

Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer

Partner Oppenhoff & Partner

Konrad-Adenauer-Ufer 23
50668 Köln
Postfach: 102 702
50467 Köln

Telefon: (49-221) 2091-511
Telefax: (49-221) 2091-333
georg.maier-reimer@oppenhoff.eu

13. Oktober 2008

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des deutschen Bundestages am 15. Oktober 2008 zu den Anträgen von Angehörigen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und von Angehörigen der Fraktion Die Linke

BT-Drs. 16/8198

BT-Drs. 16/9637

BT-Drs. 16/2033

BT-Drs. 16/7536.

Die folgende Stellungnahme beschränkt sich auf Fragen eines Diskriminierungsverbotes im Bereich des **allgemeinen Zivilrechtsverkehrs**.

A. Allgemeines

1. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Eine unterschiedliche Behandlung durch das Gesetz oder die öffentliche Gewalt aus unsachlichen Gründen – nicht lediglich denjenigen, die in § 1 AGG genannt sind – ist deshalb nicht nur rechtswidrig, sondern in aller Regel verfassungswidrig. Dieses Verbot steht nicht zur Diskussion und ist uneingeschränkt zu begrüßen und durchzusetzen.
2. Bei der Frage eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes im Bereich des Zivilrechtsverkehrs geht es jedoch nicht hierum, sondern um etwas ganz anderes, nämlich darum, ob der fundamentale Grundsatz der Vertragsfreiheit als Konkretisierung der allgemeinen Freiheitsrechte und der Berufs- und Gewerbefreiheit

zugunsten eines Gleichbehandlungsgebots eingeschränkt werden soll. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot im Zivilrechtsverkehr würde den Grundsatz der Vertragsfreiheit aufgeben, weil es den einzelnen Teilnehmer des Rechtsverkehrs zwingen würde, die Auswahl seines Vertragspartners und die mit ihm vereinbarten Bedingungen zu rechtfertigen. Erstreckt man ein Diskriminierungsverbot auch auf so genannte mittelbare Diskriminierungen, so würde sich der Zwang zur Rechtfertigung auch auf die Ausgestaltung von Produkten oder Dienstleistungen erstrecken.

3. Ein so weitreichendes Gleichbehandlungsgebot oder Diskriminierungsverbot wäre mit den Grundlagen unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung unvereinbar. Im Zivilrechtsverkehr bedarf es daher zunächst einer Begründung, weshalb ein Gleichbehandlungsgebot auch gegenüber Privaten gelten soll, und sodann einer sachgerechten Eingrenzung eines solchen Gebotes. Zwar ist auch im Zivilrechtsverkehr jede Art der Diskriminierung zu missbilligen. Die moralische Missbilligung der Diskriminierung legitimiert jedoch noch nicht die staatliche Durchsetzung des moralischen Prinzips mit den Mitteln des Rechtszwangs im Privatrechtsverkehr. In einer demokratischen, freiheitlichen und dem Prinzip der Toleranz verpflichteten Gesellschaft soll sich der Staat auf die Durchsetzung des ethischen Minimums beschränken. Ein staatlicher Versuch, mit erzwingbaren Rechtsnormen die Bürger zu besseren Menschen zu erziehen, wäre mit den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung unvereinbar.

Staatlich erzwungene Toleranz trägt ihrerseits die Züge der Intoleranz und ist ebenso zu missbilligen, wenn sich der Zwang nicht auf einen sachgerechten sachlichen Anwendungsbereich beschränkt. Um dies am Beispiel des Sexualstrafrechts zu verdeutlichen: Vor 40 Jahren wäre die Vermietung von Wohnraum an ein gleichgeschlechtliches Paar als Kuppelei strafbar gewesen. Das ist heute zum Glück anders. Wenn aber der Staat einen Vermieter, der aus religiösen Gründen eine solche Vermietung heute ablehnt, dazu zwingen würde, dem Paar eine Wohnung entgegen seiner religiösen Überzeugung zu vermieten, würde der Staat ebenso wie früher mit dem Kuppeleiparagraphen seine Grenzen überschreiten.

Gegen die Beschränkung des Rechtszwangs auf die Durchsetzung des ethischen Minimums sprechen nicht Regeln wie die §§ 242, 138 und 826 BGB. Mit § 138 BGB verweigert die Rechtsordnung lediglich den Rechtszwang zur Durchsetzung missbilligter Ziele. § 242 BGB begrenzt die rechtliche Bindung von Verträgen oder gestaltet bestehende Sonderbeziehungen aus. § 826 BGB setzt im Grundsatz eine positive Schädigungshandlung voraus. Eine Schädigung durch Unterlassung kann zu einer Schadensersatzpflicht nur dann führen, wenn eine anderweitig begründete Pflicht zum Handeln bestand. All dies ist etwas grundle-

gend anderes als Rechtszwang zur Durchsetzung von mehr als dem ethischen Minimum.

4. Wo zivilrechtliche Rechtsverhältnisse ein Vertrauen voraussetzen oder ein Näheverhältnis gleich welcher Art begründen, ist ein Gleichbehandlungsgebot nicht sachgerecht. Das AGG grenzt deshalb den Anwendungsbereich im Zivilrechtsverkehr mit der Beschränkung auf Massengeschäfte grundsätzlich richtig ab.
5. Die Behauptung, es fänden Diskriminierungen in einem Maße statt, die weitere gesetzliche Maßnahmen erfordern oder zumindest nahelegen, ist in keiner Weise belegt.

Die Begründung des Vorschlages der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu einer weiteren Antidiskriminierungsrichtlinie (KOM (2008) 426 endg.; Ratsdok. 1153/08; Unterrichtung des Bundesrats durch Drs. 499/08) führt an, dass zahlreiche Beschwerden über angebliche Diskriminierungen durch Banken und Versicherungen geführt worden seien (Drs. 499/08 S. 5). Ganz offensichtlich haben weder Banken noch Versicherungen irgendein Interesse daran, Angehörige irgendwelcher Gruppen auf Grund einer feindseligen oder ablehnenden Haltung zu benachteiligen. Wenn sie – so offenbar die Beschwerden – häufig Personen auf Grund irgendwelcher der Merkmale der Antidiskriminierungsrichtlinien unterschiedlich behandeln, so liegt das deshalb daran, dass sie das Risiko des konkret zur Diskussion stehenden Vertrages bei diesen Personen anders beurteilen als sonst. Ein Verbot, aus solchen Gründen zu differenzieren, würde sich deshalb in die Kalkulation dieser Unternehmen einmischen.

Daran ändert es nichts, wenn – insoweit in Übereinstimmung mit dem AGG – eine Rechtfertigung auf Grund relevanter und genauer versicherungsmathematischer und statistischer Daten zugelassen wird. Denn es muss dem Einzelnen überlassen bleiben, welche statistischen Daten er für relevant hält, und er sollte auch nicht gezwungen werden, seine internen Risikobewertungskriterien offenzulegen. Außerdem liegen solche Daten für viele von Versicherern als Sonderrisikoklassen angesehene Personengruppen nicht vor und ihre Erhebung wäre auch unverhältnismäßig oder unmöglich. Die statistische Rechtfertigung für eine Differenzierung nach Risikoklassen ist ferner dann insgesamt unmöglich, wenn bestimmte neue Risiken auftreten, die sich – tatsächlich oder nach dem jedenfalls zunächst vorherrschenden Eindruck – auf bestimmte Teile der Bevölkerung konzentrieren. Erinnerung sei (im Zusammenhang mit der Lebens- und Krankenversicherung) z.B. daran, dass in Europa HIV-Erkrankungen jedenfalls zunächst in erhöhtem Umfang bei männlichen Homosexuellen auftraten. Es muss einem Versicherer möglich sein, aus solchen Situationen Konsequenzen zu ziehen, auch bevor es darüber allgemein anerkannte statistische Daten gibt.

Das Interesse der Versicherer (und Banken) an Geschäftsabschlüssen stellt sicher, dass Verträge nicht auf Grund einer Diskriminierungsmentalität abgelehnt werden. Wenn ein Versicherer aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe einen Abschluss ablehnt oder höhere Prämien verlangt, beruht dies deshalb auf einer – vielleicht unsachgemäßen – Risikoeinschätzung. Es ist Sache des Marktes, zu verhindern, dass solche Differenzierungen in den Bedingungen unsachgemäß getroffen werden. Die Zivilgerichte können die Aufgabe nicht leisten, die Belastbarkeit statistischer oder versicherungsmathematischer Daten zu überprüfen oder daraus gar nachzurechnen, ob Tariffdifferenzierungen ihrem Umfang nach sachlich legitimiert sind oder nicht.

6. Das Eigeninteresse der Wirtschaft wird deshalb in den meisten Fällen eine Ungleichbehandlung ohne angemessenen Grund von vornherein verhindern. Das gilt freilich nicht für alle Konstellationen, beispielsweise nicht für den Betreiber einer Gaststätte, der – zu Recht oder zu Unrecht – davon ausgeht, dass sich einzelne oder die Mehrzahl seiner Kunden durch die Anwesenheit anderer beeinträchtigt fühlen. Das mag auf Personen in Begleitung von lärmenden Kleinkindern zutreffen aber auch auf Personen mit Behinderungen. Je nach Art und Schwere der geistigen und/oder körperlichen Behinderung kann sich daraus durchaus eine erhebliche Beeinträchtigung für andere Kunden ergeben. Die sich daraus ergebende Problematik sollte nicht totgeschwiegen werden.

In diesen Zusammenhang gehören auch Fragestellungen wie diejenige, die der Europäische Gerichtshof im Falle Feryn (C-54/07) zu entscheiden hatte. Der Fall macht deutlich, dass ein Diskriminierungsverbot unter Umständen Zwang und Sanktionen gegenüber anderen als denjenigen mit diskriminierender Gesinnung verhängt. Um ein bekanntes Bild umzukehren: Man schlägt den Esel und meint den Sack. Die Umkehrung zeigt auch das Problem: Im Unterschied zum Sack ist der Esel schmerzempfindlich.

In der Tat ist zu wünschen, dass Vorbehalte der Art, wie sie in dem Fall Feryn relevant wurden, in der Gesellschaft abgebaut werden. Das muss aber durch Werbung und Sensibilisierung – Worte, die in der großen Anfrage BT-Drs. 16/4933 mit Recht verwendet werden – geschehen, nicht mit den Mitteln des Rechtszwangs.

7. Dem Antrag, auf europäischer Ebene auf eine Erweiterung der Richtlinien (beispielsweise entsprechend dem vorliegenden Vorschlag der Kommission) zu drängen, ist zu widersprechen. Die Europäischen Gemeinschaften haben für ein allgemeines Diskriminierungsverbot keine Regelungskompetenz. Die Kompetenz gemäß Artikel 13 EG-Vertrag ist eine akzessorische Zuweisung von Zuständigkeiten „im Rahmen der auf die Gemeinschaften übertragenen Zuständig-

keiten“. Das weiß auch die Kommission. Denn sowohl ihr jetziger Vorschlag, als auch die bereits in Kraft getretenen und umgesetzten Richtlinien sollen jeweils nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaften übertragenen Zuständigkeiten“ gelten. Ganz offensichtlich wäre eine Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht mit diesem Vorbehalt des sachlichen Anwendungsbereichs nicht praktikabel. Die Richtlinie ist deshalb – selbst wenn für einzelne Sachgebiete eine Regelungskompetenz besteht – darauf angelegt, über die Grenzen der Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaften hinaus umgesetzt zu werden.

Unabhängig davon würde eine weitere europäische Richtlinie gegenüber dem bestehenden Zustand auch in dem erweiterten Anwendungsbereich die Bundesrepublik der Kompetenz berauben, autonom die sachlichen Grenzen, die Sanktionen, Verfahren und Rechtsbehelfe festzulegen.

Wenn die Kommission mit ihren Beanstandungen gegenüber dem AGG Recht hätte, so ergäbe sich daraus ein besonderer Grund, sich auf europäischer Ebene mit allen Mitteln gegen den Erlass einer weiteren Antidiskriminierungsrichtlinie einzusetzen. Denn es müsste dann auch insoweit befürchtet werden, dass auch in einem erweiterten Anwendungsbereich europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien die Bundesrepublik gezwungen wäre, Einzelheiten in einer Weise zu regeln, die aus deutscher Sicht ausweislich der Gesetz gewordenen Fassung des AGG nicht für sachgemäß gehalten werden.

8. Wenn eine weitere europäische Antidiskriminierungsrichtlinie für den allgemeinen Zivilrechtsverkehr erlassen wird, sollte sie jedenfalls Folgendes sicherstellen:

(a) Ihr Anwendungsbereich sollte im allgemeinen Zivilrechtsverkehr auf echte Massengeschäfte beschränkt werden. Wie in der Richtlinie 2004/113 sollte deshalb die Formulierung „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ wie folgt präzisiert werden „der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen“. Damit ist praktisch auch das weitere Anliegen erledigt, dass es sich um Angebote von Waren oder Dienstleistungen handeln muss, die in einer Vielzahl von Fällen angenommen werden können.

Nur im Falle von Massengeschäften hat die Benachteiligung aus einem der genannten Gründe die verletzende Wirkung. Wird ein Gut oder eine Dienstleistung, die nur einmal zur Verfügung steht, aber beispielsweise durch öffentliches Inserat angeboten wird, einem Bewerber aus einem der verpönten Gründe verweigert und einem anderen der Vorzug gegeben, so spielt sich die Diskriminierung nicht in dem sichtbaren Verhalten des Anbietenden, sondern in seiner subjektiven Sphäre, seiner Motivation ab. Diese mag missbilligenswert sein. Sie trifft den Bewerber aber nicht in einer anderen Fällen vergleichbaren, demütigenden und verletzenden Art,

etwa wenn ihm der Zugang zu einer Gaststätte, einem Warenhaus oder öffentlichen Verkehrsmittel aus einem der Gründe verweigert wird.

- (b) Außerhalb der reinen Massengeschäfte bedürfte ein allgemeines Diskriminierungsverbot mit der vollen Liste der unzulässigen Benachteiligungsgründe weitreichender Ausnahmen. Diese ließen sich nicht hinreichend klar formulieren. Das Ergebnis wäre ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit. Wie die Bundesregierung in ihrer Antwort (Drs. 16/6314) auf die große Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Drs. 16/4933) mit Recht ausgeführt hat, sind Ungleichbehandlungen auf Grund des Alters, des Geschlechts oder einer Behinderung nicht nur in großem Umfang erwünscht, sondern in wichtigen Bereichen des täglichen Lebens auch dringend erforderlich. Deshalb darf eine Ungleichbehandlung aus solchen Gründen nicht per se oder auch nur präsumptiv unzulässig sein.
- (c) Wenn das allgemeine zivilrechtliche Benachteiligungsverbot auch Benachteiligungen auf Grund der „Weltanschauung“ mit umfassen sollte, bedürfte es noch weiterer Einschränkungen. Es ist in diesem Zusammenhang auch darauf hinzuweisen, dass der Begriff „Weltanschauung“ wohl nicht zutreffend wiedergibt, was die Fassungen der Richtlinie 2000/78 in anderen Sprachen insoweit zum Gegenstand haben. Es geht nach diesen Fassungen um „Überzeugungen“.

Im Übrigen verweise ich bezüglich des Vorschlages der Kommission zu einer weiteren Antidiskriminierungsrichtlinie auf die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch seinen Zivilrechtsausschuss Nummer 56/2008 (abrufbar unter www.anwaltverein.de), den ich mir in vollem Umfang zu Eigen mache. Eine Ablichtung dieser Stellungnahme ist der vorliegenden Stellungnahme als **Anlage** beigelegt.

B. Zu den einzelnen Anträgen in der Drucksache 16/9637

Zu Abschnitt I

1. Ein Defizit an Diskriminierungsschutz – soweit ein solcher sachgemäß wäre – gibt es nicht. Wenn die Begründung suggeriert, dass „die von Diskriminierung Betroffenen unabhängig von den sonstigen tatsächlichen Barrieren auf zusätzliche rechtliche Barrieren durch bewusst unklare schlecht handhabbare Regelungen treffen“, so wird damit schon die angebliche Problemlage falsch bezeichnet. Selbst wenn die Regelungen „bewusst unklar und schlecht handhabbar“ wären, würden sie nicht tatsächliche Barrieren erhöhen, sondern allenfalls weniger als erwartet oder – vielleicht – gewollt zum Abbau solcher Barrieren beitragen.

2. Entgegen dem Antrag ist die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs im allgemeinen Zivilrecht sachgerecht.
3. Eine besondere Priorität für weitergehenden Diskriminierungsschutz ist abzulehnen. Das AGG ist – für den Bereich des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs – meines Erachtens auch richtlinienkonform (darüber noch unten).
4. Öffentlichkeitsarbeit zum Abbau von Vorbehalten gegenüber Minderheiten ist zu befürworten. Die weitere Begründung dieses Punktes vermengt die Anforderungen gegenüber der öffentlichen Gewalt mit denen gegenüber Privaten und lässt die Freiheitsrechte des Einzelnen außer Betracht.
5. Einer Erweiterung des zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes über das AGG hinaus ist zu widersprechen. Zustimmung verdient allerdings die in diesem Antrag gewählte differenzierende Formulierung „sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität“ im Gegensatz zu der unsinnigen Formulierung im AGG (wie auch schon in § 75 Abs. 1 BetrVG) von der „sexuellen Identität“.

Zu Abschnitt II

1. Nationalstaatliche Ebene

Zu den beantragten Änderungen des AGG

- (a) Im Zivilrechtsverkehr ist die Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs angemessen (oben A4, 8).
- (b) In der Tat ist die Formulierung „aus Gründen der Rasse“ problematisch. Da jedoch die Motivation des Diskriminierenden beschrieben wird und aus dessen Perspektive die „Rasse“ der Grund für die Diskriminierung ist, ist die Formulierung richtig. Die Formulierung „aus rassistischen Gründen“ passt nicht in den sonstigen Aufbau der Vorschrift, die an tatsächlichen oder in der Vorstellung des Diskriminierenden bestehenden Eigenschaften des Benachteiligten anknüpft. Sie würde an deren Stelle eine Qualifikation der Motivation des Diskriminierenden setzen. Deshalb sollte es bei der bisherigen Formulierung verbleiben.
- (c) Dass im Zivilrechtsverkehr Benachteiligungen auf Grund der Staatsangehörigkeit vorkommen, ist nicht bekannt. Auch Benachteiligungen wegen der sozialen Herkunft oder sozialen Lebensumstände als solchen sind eher unwahrscheinlich. Wahrscheinlich sind dagegen unterschiedliche Behandlungen auf Grund von unterschiedlichen Fähigkeiten – z.B. Umgangsformen – die ihre Wurzeln in der sozialen Herkunft oder den sozialen Lebensumständen haben mögen. Vor allem in Verbindung mit dem Institut

der mittelbaren Diskriminierung ist eine Erweiterung der Kriterien um das Merkmal soziale Herkunft und soziale Lebensumstände abzulehnen.

- (d) Ein Verbandsklagerecht ist nicht zu befürworten. Es könnte allenfalls Unterlassungsklagen bei systematischen Benachteiligungen zum Gegenstand haben. Die Lockerung der Anforderungen an Verbände wäre ebenfalls nicht sachgerecht. Insbesondere muss durch entsprechende Qualifikationsanforderungen sichergestellt werden, dass solche Verbände nicht zweckgerichtet zur Beschaffung von Mandaten für Rechtsanwälte von diesen selbst ins Leben gerufen werden können.
- (e) Die Beweiserleichterung und Beweislastumkehr in § 22 AGG ist sachgerecht und ausreichend. Entgegen einer häufig vertretenen Auffassung ist sie auch richtlinienkonform. Zwar widerspricht sie dem deutschen Text der Richtlinie, wonach es genügen soll, wenn Indiztatsachen „glaubhaft“ gemacht werden. Die anderen Fassungen der Richtlinien legen jedoch nahe, dass die Tatsachen, welche die Vermutung begründen, feststehen müssen, also unstreitig oder bewiesen sein müssen.
- (f) Ein Auskunftsrecht der Betroffenen oder der Antidiskriminierungsverbände ist abzulehnen. Es ist mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit – der auch willkürliche Differenzierungen erlaubt, soweit sie nicht gerade auf den in § 1 AGG genannten Merkmalen beruhen – unvereinbar.
- (g) Eine Verlängerung der Anspruchsfristen ist abzulehnen. Streitigkeiten um tatsächliche oder vermeintliche Diskriminierungen sind kein Wert an sich, sondern eine Belastung des Rechtsfriedens. Wer Grund zu der Annahme hat, unzulässig wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe benachteiligt worden zu sein, soll sich schnell entscheiden, ob er sich damit abfindet oder nicht.

Die kurze Ausschlussfrist ist unerlässlich. Ohne sie müssten Gewerbetreibende nicht nur Aufzeichnungen über Geschäftsvorfälle nach den handels- und steuerrechtlichen Vorschriften aufbewahren, sondern auch die Dokumentation über alle nicht abgeschlossenen Geschäfte. Dies wäre völlig unzumutbar. Außerdem erledigt sich der Schutzzweck des Verbotes praktisch sofort, wenn der (vermeintlich) Diskriminierte an seiner (möglichen) Benachteiligung keinen Anstoß nimmt. Nimmt er daran Anstoß, so ist ihm zuzumuten, seine Rechte alsbald geltend zu machen. Ohne eine knapp bemessene Frist würde den Machenschaften zweifelhafter Prozesstreiber Vorschub geleistet, die nach vermeintlichen Diskriminierungsopfern suchen, um ihnen zunächst einmal das Gefühl einzureden, diskriminiert worden zu sein.

- (h) Eine Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs im Zivilrechtsverkehr ist abzulehnen (siehe A Nummer 4, 8). Im Bereich der Vermietung von Wohnraum ist die Beschränkung auf Vermieter, die mehr als 50 Wohnungen vermieten, sachgerecht. Sie dient der Konkretisierung des Konzepts des Massengeschäfts im Bereich der Vermietung von Wohnraum.
- (i) Wenn sich der sachliche Anwendungsbereich auf echte Massengeschäfte beschränkt, ist gegen einen Anspruch auf Vertragsabschluss nichts einzuwenden. Wenn der sachliche Anwendungsbereich jedoch über echte Massengeschäfte hinausgeht, ist ein Anspruch auf Vertragsabschluss abzulehnen. Er wird dann in den meisten Fällen schon daran scheitern, dass das Vertragsobjekt bereits anderweitig vergeben ist. Eine unbegrenzte Schadensersatzpflicht oder gar eine Ersatzpflicht ohne ein Verschulden ist unangemessen, wenn der Tatbestand nicht bewiesen, sondern nur auf Grund einer Beweislastumkehr vermutet und nicht widerlegt ist.
- (j) Sexuelle Belästigung ist in der Tat durchgehend zu bekämpfen. Es fragt sich aber, ob ein Regelungsbedarf außerhalb der Arbeitswelt besteht. Außerhalb der Arbeitswelt kann sich der Belästigte in der Regel einer Belästigung entziehen. Soweit das nicht der Fall ist, wird die Belästigung in der Regel nach anderen Vorschriften – bis hin zum Strafrecht – bekämpft.

2. Auf europäischer Ebene

Siehe hierzu A, insbesondere A7 und 8.

Zu Abschnitt III – Zur Begründung des Antrags:

Für den Bereich des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs verstößt das AGG nach diesseitiger Auffassung nicht gegen die Richtlinie 2000/43:

Zu dem Aufforderungsschreiben der Kommission vom 17. Oktober 2007 ist bezüglich des Zivilrechtsverkehrs Folgendes anzumerken:

1. Eine unzureichende Umsetzung kommt von vornherein nur insoweit in Betracht, als der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie reicht. Da diese nur im Rahmen der auf die Gemeinschaften übertragene Zuständigkeiten Anwendung findet, müsste bei jedem einzelnen Punkt zunächst geklärt werden, ob und inwieweit der von der Kommission aufgegriffene Punkt überhaupt in die auf die Gemeinschaften übertragenen Zuständigkeiten fällt.
2. Dieser Zweifel besteht insbesondere hinsichtlich der von der Kommission gerügten Ausnahme gemäß § 19 Abs. 3 AGG. Aber unabhängig davon bedeutet diese Ausnahme keine Benachteiligung der Betroffenen. Differenzierungen mit dieser

Zielsetzung dienen dem wohlverstandenen Interesse der Betroffenen und sind deshalb von dem Benachteiligungsverbot des Artikel 2 der Richtlinie 2000/43 nicht erfasst.

3. Ein Maßregelungsverbot entsprechend § 16 AGG wäre außerhalb der Arbeitswelt gegenstandslos, da es nur im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses wie einem Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommen kann. Das Aufforderungsschreiben der Kommission gibt kein Beispiel einer möglichen Viktimisierung außerhalb der Arbeitswelt.
4. Zu den Sanktionen siehe oben II 1 (i) Die Begründung zitiert im Übrigen die Richtlinie 200/43/EG unzutreffend. Es heißt dort nicht, dass die Schadensersatzleistungen „*vor allem*“ abschreckend sein müssten.

Verteiler:

Europa:

Ansprechpartner für den Verteiler auf EU-Ebene:

Brüsseler Büro des Deutschen Anwaltvereins
Rechtsanwältin Dr. Karolin Hartmann, LL.M.
Avenue de la Joyeuse Entrée 1
B – 1040 Bruxelles
Tel./ Fax: 0032 (0)2 280 28 12/ 13
Mail: bruessel@anwaltverein.de

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages
Bundesministerium für Arbeit und Soziales
Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
Bundesrat - Rechtsausschuss
Bundesministerium der Justiz, Berlin
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V., Berlin
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
An die Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland
An die Justizministerin und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
Deutscher Richterbund e.V., Berlin
Antidiskriminierungsstelle des Bundes
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzender des Forums Junge Anwaltschaft im DAV
Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e.V.
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Gegen die vorgeschlagene Richtlinie sind grundsätzliche Bedenken zu erheben. Außer diesen grundsätzlichen Bedenken bestehen auch zahlreiche Bedenken gegenüber Einzelpunkten.

- Mit der vorgeschlagenen Richtlinie würde ohne hinreichenden Grund empfindlich in die Vertragsfreiheit eingegriffen und dieses fundamentale Recht im vermeintlichen Interesse anderer beschnitten. (Dazu unten I 1, 6)
- Den europäischen Gemeinschaften fehlt die Kompetenz für eine solche Richtlinie und die Richtlinie würde auch das Subsidiaritätsprinzip verletzen (dazu unten I 2 und I 3 a.E.).
- Durch ein Diskriminierungsverbot in dem vorgesehenen Umfang mit den vorgesehenen unzulässigen Benachteiligungsgründen würde ein viel zu weit gefasster Verbotstatbestand geschaffen, der (wie auch in dem Vorschlag vorgesehen) durch Ausnahmen eingeschränkt werden müsste, die sich nicht hinreichend klar formulieren lassen. Dadurch droht eine erhebliche Rechtsunsicherheit (dazu I 3, I 1 a.E. sowie III 2 c)
- Ein Verbot der Benachteiligung aus Gründen der „Weltanschauung“ im allgemeinen Zivilrechtsverkehr ist jedenfalls abzulehnen (dazu unten I 8)
- Die aus anderen Richtlinien bekannte Figur der „mittelbaren Benachteiligung“ passt im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Richtlinie und ihren Diskriminierungsmerkmalen nicht (dazu unten I 5)
- Einer besonderen Bewertung bedarf der Entwurf, soweit es um Benachteiligungen aus Gründen einer Behinderung geht. (dazu unten I 4 sowie III 4)

I. Grundsätzliche Einwendungen

1. Konflikt mit Vertragsfreiheit

Der zweite Erwägungsgrund nennt in einem Atemzug die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und den „Schutz vor Diskriminierung“ als allgemeines Menschenrecht. Gleichzeitig betont der Entwurf (Erwägungsgrund 16) „die Freiheit der Vertragsschließung und die freie Wahl des Vertragspartners für eine Transaktion.“ Diese Freiheit will der Entwurf nach seiner englischen Fassung je-

doch nur natürlichen Personen (Individuals) zuerkennen. Als Menschenrecht ist diese Beschränkung zutreffend. Als Grundsatz der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnungen der europäischen Union jedoch nicht. Diese werden von dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht. Dieser Grundsatz der Vertragsfreiheit ist unvereinbar mit einem angeblichen Menschenrecht auf „Schutz vor Diskriminierung“ in dem Sinne, dass jeder Anspruch gegenüber jedem anderen auf Gleichbehandlung und gleiche Berücksichtigung frei von Differenzierungen ohne sachlichen Grund habe. Tatsächlich gibt es ein solches Menschenrecht auf Gleichbehandlung durch einen anderen im Privatrechtsverkehr nicht.

Die Richtlinie wäre nach ihrer Zielsetzung und ihren möglichen Auswirkungen deshalb ein empfindlicher Eingriff in die Vertragsfreiheit. Einen Beleg dafür, dass ein solcher Eingriff notwendig sei, bleibt der Entwurf schuldig. Insbesondere wird nicht belegt, dass tatsächlich in erheblichem Maße Diskriminierungen vorkommen, die nach der Richtlinie unzulässig wären. Wenn tatsächlich solche Diskriminierungen nicht oder nur vereinzelt vorkommen, kann daraus jedoch nicht gefolgert werden, dass die Richtlinie dann keinen Schaden anrichte. Denn mit dem Instrumentarium der Richtlinie und insbesondere der vorgesehenen Beweislastumkehr müssten Private in Zukunft ihre Entscheidung für die Wahl eines Vertragspartners oder für die Gestaltung der Vertragsbeziehungen mit ihm rechtfertigen.

2. Keine gemeinschaftsrechtliche Kompetenz

Eine Richtlinie gemäß dem Vorschlag wäre bereits gemeinschaftsrechtlich unzulässig, denn:

- der Gemeinschaft fehlt für diese Richtlinie die Regelungskompetenz
- jedenfalls wird eine Kompetenzgrundlage nicht, wie notwendig, genannt
- die Richtlinie genügt nicht den Bestimmtheitsanforderungen
- eine Richtlinie gemäß diesem Vorschlag verstößt gegen den Subsidiaritätsgrundsatz.

2.1 Im Vorschlag für die Gleichbehandlungsrichtlinie ist unter Nr. 3., S. 6 der Begründung, als „Ermächtigungsgrundlage“ (nur) Art. 13 EG-Vertrag aufgeführt. Art. 13 Abs. 1 EG-Vertrag enthält nach seinem Wortlaut jedoch lediglich eine akzessorische Zuständigkeitszuweisung, denn danach kann

„... der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten...geeignete Vorkehrungen treffen, ...“

um Diskriminierungen zu bekämpfen. Art. 13 EG-Vertrag begründet also keine originäre Kompetenzzuweisung an die Gemeinschaft. Der Wortlaut der Norm wird

als so eindeutig betrachtet, dass ein weiterer Rückgriff auf systematische Erwägungen entbehrlich ist.

Jochum, ZRP 1999, 279 ff., 280; *Epiney* in: Callies/Ruffert, EG-Vertrag, 3. Aufl. 2007, Art. 13 Rn. 6; *Zuleeg* in: von der Groeben/Schwarze, EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 13 Rn. 12

Der Anwendungsbereich des Art. 13 EG-Vertrag ist auf die materielle Zuständigkeit der Gemeinschaft beschränkt. Der EG-Vertrag muss daher für ein bestimmtes Sachgebiet hoheitliche Maßnahmen der EG zulassen.

- 2.2** Eine Zuständigkeit der EG ergibt sich auch nicht aus einer Auslegung des Richtlinienvorschlags. Der Richtlinienvorschlag nennt in Art. 3 Abs. 1 bestimmte Anwendungsbereiche wie Gesundheit, soziale Sicherung und sozialer Schutz, Bildung, Zugang zu Konsumgütern und Dienstleistungen, die für die Öffentlichkeit zugänglich sind, einschließlich Wohnraum. Vergleichbare Erwägungen finden sich in Nr. 3 der Begründung des Richtlinienvorschlags (S. 6) sowie vereinzelt in bestimmten Erwägungsgründen (z.B. 11, 16, 18, 20). Ermächtigungsgrundlagen der EG werden in diesem Zusammenhang aber nicht genannt.

Nach Zielsetzung und Inhalt ist die Richtlinie nicht durch die Kompetenzen für vorgenannte Sachgebiete gedeckt.

- 2.3** Selbst wenn sich aus den aufgeführten Bereichen eine Zuständigkeit der EG ergeben sollte – was nicht der Fall ist – würde die Richtlinie dadurch an einem wesentlichen Formmangel leiden. Richtlinien sind nach Art. 253 EG-Vertrag mit Gründen zu versehen.

Die Begründung einer Richtlinie muss die wichtigsten rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen enthalten. Dabei muss die Begründung die Vertragsartikel, auf die die Maßnahme gestützt wurde, richtig benennen.

Callies, in: Callies/Ruffert, EG-Vertrag, 3. Aufl. 2007, Art. 253 Rn. 9;
Schmidt, in: von der Groeben/Schwarze, EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 253 Rn. 2

Der EuGH hält es für erforderlich:

„...dass jede Maßnahme, die rechtliche Wirkungen erzeugen soll, ihre Bindungswirkung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts entnimmt, die ausdrücklich als Rechtsgrundlage bezeichnet sein muss und die Rechtsform vorschreibt, in der die Maßnahme zu erlassen ist.“

- EuGH, Urt. v. 16.6.1993 Rs. C-325/91, Rn. 26; vgl. auch EuGH, Urt. v. 7.7.1981 Rs. 158/80, Rn. 26

Im Richtlinienvorschlag sind andere kompetenzbegründende Vorschriften des EG-Vertrags als Art. 13 EG-Vertrag nicht genannt.

Eine Verletzung der Begründungspflicht ist als eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften im Sinne von Art. 230 Abs. 1 EG-Vertrag zu werten. Ein Be-

gründungsmangel hat in der Regel zur Folge, dass die Maßnahme vom EuGH aufgehoben werden muss.

Callies, in: *Callies/Ruffert*, EG-Vertrag, 3. Aufl. 2007, Art. 253 Rn. 25 f.

2.4 Außerdem verstößt der Richtlinienvorschlag gegen das Bestimmtheitsprinzip. In diesem Zusammenhang verlangt der EuGH, dass eine:

„... belastende Regelung klar und deutlich ist, damit er (Anm. des Verf.: der Verpflichtete) seine Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und somit seine Vorkehrungen treffen kann.“

EuGH, Urt. v. 9.7.1981 Rs. 169/80 Rn. 17; vgl. auch Geiger, EUV EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 220 Rn. 28.

Die unter 3. aufgeführten Kompetenzbereiche decken den Richtlinienvorschlag allenfalls teilweise, wobei die Zuordnung der Regelungsbestandteile der Richtlinie zu den Ermächtigungsgrundlagen unklar bleibt. Insbesondere der in Art. 3 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags definierte Anwendungsbereich ist unklar. Damit ist für die Mitgliedstaaten nicht ersichtlich, in welchem Umfang die Umsetzung zu erfolgen hat.

Der Mangel an Bestimmtheit wird überdeutlich durch die Bestimmung, dass die Richtlinie nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaften übertragenen Zuständigkeiten“ gelten soll. Damit sieht der Vorschlag ausdrücklich davon ab, den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie zu definieren. Die Richtlinie wäre mit dieser Beschränkung auch nicht umsetzbar. Ein nationaler Rechtsakt, der den Anwendungsbereich mit denselben Worten umschreiben würde, wäre für die Praxis der Rechtsanwendung untauglich. Die Richtlinie ist deshalb darauf angelegt, dass sie nur ohne diese Einschränkung und damit in einem über die Kompetenz der Gemeinschaften hinausgehenden Umfang umgesetzt werden kann.

2.5 Der Richtlinienvorschlag ist auch mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht vereinbar. Nach Art. 5 EG-Vertrag darf die Gemeinschaft in Bereichen, die wie hier nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Als Rechtfertigung gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip wird unter Nr. 3 auf S. 6 des Richtlinienvorschlags angeführt: „nur gemeinschaftsweite Maßnahmen können sicherstellen, dass ein Mindeststandard an Schutz vor Diskriminierung ... in allen Mitgliedstaaten gilt“. Diese Begründung setzt voraus, was erst noch zu beweisen wäre, dass nämlich ein solcher Mindeststandard zur Verwirklichung eines der Ziele der Gemeinschaft erforderlich sei. Mit einer solchen Begründung könnte jede Maßnahme der Gemeinschaft gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip gerechtfertigt werden. Wäre dieses Argument ausreichend, hätte das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag keine Funktion mehr.

3. Eigeninteresse der Wirtschaft verhindert unsachgemäße Ungleichbehandlung

In weiten Bereichen des Wirtschaftslebens – wenn nicht in der Regel – kann angenommen werden, dass ein Gewerbebetreibender einen anderen, namentlich einen potentiellen Kunden, aufgrund eines der Diskriminierungsmerkmale nicht wegen einer ablehnenden Haltung gegenüber Personen mit solchen Merkmalen unterschiedlich behandelt, sondern deshalb, weil er meint, damit sein kommerzielles Interesse zu fördern. Das gilt zum Beispiel für den Versicherungs- und Bankensektor, der nach der Begründung Gegenstand einer Vielzahl von Beschwerden über Diskriminierung gewesen sein soll (Begründung unter 2. am Ende). Es ist evident, dass Banken oder Versicherungsunternehmen einen potenziellen Kunden nicht wegen einer Ächtung aufgrund eines der Merkmale anders behandeln als andere Kunden, sondern deshalb, weil sie das Risiko der einzelnen Person oder Personengruppe anders beurteilen. Ein Eingriff in die Freiheit von Banken oder Versicherungsunternehmen, Geschäftsbeziehungen aus einem dieser Gründe abzulehnen oder an andere Bedingungen zu knüpfen als mit anderen Rechtsteilnehmern, mischt sich deshalb in die Kalkulation dieser Unternehmen ein. Daran ändert es nichts, wenn solchen Unternehmen die Möglichkeit gegeben wird, eine unterschiedliche Behandlung zurechtfertigen (Art. 2 Abs. 7 RL-E); das wird unten noch näher ausgeführt werden.

4. Personen mit Behinderungen

Die Benachteiligung von Personen mit Behinderungen wirft besondere Probleme auf.

Es geht einmal darum, soweit möglich Personen mit Behinderungen den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen physisch zu ermöglichen. Das wird unter dem Stichwort der „Barrierefreiheit“ zusammengefasst. Die Ermöglichung des Zugangs kann je nach Art von Gut und Dienstleistung mit besonderen Aufwendungen verbunden sein. Unter welchen Voraussetzungen Gewerbebetreibende verpflichtet sein sollen, solche Vorkehrungen zu treffen, ist Gegenstand von Art. 4 RL-E (dazu unten III 4).

5. Mittelbare Diskriminierung

Wie die anderen Gleichbehandlungs- oder Gleichstellungsrichtlinien verwendet auch der Entwurf dieser Richtlinie den Begriff der mittelbaren Diskriminierung. Er übersieht dabei wesentliche Unterschiede, die sich aus den unterschiedlichen Diskriminierungsmerkmalen ergeben.

- (a) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nur vor, wenn das einzelne Diskriminierungsmerkmal das Motiv der unterschiedlichen Behandlung gibt. Ohne ein solches Motiv erfolgt die unterschiedliche Behandlung nicht „wegen eines der genannten Gründe“. Bei der mittelbaren Diskriminierung ist dies

anders. Der Entwurf anerkennt ausdrücklich, dass „der Urheber“ von der Benachteiligung gar keine Vorstellung haben mag. Dann trifft den „Urheber“ aber nicht das Unwerturteil, das sich mit der (beabsichtigten) Diskriminierung verbindet.

- (b) Die Frage der mittelbaren Diskriminierung stellt sich im Zusammenhang mit den Diskriminierungsmerkmalen der vorgeschlagenen Richtlinie in ganz anderer Weise als etwa bei der mittelbaren Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts dar. Bei Letzterer geht es darum, über Generationen gebildete Gewohnheiten, die an überkommene Vorstellungen über die Rolle der Geschlechter anknüpfen, zu überwinden, soweit sie mittelbar zur Benachteiligung des einen Geschlechts (in der Regel von Frauen) führten. Insoweit bestand und besteht ein positiver Gleichstellungsauftrag, der das Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich macht. Eine vergleichbare Lage ist bei den anderen Diskriminierungsmerkmalen nicht gegeben.
- (c) Die mittelbare Diskriminierung aus anderen Gründen als denen des Geschlechts liegen auf einer anderen Ebene. Beispielsweise kann eine mittelbare Benachteiligung vorliegen:
- aus Gründen des Alters, wenn einer kurz vor dem normalen Ruhestandsalter stehenden Person ein Kredit verweigert wird, den sie nach ihren Vermögensverhältnissen nur aus einem mehrjährigen künftigen Arbeitseinkommen würde tilgen können
 - aus Gründen des Alters, wenn bei bestimmten kommerziell veranstalteten Freizeitprogrammen (Beispiel: Bergwanderungen, Radtouren) körperliche Anforderungen gestellt werden, denen die meisten Menschen ab einem bestimmten Alter nicht gewachsen sind
 - aus Gründen der Religion oder Weltanschauung, wenn ein Restaurant keine Speisen anbietet, die den islamischen oder mosaischen Speisegesetzen genügen, oder auch nur, wenn sie keine vegetarischen Speisen anbieten, weil strenggläubige Muslime, Juden oder Vegetarier in einem solchen Restaurant nicht essen können.

Nach der vorgeschlagenen Richtlinie müsste in jedem einzelnen dieser Fälle die „unterschiedliche Behandlung“ gerechtfertigt werden.

6. Trennung von Recht und Moral

Für die Richtlinie spricht nicht, dass Diskriminierungen, d.h. unterschiedliche Behandlungen, aus einem der in Art. 1 genannten Gründe zu missbilligen sind. Die Trennung von Moral und Recht stellt eine Errungenschaft der Neuzeit dar, die nicht leichtfertig aufgegeben werden sollte. Gegen diese Trennung spricht nicht – wie gelegentlich behauptet –, dass das Recht auch aus moralischen Gründen Grenzen setzt. Entweder geht es dabei um die Erzwingung eines sogenannten ethischen Minimums – was verboten ist, wie Mord oder Totschlag, ist natürlich

auch ethisch zu missbilligen. Oder es geht darum, dass das Recht nicht zur Verfügung steht, ethisch missbilligte Ziele mit Rechtszwang durchzusetzen.

7. Rechtszwang gegen faktische Zugangshindernisse

Ebensowenig lässt sich die Richtlinie damit rechtfertigen, dass der Beschneidung der Vertragsfreiheit auf der einen Seite ein entsprechender Zugewinn an faktischer „Vertragsfreiheit“ auf der anderen Seite gegenüber stehe, sodass sich per Saldo keine Einschränkung der Vertragsfreiheit ergebe (dies ist so gelegentlich vertreten worden). Diese Saldierung verrechnet inkommensurable Größen. Es gibt zahlreiche faktische Vertragshindernisse für den Einzelnen (angefangen mit den Grenzen seiner finanziellen Ressourcen). Eine Minderung solcher faktischen Vertragshindernisse und dadurch faktisch gewonnene Freiräume sonst Benachteiligter lassen sich nicht gegen eine Freiheitsbeeinträchtigung durch staatlich dekretierten Kontrahierungszwang aufrechnen.

8. Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen

Im allgemeinen Zivilrechtsverkehr soll das Diskriminierungsverbot für „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum“ gelten. Es ist unklar, was damit gemeint ist:

- (a) Wenn Güter oder Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, nur solche von echten Massengeschäften sind, also Güter und Dienstleistungen, die in einer Vielzahl von Fällen zur Verfügung stehen und die typischerweise ohne Ansehen der Person verfügbar gemacht werden, so erledigen sich einige der vorstehenden grundsätzlichen Einwendungen. Im Sinne dieses Verständnisses stehen Güter und Dienstleistung nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung, wenn sie (wie beispielsweise die Gewährung eines Kredits) ein bestimmtes Vertrauensverhältnis voraussetzen oder ein Vertrauens- oder Näheverhältnis begründen.
- (b) In Deutschland wird dieses Kriterium „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ allerdings anders verstanden. Danach soll es dafür bereits genügen, dass ein Objekt (wie beispielsweise eine Wohnung) durch Zeitungsinserat zur Vermietung angeboten wird, auch wenn es nur einmal zur Verfügung steht. Die Worte „einschließlich Wohnraum“ in dem Entwurf legen die Richtung dieses Verständnisses nahe.
- (c) Die Richtlinie sollte klarstellen, dass mit „Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, nur solche für echte Massengeschäfte gemeint sind. Für Wohnraum sollte dann eine besondere Regelung getroffen werden, die mit dem anderen Teil dieses Absatzes („die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“) nicht in einer Weise verknüpft ist, welche eine erweiternde Auslegung dieser Formulierung nahelegt.

9. Weltanschauung/Überzeugungen

Zu den unzulässigen Benachteiligungsgründen soll – nach dem deutschen Text des Entwurfs – auch die „Weltanschauung“ gehören. Dieser Begriff im deutschen Wortlaut entspricht offenbar nicht dem Text der Richtlinien in anderen Sprachen, der eher nahelegt, dass von „Überzeugungen“ die Rede ist

siehe dazu *Däubler* NJW 2006, 2608.

Unabhängig von der Begriffsbildung im deutschen Text sollte dieses Kriterium gestrichen werden. Auch dies hängt wiederum von dem Anwendungsbereich ab. Wenn die Richtlinie im allgemeinen Zivilrechtsverkehr nur auf echte Massengeschäfte anwendbar ist, mag auch das Kriterium der Überzeugungen oder der Weltanschauung in der Liste der unzulässigen Benachteiligungsgründe stehen bleiben. Erweitert sich jedoch der Anwendungsbereich gegenüber diesem Vorschlag, so sollte dieses Kriterium gestrichen werden. Denn wenn die Richtlinie auch auf Vertragsverhältnisse Anwendung finden könnte, die ein Mindestmaß an Vertrauen oder Nähe voraussetzen, dann muss es zulässig sein, einen Vertragsabschluss wegen der Überzeugungen der anderen Seite (die bis zum Extremismus reichen können) zu verweigern. Die Rechtsordnung kann den Wirtschaftsteilnehmern nicht verbieten, ihr Vertrauen aus bestimmten Gründen zu verweigern. Ein in Deutschland bekanntes Beispiel dafür betrifft die Frage, ob sich der private Betreiber eines Veranstaltungslokals weigern darf, dieses an eine extremistische Partei (*in casu*: die NPD) zu vermieten.

II. Relevanz für Deutschland

In Deutschland wurde mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ein Diskriminierungsverbot eingeführt, welches im allgemeinen Zivilrechtsverkehr bekanntlich über das bisher gemeinschaftsrechtlich Gebotene hinausging. Gegenüber der Rechtslage in Deutschland würde die Richtlinie deshalb nur folgende Änderungen bringen:

- für den allgemeinen Zivilrechtsverkehr würde auch die Weltanschauung (oder die Überzeugungen) in die Liste der unzulässigen Benachteiligungsgründe aufgenommen
- wenn der Begriff „Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum“ über die Massengeschäfte hinausgeht, würde sich der sachliche Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots gegenüber der jetzigen Rechtslage erweitern
- schließlich würde Art. 4 der Richtlinie und die darin begründete Verpflichtung zu besonderen Vorkehrungen im Sinne einer Barrierefreiheit möglicherweise zu einer Erweiterung der Gebote gegenüber der bisherigen Rechtslage führen.

Die Richtlinie würde freilich noch weiterreichende Folgen für Deutschland haben:

- (a) Mit Verabschiedung der Richtlinie würde Deutschland das Recht verlieren, autonom darüber zu entscheiden, ob es das AGG, soweit dieses über die bisherigen Richtlinien hinausgeht, beibehält oder ändern oder aufheben will.
- (b) Außerhalb des Anwendungsbereichs der bisherigen Richtlinien konnte das deutsche Recht autonom über Sanktionen, Beweislast und dergleichen entscheiden. Wenn und soweit das AGG (wie zum Teil vertreten) in dieser Hinsicht nicht den Vorgaben der Richtlinien (in deren Anwendungsbereich) genügen sollte, wäre die Bundesrepublik aufgrund der jetzt vorgeschlagenen Richtlinie gezwungen, das AGG auch hinsichtlich der von den bisherigen Richtlinien nicht erfassten Diskriminierungsmerkmale zu ändern.

III. Zu den einzelnen Vorschriften

1. Zu Art. 1: Diskriminierungsmerkmale

Auf die Problematik insbesondere des Diskriminierungsmerkmals „Weltanschauung“ und die Diskrepanz zwischen der Bedeutung dieses Wortes im deutschen Text und in den anderen Fassungen des Entwurfs wurde bereits hingewiesen (oben I 8).

2. Zu Art. 2: Verbotstatbestand

- (a) In Absatz 2 (a) sind in der deutschen Fassung die Worte „in einer vergleichbaren Situation“ falsch platziert. Die vergleichbare Situation gehört nicht in den Kontext der aktuellen Behandlung der möglicherweise diskriminierten Person, sondern in die Vergleichslage. Es muss also heißen:

„wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person *in einer vergleichbaren Situation* erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“

- (b) Auf die Problematik der mittelbaren Diskriminierung ist bereits oben hingewiesen worden. Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung in Verbindung mit der Vielzahl der geächteten Benachteiligungsgründe führt zu der Notwendigkeit, praktisch in jedem Fall die Auswahl eines Vertragspartners oder die Gestaltung von Produkten zu rechtfertigen. Dies ist mit unserer Wirtschaftsordnung unvereinbar.
- (c) Gemäß Absatz 7 soll eine „verhältnismäßige Ungleichbehandlung“ bei der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen zugelassen werden dürfen, wenn „die Berücksichtigung des Alters oder einer Behinderung ein zentraler Faktor“ der Risikobewertung ist und diese auf „relevanten und exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten“ beruhen.

Angesichts des viel zu weit gefassten Verbots der Absätze 1 und 2 des Art. 2 ist diese Ausnahme zweifellos notwendig. Sie ist aber ihrerseits viel zu eng. Zu eng ist bereits die Beschränkung auf Alter und Behinderung. Auch andere der in Art. 1 genannten Merkmale können Einfluss auf die Ri-

sikoeinschätzung haben. Es kann auch nicht darauf ankommen, ob die Berücksichtigung des Alters oder einer Behinderung ein „zentraler Faktor“ der Risikobewertung ist, und ebenso wenig kann es darauf ankommen, ob die Risikobewertung auf „relevanten und exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten“ beruht. Wie oben (I 3) dargelegt, bedarf es eines Diskriminierungsverbotes für Finanzdienstleistungen überhaupt nicht, weil keinerlei Grund für die Annahme besteht, dass die Erbringer von Finanzdienstleistungen aus einem der in Art. 1 genannten Gründe diskriminieren. Wenn sie aus solchen Gründen differenzieren, so nur deshalb, weil sie aus Gründen des Alters, einer Behinderung, (möglicherweise auch der sexuellen Ausrichtung) Risiken unterschiedlich bewerten.

Nach der Richtlinie müssten sich die Mitgliedstaaten in die Risikoeinschätzung der Finanzdienstleister einmischen und diese überprüfen. Die Beschränkung auf „zentrale Faktoren“ wäre dabei ganz unsachgemäß. Es muss genügen, wenn (zum Beispiel für die Kranken- und Lebensversicherung) Alter oder Behinderung oder auch sexuelle Ausrichtung (man denke nur an die anfängliche Konzentration von Aids-Fällen auf männliche Homosexuelle) überhaupt eine Rolle für die Risikoeinschätzung spielen kann. Auch das Erfordernis „relevanter und exakter versicherungsmathematischer oder statistischer Daten“ ist fehl am Platze. Dieses Erfordernis würde es den Finanzdienstleistern unmöglich machen, bei neu auftretenden Risikoarten zu reagieren, bis verlässliche statistische Daten vorliegen. Außerdem könnte ein Finanzdienstleister nach dieser Bestimmung Differenzierungen in seiner Tarifstruktur nur rechtfertigen, wenn er Einzelheiten seiner Risikobewertungsgrundlagen preisgibt. Diese können unter Umständen durchaus die Qualität eines Betriebsgeheimnisses haben.

In all diesen Fällen muss es deshalb genügen, wenn der Finanzdienstleister das Alter, die Behinderung oder die sexuelle Ausrichtung überhaupt für einen relevanten Risikofaktor hält, sofern dieser nicht offensichtlich vorgeschoben ist.

3. Zu Art. 3: Anwendungsbereich

- (a) Zu Absatz 1 (d) und dem Begriff der „Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum“ wird auf die Ausführung oben I 7 verwiesen.
- (b) In dem eben genannten Bereich (Absatz 1 (d)) soll die Richtlinie für Einzelne nur insoweit gelten, als sie „ihre berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausüben“. Im Einklang mit der sonstigen Abgrenzung zwischen Verbrauchern und Unternehmern sollte klargestellt werden, dass nur die „selbständige berufliche Tätigkeit“ betroffen ist.
- (c) Nach Absatz 2 sollen einzelstaatliche Gesetze über ... „reproduktive Rechte“ unberührt bleiben. Der Begriff ist, soweit ersichtlich, bisher in der Gesetzes- und Richtlinien-sprache nicht verwendet. Man kann nur ahnen,

dass damit das Fortpflanzungsverhalten gemeint sein soll. Inwiefern diese von der Richtlinie betroffen sein könnten, ist freilich unklar. Es sollte eine Begrifflichkeit gewählt werden, die deutlich macht, wovon die Rede ist.

4. Zu Art. 4: Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen

- 4.1** Diese Vorschrift richtet sich nicht gegen Diskriminierungen aufgrund von Vorurteilen oder Intoleranz, sondern verlangt positive, auch mit Kosten verbundene, Maßnahmen. Die Vorschrift kann deshalb zu ihrer Rechtfertigung nicht auf ein allgemeines Toleranzgebot oder Unwerturteil gegenüber Diskriminierungen zurückgreifen. Sie gehört in den Bereich der Daseinsvorsorge und der Anforderungen an die barrierefreie Ausgestaltung insbesondere von „Gütern und Dienstleistungen die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum“ und damit mittelbar der Verteilung der damit verbundenen Kosten auf alle, die solche Güter und Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Wegen der mit entsprechenden Vorkehrungen verbundenen Kosten ist für diese Vorschrift der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Richtlinie oder jedenfalls des Art. 4 nochmals zu überprüfen.
- 4.2** Eine inhaltliche Stellungnahme zu Art. 4 fällt deshalb schwer, weil die Vorschrift sprachlich so missglückt ist, dass nicht klar ist, was damit überhaupt gemeint ist.
- (a) Die erforderlichen Maßnahmen „sollten“ (im englischen Text „should“) „keine unverhältnismäßige Belastung bedeuten und keine grundlegende Veränderung...erfordern“ (Art. 4 Abs. 1 (a) S. 2). Dabei ist unklar, ob das Wort „sollten“ eine Vermutung ausdrückt oder Teil dessen ist, was den Mitgliedstaaten durch die Richtlinie vorgeschrieben werden soll. Letzterenfalls wäre der Satz mit dem Prinzip unvereinbar, dass die Richtlinie lediglich einen Mindeststandard vorgeben soll (Art. 6 Abs. 1 des Entwurfs). Gemeint ist also offenbar eine Einschränkung des Gebotes an die Mitgliedstaaten: Sie brauchen keine Vorkehrungen vorzuschreiben, die eine „unverhältnismäßige Belastung bedeuten oder eine grundlegende Veränderung... erfordern“ würden. Das sollte entsprechend klargestellt werden.
- (b) Gänzlich unverständlich ist Art. 4 Abs. 1 (b). Der DAV vermutet, dass der Regelungsgehalt des Absatzes (b) darauf gerichtet sein soll, „im konkreten Fall“ (im Unterschied zu dem in Absatz (a) vorgeschriebenen allgemeinen im Voraus zu treffenden Vorkehrungen) angemessene Vorkehrungen zu treffen. Ist dieses Verständnis richtig, dann dürfen die Worte „wenn im konkreten Fall erforderlich“ nicht, wie im Entwurf (sowohl in der deutschen wie in der englischen Fassung) als Gegenstand der bereits vorausgesetzten Pflicht aufgeführt werden. Vielmehr sind sie in den Teil des Absatzes zu stellen, der das Gebot enthält. Hinzu kommt, dass Absatz (b) nach dem Aufbau des ganzen Absatzes Teil des Einleitungssatzes von Absatz 1 ist. Der Absatz müsste deshalb insgesamt wie folgt umformuliert werden:

- „ 1. Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten,
- (a) ...
 - (b) ist unbeschadet der Pflicht, den effektiven diskriminierungsfreien Zugang zu gewährleisten, wenn erforderlich für angemessene Vorkehrungen im konkreten Fall zu sorgen, es sei denn, dies würde eine unverhältnismäßige Belastung bedeuten.“

Entsprechend müsste der englische Text wie folgt lauten:

“(b) Notwithstanding the obligation to ensure effective non-discriminatory access, reasonable accommodation shall be provided, where needed, in a particular case, unless this would impose a disproportionate burden.”

(c) Es wird außerdem darauf hingewiesen, dass nach dem deutschen Wortlaut der Absatz (b) mit dem ersten Wort „unbeschadet“ eine Erweiterung der Verpflichtung bringt, während der englische Wortlaut mit dem ersten Wort „notwithstanding“ (ungeachtet, trotz) eine Einschränkung zu bringen scheint. Das Verhältnis zwischen Absatz (b) und Absatz (a) sollte deshalb klargestellt werden.

(d) Schließlich ist unklar, was mit dem „konkreten Fall“ in Absatz 1 (b) gemeint ist und unter welchen Voraussetzungen (wenn das so gemeint ist) im Einzelfall für eine bestimmte Person mit Behinderung besondere Vorkehrungen zu treffen sind (wenn damit nicht die allgemeine Verfügbarkeit zum Einsatz im konkreten Fall, wie etwa für Rollstuhlfahrer auf Flughäfen gemeint ist).

4.3 Das Gebot des Art. 4 ist doppelt eingeschränkt insofern, als es nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung führen und keine grundlegende Veränderung der angebotenen Leistungen erfordern soll. Die aufgrund dieser offenen und unbestimmten Begriffe zu erwartende Rechtsunsicherheit wird nicht wesentlich dadurch gemindert, dass Absatz 2 Kriterien für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit einer Belastung vorgibt.

(a) Die Frage der Unverhältnismäßigkeit stellt sich ganz anders, wenn ein Objekt (wie beispielsweise eine Wohnung) nur einmal zur Verfügung steht, als wenn die Leistungen (Güter oder Dienstleistungen) in einer Vielzahl von Fällen zur Verfügung stehen. Im ersten Fall wäre es unangemessen, wenn das Angebot von vornherein behindertengerecht ausgestaltet werden müsste, damit es auch von einem Behinderten angenommen werden kann. Im letzteren Fall (Verfügbarkeit in einer Vielzahl von Fällen) ist dies wesentlich leichter vorzusehen. Wenn der erste Fall nicht ohnehin aus dem Anwendungsbereich ausscheidet (siehe oben I 8) muss jedenfalls klar sein, dass solche Fälle dann über das Kriterium der Unverhältnismäßigkeit oder deshalb ausgenommen werden, weil sie eine „grundlegende Änderung“ des Angebots erfordern würden.

- (b) Sinnvolles Kriterium für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sollte sein, ob der Anbietende die durch die Vorkehrungen entstehenden Mehrkosten durch entsprechende Preisgestaltung auf alle Bezieher der fraglichen Güter oder Dienstleistungen umlegen kann, ohne dadurch seine Wettbewerbsfähigkeit zu verlieren. Als Beispiel kann an ein kleines Restaurant gedacht werden, in dem nicht genügend Platz zum Manövrieren eines Rollstuhls ist. Wenn der Betreiber genügend Platz nur dadurch schaffen kann, dass er entweder kostspielige Umbaumaßnahmen trifft oder die Anzahl der Tische und Sitzplätze in einem Maße reduziert, dass die Raumkosten nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu dem verbleibendem Sitzplatzangebot stehen, sollte der Aufwand als unverhältnismäßig gelten.
- (c) Das eben genannte Beispiel mag das Maß der Unsicherheit verdeutlichen. Grundsätzlich müssen die Mitgliedstaaten berechtigt sein, die Kriterien für die Abwägung so festzulegen, dass im Normalfall der Wirtschaftsteilnehmer selbst beurteilen kann, ob er zu entsprechenden Vorkehrungen verpflichtet ist oder nicht. Und solche Vorgaben müssen auf einem Niveau möglich sein, welches die mit den Vorkehrungen verbundenen Kosten in angemessenen Grenzen hält
Nur mit konkreteren Vorschriften ist es den Mitgliedstaaten möglich einigermassen Rechtsklarheit zuschaffen.
- (d) Bei der Abwägung sollen nach dem Entwurf (Art. 4 Abs. 2) auch die „möglichen Vorteile eines verbesserten Zugangs für Menschen mit Behinderungen berücksichtigt“ werden. Der DAV versteht dies dahin, dass die Existenz und Zumutbarkeit alternativer Angebote mit behindertengerechtem Zugang zu berücksichtigen ist.
- (e) Insgesamt bedarf es der Klarstellung, welches Ausmaß und welchen Inhalt die Verpflichtung der Mitgliedstaaten hat, den Schutz von Behinderten aktiv zu fördern. Es sollte dabei im Bewusstsein bleiben, dass der Schutz von Menschen mit Behinderungen primär Aufgabe des Staates ist, der seine Aufgaben nicht beliebig auf Private übertragen darf.

4.4 Besonders konkretisierungsbedürftig ist die Grenze des unverhältnismäßigen Aufwands oder der grundlegenden Veränderung des Angebots bei Wohnraum. Hier sollte eine klare Vorgabe gemacht werden und zwar in doppelter Weise: Vorkehrungen bestimmter Art sollten

- nur für neu geschaffenen Wohnraum und
- nur bei einer bestimmten Mindestanzahl von Mietobjekten im Gebäude

geboten sein. Vorbild könnte der New Yorker Fair Housing Act sein, der für den Neubau von Mehrfamilienhäusern ab einer Größe von vier Wohneinheiten eine behindertengerechte Ausgestaltung vorschreibt.

Es sollte nicht erforderlich sein, bereits errichtete Gebäude umzubauen. Nicht überall ist ein solcher Umbau überhaupt möglich. Und auch wo er implizit mög-

lich wäre, besteht oft ein legitimes Interesse daran, von kostspieligen Umbaumaßnahmen absehen zu dürfen, um Kosten, die im Ergebnis von der Gesamtheit der Mieter zu tragen wären, zu vermeiden oder gering zu halten. Es könnte auch daran gedacht werden, gewerbliche Vermieter dazu zu verpflichten, einen bestimmten Prozentsatz der von ihnen angebotenen Mieteinheiten behindertengerecht auszugestalten und solche Wohneinheiten vorrangig an Behinderte zu vermieten – woraus sich jedoch auch wieder Schwierigkeiten ergeben würden, wenn im Zeitpunkt der Vermietung unter den Interessenten für das konkrete Angebot kein Behinderter ist.

5. Zu Art. 7: Rechtsschutz

Diese Vorschrift unterscheidet sich in einer Hinsicht von den entsprechenden Vorschriften der früheren Antidiskriminierungsrichtlinien. Gemäß Art. 7 Abs. 2 sollen Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen

„die ein legitimes Interesse daran haben, für die Einhaltung ...zu sorgen“

die in Art. 7 Abs. 2 bestimmten Rechte haben. In den früheren Richtlinien lautete die entsprechende Formulierung

„die gemäß den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben...“.

Damit war klargestellt, dass die Mitgliedstaaten berechtigt waren, genauere Kriterien zur Qualifikation derjenigen festzulegen, die in der vorgesehenen Weise tätig werden können. Der jetzt vorliegende Vorschlag enthält diese Worte nicht. Dieses Recht, die genaueren Kriterien festzulegen, sollten die Mitgliedstaaten haben, weshalb die Richtlinie in diesem Punkt den früheren Richtlinien angepasst werden sollte.

6. Zu Art. 8: Beweislast

Diese Vorschrift entspricht derjenigen in den früheren Antidiskriminierungsrichtlinien. Sie würde jedoch aufgrund der vorgeschlagenen Richtlinie in einem wesentlich weiteren Bereich zur Anwendung kommen. In diesem erweiterten Bereich bedarf eine Regelung dieser Art der erneuten Prüfung und Rechtfertigung. Gerade weil jeder Mensch Träger nahezu aller der genannten Merkmale ist, besteht die Gefahr, dass bei jeder beliebigen Differenzierung oder Ablehnung eines Vertragsverhältnisses später geltend gemacht werden kann, diese Differenzierung oder Ablehnung sei aus einem der in Art. 1 verpönten Gründe erfolgt. Je nach Sachlage und Voraussetzungen der Beweislastumkehr (darüber siehe unten 6.3) wird der Anspruchsteller auch möglicherweise ohne Schwierigkeiten die erforderlichen Indiztatsachen für die Umkehr der Beweislast dartun können, mit der Folge, dass der Anspruchsgegner eine oft unerfüllbare Beweislast zu tragen hätte. Das wäre mit den allgemeinen Grundsätzen der Waffengleichheit im Prozess unvereinbar. Es ist auf der Grundlage der Erweiterung der Diskriminierungsmerkmale/des sachlichen Anwendungsbereichs des Verbots zu prüfen, ob und wo überhaupt ein Bedarf für eine Beweislastumkehr besteht. Dabei ist auch zu be-

rücksichtigen, welche Beweishilfen ein Anspruchsteller ohnehin nach dem nationalen Verfahrensrecht hat – in Deutschland etwa durch Vorlageanordnungen und die Folgen ihrer Verweigerung gemäß § 142, 427 ZPO.

- 6.1 Die erste Frage ist, ob überhaupt eine ungleiche Behandlung erfolgte. Die Art, wie der Anspruchsteller behandelt wurde und wie die Vergleichspersonen tatsächlich behandelt wurden oder behandelt werden, betreffen den objektiven Sachverhalt. Es gibt keinen Grund, insoweit Beweiserleichterungen für denjenigen zu schaffen, der sich zu Unrecht benachteiligt fühlt.
- 6.2 Steht eine unterschiedliche Behandlung fest, so kommt es darauf an, ob diese aus einem der in Art. 1 genannten Gründe erfolgte. Insoweit ist zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung zu differenzieren.
- (a) Die unmittelbare Diskriminierung setzt die Motivation des Handelnden voraus, gerade wegen des einzelnen Diskriminierungsmerkmals zu unterscheiden. Dieser subjektive Tatbestand bei dem Handelnden wird für den Benachteiligten oft nicht nachweisbar sein. Insoweit ist eine Umkehr der Beweislast im Grunde sachgerecht. Es kommt dann jedoch immer noch auf die Voraussetzungen der Umkehr und die Möglichkeiten zur Entkräftung der Vermutung an.
- (b) Dies gilt nicht bei einer mittelbaren Diskriminierung. Diese setzt keine entsprechende Motivation bei dem Handelnden voraus. Zwar hat der Gerichtshof in der Sache Nikoloudi (C-196/02 Rn. 75) die Umkehr der Beweislast auch auf die mittelbare Diskriminierung angewandt. Nach dem von dem Gerichtshof beurteilten Sachverhalt stand jedoch fest, dass durch bestimmte Regelungen ausschließlich Frauen betroffen waren. Es ging also nicht um die Beweislast hinsichtlich der Benachteiligung, sondern um die Rechtfertigung einer nur Frauen betreffenden Regelung.
- 6.3 Die Richtlinie sollte klarstellen, welches Element der behaupteten Diskriminierung unter welchen Voraussetzungen vermutet wird. Der deutsche Wortlaut des Entwurfes verwendet – wie die früheren Richtlinien – die Formulierung, dass Personen, die sich benachteiligt fühlen, „Tatsachen glaubhaft machen“. Der englische Text verwendet die Formulierung „establish facts“; entsprechend lautet die französische Formulierung in den früheren Diskriminierungsrichtlinien „établit...des faits“. Es sollte klargestellt werden, was mit diesen Formulierungen gemeint ist. Die Formulierung „Tatsachen glaubhaft machen“ bedeutet im nationalen deutschen Recht:
- ein geringeres Maß des Beweises (es genügt dafür die überwiegende Wahrscheinlichkeit statt wie sonst die volle Überzeugung des Gerichts) und
 - die Zulässigkeit von Beweismitteln (eidesstattliche Versicherungen), die im regulären Verfahren nicht als Beweismittel zugelassen sind

Jedenfalls der englische Text scheint insoweit von dem deutschen abzuweichen. Ein „established fact“ ist eine feststehende (also unstrittige oder bewiesene) Tatsache. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit würde dafür nicht ausreichen.

Klarzustellen ist auch, welches Maß an Beweis (und ggf. mit welchen Beweismitteln) für die Tatsachen zu erbringen ist, die dann die Diskriminierung vermuten lassen. Die Art der zugelassenen Beweismittel sollte sich nach dem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht und der Art des gewählten Verfahrens richten.

Klarzustellen ist ferner, ob nur die Motivation (mit der Folge der Beweislastumkehr) vermutet wird oder auch bereits die Benachteiligung, d.h. die ungleiche Behandlung.

6.4 Schließlich ist klarzustellen, unter welchen Voraussetzungen die Vermutung gilt und was für ihre Entkräftung oder Widerlegung der Vermutung erforderlich ist.

(a) Wenn die Beweislastumkehr bereits auf der Grundlage glaubhaft gemachter (und nicht bewiesener) Tatsachen eingreifen soll, muss es jedenfalls genügen, diese sogenannten Indiztatsachen zu widerlegen oder auch nur ihre überwiegende Wahrscheinlichkeit zu erschüttern. Dann entfällt die Voraussetzung für die Vermutung

(b) Außerdem sollte es genügen, wenn die Vermutung entkräftet, also die Indizeignung der feststehenden Indiztatsachen widerlegt wird, indem die Indiztatsachen in einer Weise erklärt werden, welche ihnen die Indizwirkung nimmt

Beispiel: Einem Interessenten, der erkennbar hinsichtlich eines der in Art. 1 genannten Merkmale einer Minderheit angehört, wird eine Absage mit der Begründung erteilt, die angebotene Leistung sei bereits anderweitig vergeben. Später wird ein Vertrag über diese Leistung mit einer Person abgeschlossen, die sich nachweisbar erst nach dem erfolglosen Interessenten beworben hat. Die für die Ablehnung gegebene Begründung war also offenbar unwahr. Das legt zunächst eine Diskriminierung nahe. Zur Entkräftung der Vermutung und zur Vermeidung der Beweislastumkehr muss aber der Nachweis genügen, dass tatsächlich die Leistung an einen anderen zugesagt war, der dann aber seinerseits zurückgetreten ist. Die für die Ablehnung des Angebots gegebene Begründung war dann doch wahr. Für die Vermutung einer Diskriminierung besteht dann keine Grundlage mehr.

Das Beispiel zeigt erneut, dass sich auch bei der Beweislastumkehr die Probleme verschärfen, wenn im Zivilrechtsverkehr die Richtlinie nicht auf Massengeschäfte beschränkt ist.

(c) Weiterhin muss der Beweis zulässig sein, dass die unterschiedliche Behandlung nicht wegen des Diskriminierungsmerkmals, sondern aus einem anderen Grund, und sei er auch unsachlich, erfolgte. Das Grundrecht auf willkürliche und unsachliche Entscheidungen sollte durch die Richtlinie

nicht beschränkt werden, soweit die Unsachlichkeit nicht gerade darin liegt, dass aus einem der in Art. 1 genannten Gründe die Benachteiligung erfolgt.

- (d) Schließlich muss der Beweis der Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung offenstehen.

Die Richtlinie sollte all dies klarstellen. Die Diskussion um die bisherige Beweislastregelung, jedenfalls in Deutschland, hat gezeigt, dass der pauschale Text, wie er in dem Entwurf vorgesehen ist und wie er in den früheren Richtlinien enthalten war, zu viele Fragen offen lässt. Es sollte nicht der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs überlassen bleiben, was die Richtlinie zu all diesen Fragen besagen sollte.

7. Zu Art. 11: Dialog mit einschlägigen Interessengruppen

Soweit die Mitgliedstaaten verpflichtet werden sollen, den Dialog mit „einschlägigen Interessengruppen“ (insb. NGOs) zu begünstigen, findet sich bereits eine ähnliche Vorschrift in Art. 14 der Richtlinie 2000/78/EG. Die Veränderung der Tatbestandsmerkmale „einschlägigen Interessengruppen“ statt „jeweiligen Nichtregierungsorganisationen“ und einem „legitimen Interesse“ statt „rechtmäßigen Interesse“ ist ohne Bedeutung, weil die Dialogpflicht auch nach dem Entwurf nur im Rahmen der nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten bestehen soll.

Allerdings fragt sich ganz grundsätzlich, ob in einem Europa der entwickelten Demokratien eine derartige Regelung sinnvoll ist. Warum soll Gemeinschaftsrecht noch eine so diffuse Dialogverpflichtung begründen, die einer Demokratie ohnehin immanent ist? Art. 11 dürfte im Übrigen nicht justiziabel sein, so dass er als Regelung keinen Sinn hat.

8. Zu Art. 12: Mit der Förderung der Gleichbehandlung befasste Stellen

Art. 12 schreibt die Regelung des Art. 13 der Richtlinie 2000/43/EG zu den Gleichstellungsstellen fort. In Zeiten der angemahnten „Entbürokratisierung“ ist die Schaffung von weiteren Beauftragten und sonstigen Stellen fragwürdig. Auch fragt es sich, warum die Europäische Union den Mitgliedstaaten verpflichtend die Schaffung von Gleichbehandlungsbehörden auferlegen soll. Der DAV hält es für ausreichend, wenn es in das Belieben der Unionsstaaten gestellt wird, ob und wie sie staatliche Stellen einrichten.

Von weit größerer Bedeutung ist in tatsächlichen Diskriminierungsfällen der effektive Rechtsschutz für den Betroffenen. Das ist nur durch ein zureichendes Prozesskostenhilfesystem möglich. Unabhängige Regierungsstellen sind oft ein unzureichendes Instrument, wenn der Betroffene sich nicht den nötigen Rechtsschutz leisten kann. Insoweit wird angeregt, auf verpflichtende Gleichbehandlungsbehörden zu verzichten und auf Unionsebene die Gewährleistung effektiven Rechtsschutz durch Prozesskostenhilfe, wenn auch an derer Stelle als in der in Angriff genommenen Richtlinie, zu verfolgen.

9. Zu Art. 13: Einhaltung

Die Vorschrift findet sich ähnlich in Art. 16 der Richtlinie 2000/78/EG, ist aber sprachlich prägnanter gefasst. Angesichts des erweiterten Regelungsbereichs des Art. 3 des Richtlinienentwurfs wird die Tragweite der Vorschrift erhöht. Weil sich bei Gleichheitsrechten zugleich das Problem der Konkordanz zu Freiheitsrechten stellt, ist es sinnvoll, dies auch in Art. 13 niederzulegen. Der DAV schlägt eine Verweisung auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union vor:

„Die Mitgliedsstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz bei gleichzeitig ausreichender Beachtung der Freiheitsrechte aus dem Kapitel II. der Charta der Grundrechte der Europäischen Union beachtet wird; insbesondere ist sicherzustellen, dass ...“

10. Zu Art. 14: Sanktionen

Nach dieser Vorschrift legen die Mitgliedstaaten die Sanktionen für einen Verstoß gegen die Vorschriften fest, die zur Umsetzung der Richtlinie erlassen werden. Insofern sollte folgendes geregelt oder klargestellt werden:

10.1 Zivilrechtliche Sanktionen, die die folgenden Punkte beachten, sind hinreichend. Dabei kommen insbesondere in Betracht:

- Beseitigung
- Schadensersatz in der Form der Naturalrestitution
- Ersatz für materielle Schäden (Vermögensschäden) in Geld
- Entschädigung für immaterielle Schäden.

Die Beseitigung wird oft mit Schadensersatz in Form der Naturalrestitution zusammenfallen. Diese Form der Beseitigung oder Restitution setzt aber den Nachweis voraus, dass ohne die Diskriminierung der verweigerte Vertrag abgeschlossen worden wäre oder der tatsächlich abgeschlossene Vertrag zu anderen Bedingungen abgeschlossen worden wäre. Mindestens der erste Beweis wird in der Regel nicht zu führen sein. Schon deshalb wird im Regelfall eine Sanktion in der Form der Beseitigung oder der Naturalrestitution (durch Abschluss des verweigerten Vertrages) nicht in Betracht kommen. Die Mitgliedstaaten sind jedenfalls nicht gehalten, eine solche Sanktion vorzusehen.

Es verbleiben dann Ansprüche auf Geldersatz oder Geldentschädigung. Bei dem Anspruch auf Ersatz eines materiellen Schadens wird sich oft die Beweisfrage in der gleichen Weise stellen. Der Anspruchsteller hat Anspruch auf Ersatz der Vorteile, die er aus dem verweigerten Vertrag hätte, nur dann, wenn er nachweisen kann, dass ohne Diskriminierung der Vertrag mit ihm zustandegekommen wäre.

10.2 Nach dem Entwurf müssen die Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“. Das entspricht den früheren Antidiskriminierungsrichtlinien und

der Rechtsprechung des EuGH auch für andere Richtlinien, in denen ein solches Sanktionserfordernis nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Jedoch sollte dies im Kontext der hier vorgeschlagenen Richtlinie überdacht und anders geregelt werden.

- (a) Wirksame und vor allem abschreckende Sanktionen sind nur dann sachgerecht, wenn das Verbot hinreichend klar abgegrenzt ist. Dieser Voraussetzung genügt die Richtlinie nicht und können auch die zu ihrer Umsetzung zu erlassenden nationalen Rechtsvorschriften nicht genügen.
 - (i) Wenn der sachliche Anwendungsbereich nicht eindeutig abgegrenzt wird und es bei der Formulierung „im Rahmen der auf die Gemeinschaften übertragenen Zuständigkeiten“ verbleibt, ergibt sich schon hieraus eine Rechtunklarheit, die einem Erfordernis abschreckender Sanktionen zwingend entgegensteht.
 - (ii) Auch abgesehen davon ist, gerade wegen der Vielzahl der verpönten Differenzierungsgründe, der Verbotstatbestand (oder im Fall des Art. 4: das Gebot) so weit gefasst, dass notwendig unscharfe Ausnahmereiche bestehen. Solange es dem Richtliniengeber und dem nationalen Gesetzgeber nicht gelingt, eindeutige Tatbestände mit eindeutig abgegrenzten Ausnahmen vorzusehen, ist eine Sanktion, die dem Ziel der Abschreckung verpflichtet ist und deshalb über die Beseitigung oder den Ersatz des tatsächlichen Schadens hinausgeht, mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren.
 - (iii) Unabhängig hiervon ist es mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren, eine über den Schadensausgleich hinausgehende und an Abschreckungskriterien orientierte Rechtsfolge auf der Grundlage eines (mittels Beweislastumkehr) vermuteten Rechtsverstoßes zu verhängen.
 - (iv) Vollends unvereinbar mit rechtsstaatlichen Grundsätzen ist eine um der Abschreckung willen verhängte oder bemessene Sanktion für vermutete aber nicht bewiesene Verstöße gegen eine Rechtsnorm, die wegen der zahlreichen Unklarheiten nicht den Bestimmtheitsanforderungen an strafähnliche Sanktionen genügt.
- (b) Angesichts der Rechtsprechung des EuGH genügt es nicht, wenn in Art. 14 das Wort „abschreckend“ gestrichen wird. Vielmehr sollte die Richtlinie ausdrücklich bestimmen, dass Sanktionen, die auf Beseitigung und Ersatz des tatsächlichen Schadens gerichtet sind, genügen.

10.3 Soweit es um Schadensersatz geht, stellt sich die weitere Frage, ob eine Schadensersatzpflicht von einem Verschulden abhängig gemacht werden darf. Der EuGH hat dies in der Sache Draehmpaehl verneint

EuGH, Rs. C-180/95, NJW 1997, S. 1839.

Es sollte ausdrücklich bestimmt werden, dass die Mitgliedstaaten ihrer Sanktionspflicht genügen, wenn sie eine Geldentschädigung vorschreiben und diese

von einem Verschulden abhängig machen. Dafür sprechen vor allem folgende Gründe:

- (a) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nur vor, wenn die Benachteiligung wegen des in Art. 1 genannten Merkmals erfolgt. Das impliziert Vorsatz und scheint insoweit unproblematisch. Jedoch kann der Handelnde irrtümlich annehmen, zu der unterschiedlichen Behandlung berechtigt zu sein. Dieser Irrtum kann beruhen auf:
- der unrichtigen Annahme von Tatsachen oder
 - der unrichtigen Bewertung von Tatsachen, dahin, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

Jedenfalls wenn der Irrtum nicht verschuldet ist, sollte eine Entschädigungspflicht nicht vorgeschrieben sein. Sie hätte zur Folge, dass die Wirtschaftsteilnehmer in nicht eindeutigen Fällen vorsichtshalber von einer unterschiedlichen Behandlung absehen müssten, wenn sie das Risiko einer Schadensersatzpflicht vermeiden wollen. Die Richtlinie würde damit mehr bewirken als sie will.

- (b) Erschwerend hinzu kommt die Beweislastumkehr gemäß Art. 8 des Entwurfs. Diese bedeutet im Zusammenhang mit einer vermuteten unmittelbaren Diskriminierung die Vermutung des Tatbestandes und des Verschuldens. Das ist auch für lediglich kompensatorische Rechtsfolgen problematisch.
- (c) Bei mittelbaren Diskriminierungen potenzieren sich die Probleme. Denn hier ist schon möglich, dass der Handelnde den Benachteiligungseffekt gar nicht erkannte. Wenn dies nicht auf Fahrlässigkeit beruht, muss eine Schadensersatzhaftung ausgeschlossen sein. Eine Sanktion für nicht erkennbare Benachteiligungen ist weder wirksam noch abschreckend, sondern nur unverhältnismäßig.

Aber auch wenn der Benachteiligungseffekt der Vorschriften, Kriterien oder Verfahren erkannt wird, kann es an einem Verschulden fehlen, nämlich dann, wenn der Handelnde entschuldbar unrichtig annimmt, die von ihm angewandten Vorschriften, Kriterien oder Verfahren seien durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt. Im Fall des Art. 4 (Barrierefreiheit) gilt das erst recht wegen der Unbestimmtheit der dort vorgesehenen Abwägung, und zwar auch dann, wenn den Mitgliedstaaten, wie oben vorgeschlagen, das Recht eingeräumt wird, durch konkretisierende Vorschriften mehr Rechtsklarheit zu schaffen. Eine Sanktion für eine unrichtige aber entschuldbare Einschätzung der Lage wäre unangemessen.

- 10.4** Wenn eine Beseitigung der Diskriminierung (wegen Zeitablaufs, anderer Vergabe des Objektes oder mangels des in Nr. 10.1 genannten Nachweises) nicht möglich ist, kann erwogen werden, eine Entschädigung (auch für immaterielle Schäden) vorzusehen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Festlegung einer immateriellen Entschädigung in solchen Fällen eher symbolischen Charakter hat

und, vielleicht, einer Genugtuungsfunktion dienen kann. Eine symbolische Entschädigung anstelle einer (im Prinzip verschuldensunabhängigen Beseitigung) könnte auch verschuldensunabhängig erwogen werden. Da es keine objektivierbaren Kriterien zur rationalen Bemessung einer Entschädigung für immaterielle Schäden gibt, ist es durchaus sachgemäß, wenn die nationalen Gesetzgeber dem damit gegebenen Ermessen der Richter durch die Festlegung von Höchstbeträgen Grenzen setzen. Solche Begrenzungen für immaterielle Schäden sollten deshalb ausdrücklich zugelassen werden.