durch den Eigentümer in der Wohnstätte, in der er selbst wohnt), die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter oder der Interessen von Männern und Frauen (wie ehrenamtliche Einrichtungen, die nur den Angehörigen eines Geschlechts zugänglich sind), die Vereinsfreiheit (Mitgliedschaft in privaten Klubs, die nur den Angehörigen eines Geschlechts zugänglich sind) und die Organisation sportlicher Tätigkeiten (z.B. Sportveranstaltungen, zu denen ausschließlich die Angehörigen eines Geschlechts zugelassen sind). Beschränkungen sollten jedoch im Einklang mit den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften festgelegten Kriterien angemessen und erforderlich sein."

mäßigkeitsgrundsatz genügt ist (*Othello*-Klausel). Für das allgemeine Zivilrecht ist eine solche Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung in diesen Fällen dagegen nicht vorgesehen.[47]

Für die sonstigen unzulässigen Unterscheidungsmerkmale wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung – anders als mit dem Angemessenheitskriterium des § 8 AGG im Arbeitsrecht[48] – nicht ausdrücklich verlangt. Daraus wird im Schrifttum zum Teil ausdrücklich geschlossen, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bedürfe es nicht.[49] Dieser Standpunkt wäre dann bei systematischer Auslegung in der Tat nicht fern liegend, wenn die zivilrechtlichen Regeln des AGG nicht auch der Umsetzung der Unisex-RL 2004/113/EG dienten, deren Art. 4 Abs. 5 AGG ausdrücklich im Rahmen der Rechtfertigung eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorschreibt,[50] was jedenfalls im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu beachten ist. Bei der Frage nach der Verhältnismäßigkeitsprüfung werden sich alsdann also die bekannten Probleme der richtlinienkonformen Auslegung bei überschießender Richtlinienumsetzung (Schaffung eines Verbots der Benachteiligung auch über die Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG hinaus im allgemeinen Zivilrecht) stellen.[51] Im vorliegenden Fall muss die Verhältnismäßigkeitsprüfung, die in § 20 AGG nicht vorgesehen ist, erst im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in diese Vorschrift hineingelesen werden. Das ist zwar angesichts des dort enthaltenen offenen Merkmals des sachlichen Grundes möglich, kann aber nicht über den eigentlichen Anwendungsbereich der RL 2004/113/EG hinausgehen. § 20 AGG ist also hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung gespalten auszulegen. Wertungssystematisch ist diese Ungleichbehandlung der Gleichbehandlungsgebote (Geschlecht einerseits, andere Merkmale andererseits) zwar wenig überzeugend, aber als Folge des Unterfangens des deutschen Gesetzgebers, zwar über das EG-Recht hinauszugehen, von dessen Regelungsprinzipien aber zugleich abzuweichen, unvermeidbar.

b) Verhältnismäßigkeit kontra Zweckmäßigkeit

Ungeachtet dieser weiteren Unwägbarkeiten, gibt es für die Verhältnismäßigkeitsprüfung jedenfalls einen Anwendungsbereich bei der mittelbaren Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG. Dort ist schon auf der Tatbestands-

[47] *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 20 AGG Rn. 2; Palandt/*Heinrichs*, § 20 AGG Rn. 1.

[48] Damit ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gewollt, BT-Drs. 16/1780, S. 35. Das ist auch europarechtlich zwingend, vgl. *Pfeiffer*, in: KR-Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und anderen Kündigungsrechtlichen Vorschriften, 9. Aufl. 2007 (im Erscheinen), AGG Rn. 74, mit Nachweisen. Aus der Rechtsprechung s. etwa *EuGH*, 22. November 2005 Rs C-144/05 – *Mangold*.

[49] *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 20 AGG Rn. 6. Die Gesetzesmaterialien schweigen, vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 44.

[50] Die Umsetzungsfrist dieser Richtlinie läuft zwar nach ihrem Art. 17 erst am 21. Dezember 2005 ab. Die Entscheidung *EuGH*, 22. November 2005 Rs C-144/05 – *Mangold* wird man aber dahin deuten müssen, dass der Gesetzgeber schon zuvor keine neuen gleichheitswidrigen Regelungen schaffen darf. Jedenfalls gilt das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung mit Verstreichen der Umsetzungsfrist.

[51] Zusammenfassend Anwaltkommentar/*Pfeiffer*, BGB, Band 2, Teilband 2, 2005, Gemeinschaftsprivatrecht und Zivilrechtspraxis, Rn. 60 f.

ebene zu prüfen, ob das mittelbar benachteiligende Merkmal ein legitimes Ziel verfolgt und für dessen Erreichung verhältnismäßig ist.

Das ist für den privat Handelnden in mehrfacher Hinsicht misslich: das Verhältnismäßige ist nicht immer das für den Privaten Einfachste und Zweckmäßige. Während der Einzelne in aller Regel das zur Erreichung seiner Ziele einfachste und zweckmäßigste Mittel einsetzen darf, ist er hier an das Prinzip des möglichst schonenden Vorgehens gebunden. Das führt zu Handlungszwängen, die dem intuitiven Verhalten zuwider laufen; der Einzelne kann sein grundsätzlich berechtigtes Anliegen nicht mehr auf die eigentlich nahe liegende Weise verfolgen. Das kann die Rechtsordnung in einem maßvollen Rahmen zum Zwecke der Verhaltenssteuerung, also zur Erreichung politisch vorgegebener Ziele, tun. Deshalb mag man es zum Schutz der werdenden Mutter und des Kindes hinnehmen, wenn einem Arbeitgeber im Bewerbungsgespräch die Frage nach der Schwangerschaft einer Bewerberin selbst dann verboten ist, wenn die Arbeitnehmerin befristet eingestellt wird und wegen der Schwangerschaft überwiegend nicht wird arbeiten können,[52] obschon dem Arbeitgeber auch hier ein evident kontraintuitives Verhalten abgenötigt wird. Solche Fälle sollten jedoch eine eng begrenzte Ausnahme bleiben. Man muss nicht soweit gehen wie *Savigny* und im Volksgeist den Entstehungsgrund des Zivilrechts sehen, um zu erkennen, dass namentlich das Zivilrecht vielfach mit der Verkehrsanschauung und der Ratio eines typischen menschlichen Verhaltens verwoben ist. Ein Zivilrecht, das sich allzu sehr von dieser Verkehrsanschauung, von dem von den Menschen als ihrem als üblich und berechtigt empfundenen Verhalten entfernt, wird nicht als (richtiges) Recht, sondern als Bevormundung erlebt werden.

Hinzu kommen die rechtlich komplexen Abwägungen, die das AGG verlangt, sowie die erheblichen Unsicherheiten, zu denen derartige Unwägbarkeiten führen müssen. Dies sei anhand des schon erwähnten Beispiels erläutert, dass der private Einzelvermieter darauf Wert legt, sich mit seinem Mieter unmittelbar verständigen zu können.

Grundsätzlich wird man hierin ein berechtigtes Anliegen i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG sehen müssen. Der Vermieter, der dem Mieter sein persönliches Eigentum anvertraut, kann ungefilterte Kommunikation verlangen und braucht sich deshalb nicht darauf verweisen zu lassen, eine Dolmetscher hinzuzuziehen, um mit dem Mieter die während des Mietverhältnisses regelungsbedürftigen Punkte besprechen zu können, zumal auch eilbedürftiger Gesprächsbedarf bestehen kann.

Zusätzliche Schwierigkeiten wirft aber die weitere Frage auf, wieweit diese Befugnis reicht: So kann man sich fragen, ob der Vermieter auch überprüfen darf, ob der Mieter schriftliche Texte in deutscher Sprache verstehen kann; hieran kann der Vermieter z.B. interessiert sein, wenn eine neue Regelung zur getrennten Müllsammlung eingeführt wird oder die Art der Fernsehversorgung geändert wird und der Vermieter die hierzu verfügbare schriftliche Anleitung weiter geben möchte. Immerhin ist demgegenüber das Argument denkbar, dass

[52] *EuGH*, 4. Oktober 2001, Rs. C-109/00, Slg. 2001, I-6993.

der Vermieter dem Mieter diese ja mündlich erläutern könnte. Ferner kann der Vermieter bei einem Mieterehepaar daran interessiert sein, dass beide Mieter deutsch sprechen, etwa wenn nach der internen Aufgabenverteilung ein Ehegatte die finanzielle Durchführung des Mietverhältnisses regelt und der andere den Haushalt führt, woraus ebenfalls Durchführungsfragen (Benutzung von Hauseinrichtungen, auf den Mieter übertragene Reinigung des Treppenhauses vor der Wohnung etc.) resultieren können. Hier kann man die Frage stellen, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dazu führt, dass der Vermieter sich mit der Konversation mit einer von mehreren Mietparteien begnügen muss, weil dieser etwaige Wünsche und Maßgaben des Vermieters auch an den weiteren Mieter weitergeben kann.

Die Betrachtung solcher Fallkonstellationen zwingt zu dem Hinweis, dass das Recht für die Rechtsunterworfenen im Alltag handhabbar bleiben muss. Im Zusammenhang mit der Rechtfertigung aus Gründen der Gefahrenabwehr betont der Gesetzgeber deshalb ganz mit Recht, dass dem Anbieter ein „gewisser Spielraum" verbleiben müsse, auch weil bei Massengeschäften auf eine Standardisierung nicht verzichtet werden könne.[53] Das steht freilich tendenziell im Gegensatz dazu, dass dieselbe Gesetzesbegründung nur wenige Zeilen zuvor erläutert, die Feststellung sachlicher Gründe entziehe sich nach Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG einer abschließenden Konkretisierung und bedürfe der Feststellung im Einzelfall.[54] Im Interesse rechtsstaatlicher Praktikabilität muss allerdings der durch das vorgreifliche EG-Recht belassene Raum zur Typisierung ausgenutzt werden. Weniger die noch zu suchenden Abgrenzungslinien für Einzelfragen, sondern das damit aufgeworfene generelle Problem der Rechtsunsicherheit gibt Anlass zur Sorge. In dem angesprochenen Beispiel des privaten Vermieters, der auf die Deutschkenntnisse beider Mietvertragsparteien Wert legt, bleibt eine schwer erträgliche Rechtsunsicherheit. Für das Arbeitsrecht sind die infolge des Antidiskriminierungsrechts aufgeworfenen Unsicherheiten als „eines ‚zivilisierten' Rechtsstaats eigentlich unwürdig" bezeichnet worden.[55] Die hinter dem AGG und dem zugrunde liegenden EG-Recht stehende Konzeption verkennt, dass Freiheit in erster Linie ein formales Gestaltungsprinzip ist, welches durch das Fehlen von Fremdbestimmung gekennzeichnet ist und klare Freiheitsbegrenzungen verlangt, an denen es sowohl infolge der Verlagerung der maßgebenden Bewertung auf die Rechtfertigungsebene und infolge der Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips fehlt. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt zudem Anforderungen an Private auf, wie sie sonst nur für Behörden gelten. Das mag für Großunternehmen verkraftbar sein, nicht aber für den Einzelnen, soweit er ebenfalls dem AGG unterworfen ist.

---

[53] BT-Drs. 16/1780, S. 43, r. Sp., letzter Absatz.
[54] BT-Drs. 16/1780, S. 43, r. Sp., 3. Absatz.
[55] *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583, 2586.

c) Statistische Feststellung versus individuelle Rechtfertigung

Bislang gebräuchlichen Unterscheidungen liegt oft das Bestreben zugrunde, statistische feststellbare Zusammenhänge zwischen bestimmten Merkmalen und einem Konsum- oder Zahlungsverhalten zugunsten der Geschäftspolitik eines Unternehmens zu nutzen. Während die mittelbare Benachteiligung zwar weitgehend durch statistische Befunde begründet wird, ist die Berufung auf statistische Zusammenhänge bei der Rechtfertigung infolge der Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nur eingeschränkt möglich:

Bislang war es beispielsweise üblich, dass Unternehmen, die ihre Waren im Fernabsatz vertreiben, ein Kundenscreening betreiben, zu dem es beispielsweise gehört, bestimmte Wohngegenden zu identifizieren, in denen betrügerische Bestellungen alsdann unauffindbarer Absender besonders häufig sind. Versandhändler liefern an solche Adressen oft entweder gar nicht, nur gegen Vorkasse oder per Nachnahme. Es bedarf nur eines geringen Vorstellungsvermögens, um unter derartigen Anschriften eine verhältnismäßig höhere Zahl von Interessenten nicht-deutscher ethnischer Herkunft befürchten zu müssen. Zwar kann es sich in solchen Fällen, je nach statistischem Befund (wenn z.B. auch überwiegend von Deutschen bewohnte Gegenden betroffen sind), auch um eine Benachteiligung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht handeln, die als solche durch das AGG nicht verboten wird. Inwieweit die Rechtsprechung sich der letztgenannten Betrachtungsweise anschließen wird, bleibt abzuwarten und hängt möglicherweise auch von der jeweiligen statistischen Grundlage und den statistischen Wirkungen ab, namentlich dem Eintritt vergleichbarer Folgen für Deutsche in einer sonst vergleichbaren sozialen Lage. Ähnliches kann beispielsweise für das Scoring von Kreditkunden gelten,[56] soweit der Wohnsitz einfließt.

Ungeachtet der vielfältigen Unsicherheiten, die ein Rekurs auf solche Überlegungen erneut zwangsläufig herbeiführt, hängt die Zulässigkeit solcher Differenzierungen davon ab, dass man dem Anbieter die Berufung auf entsprechende statistische Befunde überhaupt gestattet. Lässt man die Berücksichtigung solcher statistischer Befunde im Rahmen einer sachlich gerechtfertigten Typisierung zu, unterliegt ihre Berücksichtigung aber wiederum jedenfalls dem Verhältnismäßigkeitserfordernis: Es ist deshalb zumindest zweifelhaft, ob der Versandhändler die Lieferung gänzlich unterlassen darf, ob er das mildere Mittel eines Vorkasseverlangens nutzen kann oder zu dem noch milderen, jedoch für den Anbieter wegen des Aufwands ungünstigeren Mittel der Nachnahmeversendung greifen muss (was man richtigerweise nicht oder nur bei gleichzeitiger Zulassung eines angemessenen Aufpreises verlangen sollte). Ebenso wird es der Klärung bedürfen, welchen statistischen Begründungsaufwand die Gerichte verlangen, um solche Differenzierungen zu rechtfertigen.

---

[56] Das Vorliegen eines Massengeschäfts ist nicht erforderlich, da es um die (mittelbare) Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft geht.

V. Fazit

Die Regelungen des AGG stehen im Spannungsverhältnis zwischen Freiheit einerseits und Gleichbehandlung durch staatliche Einmischung andererseits. Vor allem die Gesetzesbegründung suggeriert, dieses Spannungsverhältnis werde durch das AGG weitgehend im Sinne einer praktischen Konkordanz aufgelöst. Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass dies nur unter Inkaufnahme erheblicher Wertungsbrüche und – vor allem – um den Preis einer weitreichenden Rechtsunsicherheit möglich war; Unvereinbares lässt sich eben nur begrenzt miteinander vereinbaren. Ob es gelingen wird, wenigstens die angesprochene Rechtsunsicherheit durch Herausbildung eines Fallrechts abzumildern, bleibt abzuwarten. Nichts anderes gilt für die Frage, wieweit die staatliche Reglementierung der vertraglichen Abschlussfreiheit durch das Gesetz im Alltag reichen wird. Das Gesetz gleichwohl praktisch handhabbar werden zu lassen, ist trotz allem nun die gemeinsame Verantwortung von Gerichten und Wissenschaft.