

Berlin, im Februar 2005
12/05
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme
des Deutschen Anwaltvereins e.V.
durch den Zivilrechtsausschuss

zum Entwurf
der Bundestagsfraktion von SPD und Bündnis 90/Die Grünen
für ein Gesetz zur Umsetzung
europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien
bezüglich des Anwendungsbereichs im allgemeinen Zivilrechtsverkehr
- Bundestag-Drucksache 15/4538 vom 16.12.2004 -

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen
Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska
Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert
Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz
Rechtsanwalt Dr. Gottfried Raiser
Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz (BGH)

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Udo Henke

Verteiler:

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Innenausschuss des Deutschen Bundestages
Finanzausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft des Deutschen Bundestages
Verteidigungsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Gesundheit und Soziale Sicherung des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Kommission des Deutschen Bundestages
Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Tourismus des Deutschen Bundestages
Bundesministerium der Justiz
Bundestagsfraktion der SPD
Bundestagsfraktion der CDU/CSU
Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen
Bundestagsfraktion der FDP
Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen im Deutschen Bundestag
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
Bundesnotarkammer, Köln
Deutscher Notarverein e.V., Berlin
Deutscher Richterbund e.V., Berlin
Deutscher Steuerberaterverband, Berlin
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
Zentralverband des Deutschen Handwerks/ZDH, Berlin
Zentralverband Deutsches Baugewerbe/ZDB, Berlin
Deutscher Industrie- und Handelstag/DIHT, Berlin
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.

Diese Stellungnahme finden Sie auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins unter: <http://www.anwaltverein.de/03/05/index.html>.

Vorbemerkung

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der Berufsverband der deutschen Rechtsanwälte. Er repräsentiert die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Deutschland. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Entwurf sieht die Umsetzung verschiedener Richtlinien in einem einheitlichen Gesetz vor, das entsprechend den unterschiedlichen Richtlinien ganz unterschiedliche Geltungsbereiche betrifft. Der Deutsche Anwaltverein (DAV) nimmt zu dem Entwurf Stellung:

- durch den Arbeitsrechtsausschuss zu Abschnitt 2 (Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung) und die allgemeinen Bestimmungen (Abschnitte 1 und 4, soweit sie den Anwendungsbereich des Abschnitts 2 betreffen)
- durch den Zivilrechtsausschuss zu Abschnitt 3 (Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr) und die allgemeinen Vorschriften (Abschnitte 1 und 4), soweit sie diesen Anwendungsbereich betreffen.

Die vorliegende Stellungnahme ist diejenige des Zivilrechtsausschusses.

Der DAV begrüßt, dass – anders als vorangegangene Entwürfe – der jetzt vorliegende Entwurf den sachlichen Anwendungsbereich innerhalb des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs im wesentlichen auf Massengeschäfte beschränkt. Damit ist den zu früheren Entwürfen geäußerten Bedenken zu einem erheblichen Teil Rechnung getragen. Auch der jetzige Entwurf will jedoch entgegen der ursprünglichen Ankündigung der Bundesministerin für Justiz die zivilrechtliche Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/43 nicht 1:1 umsetzen, sondern insofern über sie hinausgehen, als die zivilrechtlichen Diskriminierungsverbote auch auf die Benachteiligung aus Gründen des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität erstreckt werden sollen. Der DAV begrüßt die Einbeziehung der Gleichstellung von Mann und Frau in das allgemeine zivilrechtliche Diskriminierungsverbot nach Maßgabe des sachlichen Anwendungsbereichs des Entwurfs und im Vorgriff auf die zu erwartende diesbezügliche Richtlinie. Die Erstreckung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots auf die Benachteiligung wegen eines der anderen Merkmale bedauert der DAV. Die Erstreckung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots auf Benachteiligungen aus solchen Gründen lässt eine Prozessflut erwarten, nicht zuletzt deshalb, weil gerade durch diese Erstreckung die Ausnahme für Benachteiligungen aus sachlich gerechtfertigten Gründen notwendig wird.

I. Grundsätzliches

- 1 Der DAV missbilligt jede Art der Diskriminierung. 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.
- 2 Der Entwurf soll drei in Kraft getretene Richtlinien und – im Vorgriff – eine vierte Richtlinie, deren Verabschiedung in Kürze erwartet wird, umsetzen. Die Umsetzung in einem einheitlichen Gesetz führt – soweit einheitliche Bestimmungen wie die in Abschnitt 1 und Abschnitt 4 betroffen sind – dazu, dass der höchste durch eine der Richtlinien für einen Bereich vorgegebene Standard auch auf die Umsetzung in den anderen Bereichen übertragen wird. Schon dies ist durch die Richtlinien nicht vorgegeben und kann deshalb mit gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik nicht gerechtfertigt werden. Es ist mindestens zum Teil auch in der Sache nicht angemessen, wie unten im einzelnen darzulegen sein wird.
- 3 Die für den allgemeinen Zivilrechtsverkehr geltende Richtlinie 2000/43 gilt, ebenso wie ihre Ermächtigungsnorm in Artikel 13 des EG-Vertrages nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“, d. h. nur insoweit, als der Vertrag für ein bestimmtes Sachgebiet hoheitliche Maßnahmen der EG zulässt

Zuleeg in v. d. Groeben/Schwarze, 6. Aufl., EGV Art. 13 Rn. 12; *Epinney* in Calliess/Ruffert, 2. Aufl., EGV Art. 13 Rn. 4; ähnlich *Schwarze*, EGV Art. 13 Rn. 5 und *Geiger*, 3. Aufl., EGV Art. 13 Rn. 1,6.

Die Zuständigkeit des Rates für Rechtsakte zur Bekämpfung der Diskriminierung besteht also nur akzessorisch, im Rahmen der Grenzen der sonstigen sachlichen Zuständigkeiten der Gemeinschaft. Diese Grenzen der Zuständigkeit werden auch durch das Subsidiaritätsprinzip gemäß Artikel 5 EG-Vertrag bestimmt. Die danach vorausgesetzte Primärzuständigkeit ist im sachlichen Geltungsbereich der verschiedenen mit dem Entwurf umzusetzenden Richtlinien unterschiedlich. Jedenfalls im Bereich des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs und der Richtlinie 2000/43 kommt dieser notwendigen Begrenzung des Geltungsbereichs Bedeutung zu, denn eine umfassende Primärzuständigkeit der EG ist hier nicht gegeben.

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die „auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“ findet sich in derselben Weise in der Richtlinie 2000/78 und der erwarteten Gleichstellungsrichtlinie, nicht aber in der Richtlinie 76/207 in der Fassung der Änderung durch die Richtlinie 2002/73.

Der Gesetzesentwurf übernimmt diese Grenzen des Geltungsbereichs der Richtlinien nicht. Eine Übernahme dieser Grenzen durch wörtliche Wiederholung wäre auch impraktikabel, weil dann in jedem einzelnen Anwendungsfall die Gerichte entscheiden müssten, ob die hoheitliche Regelung des von diesem Fall berührten Sachgebiets in die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft fällt oder nicht. Die Umsetzung der Richtlinie führt deshalb zwangsläufig zu Diskriminierungsverboten, die über die Regelungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft hinausgehen.

Die Richtlinie 2000/43 selbst unternimmt keinen Versuch, die notwendigen Grenzen ihres Geltungsbereich näher zu bestimmen. Sie genügt damit nach Auffassung des DAV nicht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an Begründung und Bestimmtheit von Rechtsakten der Gemeinschaft. Die Erwägungsgründe 8 und 9 genügen dafür nicht. Der Erwägungsgrund 28 versucht die Notwendigkeit der Richtlinie gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip zu rechtfertigen; er begründet dies indessen allein aus dem Aspekt des Diskriminierungsschutzes und nicht des – zunächst einmal darzulegenden – Erfordernisses einer gemeinschaftsweiten Regelung im Rahmen der vorauszusetzenden Primärzuständigkeit.

Der DAV ist daher der Auffassung, dass die Richtlinie fehlerhaft ist. Die Zweimonatsfrist für eine Klage gegen die Richtlinie (Artikel 230 EGV) ist längst abgelaufen; Mängel der Richtlinie können auch in dem von der Kommission angekündigten Vertragsverletzungsverfahren im Rahmen der Inzidentkontrolle gemäß Artikel 241 EGV voraussichtlich nicht geltend gemacht werden, weil die Bundesrepublik die Möglichkeit hatte, Nichtigkeitsklage zu erheben und der Mangel der Richtlinie von vornherein erkennbar war.

- 4 Der Gesetzesentwurf geht weit über das gemeinschaftsrechtlich Gebotene hinaus, indem er im Bereich des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs
- die Benachteiligung auch aus anderen Gründen als denen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts regelt,
 - keinen Versuch unternimmt, die Grenzen des Geltungsbereichs der Richtlinie („im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“) in die Umsetzungsgesetzgebung zu übertragen.

Ein Verbot dieser Art ist deshalb – soweit es über das durch die Richtlinie Gebotene hinausgeht – autonom zu legitimieren, in politischer und in rechtlicher Hinsicht. Die Begründung des Gesetzesentwurfs bleibt den Beleg dafür schuldig, dass im Bereich des allgemeinen Zivilrechts ein Bedürfnis für ein Diskriminierungsverbot bestehe, jedenfalls soweit es um die Benachteiligung aus anderen Gründen als denen von Rasse, ethnischer Herkunft oder Geschlecht geht. Die in der politischen Diskussion vorherrschende moralische Begründung des erweiterten Diskriminierungsverbots vermag eine solche rechtliche Legitimation nicht zu ersetzen (siehe oben 1).

Die Begründung des Gesetzesentwurfs folgert ein Bedürfnis für ein allgemeines zivilrechtliches Diskriminierungsverbot allein aus der Tatsache, dass wenig ein-

schlägige Rechtsstreitigkeiten bekannt seien. Sie hält dies offenbar für ein Defizit. Die vom DAV geäußerte Befürchtung einer Prozessflut wird dadurch unterstrichen.

5 Die teilweise vertretene Auffassung, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erstreckte sich die Gewährleistung der Vertragsfreiheit auch auf die reale Möglichkeit des Vertragsschlusses, trifft nicht zu. In den dafür angeführten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ging es immer nur um die Begrenzung der Vertrags*bindung* zur Wiederherstellung der allgemeinen Handlungsfreiheit oder zum Schutz von Mutter und Kind.

- BVerfGE 81, 242: grundrechtlich determinierte Befreiung eines Handelsvertreters von einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot
- BVerfGE 89, 214: grundrechtlich determinierte Entlassung aus einer Angehörigenbürgerschaft
- BVerfGE 103, 89: grundrechtlich determinierte Begrenzung der Wirksamkeit von Eheverträgen.

Aus keiner dieser Entscheidungen lässt sich auch nur ansatzweise entnehmen, dass die Vertragsfreiheit als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit oder ein anderes Grundrecht einen Anspruch auf Vertragsabschluß begründen könnte.

Die – ebenfalls bereits vertretene – Behauptung, ein zivilrechtliches Diskriminierungsverbot tangiere die Vertragsfreiheit per Saldo nicht, weil der Einschränkung der Vertragsfreiheit auf der einen Seite eine entsprechende Zunahme von Vertragsfreiheit auf der anderen Seite entspreche, geht deshalb fehl. Sie setzt faktische Vertragshindernisse einer rechtlichen Beschränkung der Vertragsfreiheit gleich und setzt sich dadurch vermeintlich in die Lage, faktisch gewonnene Freiräume der sonst Benachteiligten gegen die Freiheitsbeeinträchtigung durch staatlich dekretierten Kontrahierungszwang aufzurechnen.

6 Entgegen einer ebenfalls zum Teil geäußerten Auffassung bedarf es eines Gesetzgebungsaktes, um auch nur das zu erreichen, was in der Richtlinie 2000/43 vorgesehen ist. Der DAV hat dies in seiner Stellungnahme 21/03 vom Mai 2003 näher ausgeführt. Die Annahme, das gleiche ergebe sich in Deutschland ohnehin aus den Generalklauseln der §§ 138, 242, 826 BGB i.V.m. Art. 3 des GG, ist irrig. Dass sich derartiges nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur grundrechtlich determinierten Begrenzung der Vertragsbindung ergibt, ist oben unter 4 ausgeführt. Der Versuch, ein zivilrechtliches Diskriminierungsverbot durch Ausweitung der Generalklauseln des BGB und der Drittwirkung des Artikel 3 GG zu erreichen, müßte die bisherigen Grenzen einer Drittwirkung von Grundrechten sprengen und würde zu einer völlig uferlosen Ausdehnung der Grundrechte in den Privatrechtsbereich hinein führen. Grenzen eines solchen Verbotes, wie sie im Wortlaut der Richtlinie 2000/43 und in dem vorliegenden Gesetzesentwurf vorgesehen sind, ließen sich kaum begründen, wenn Artikel 3 GG im Privatrechtsverkehr gälte und einen Anspruch auf Vertragsabschluß begründen könnte. Jedenfalls würde sich aus einem solchen Ansatz für Jahrzehnte eine heillose Rechtsun-

sicherheit ergeben, bis die Rechtsprechung einigermaßen abgrenzbare Fallgruppen gebildet hätte.

- 7 Die Verabschiedung des Gesetzes in Form des vorgelegten Entwurfes würde den Rechtsalltag in Deutschland nachhaltig verändern. Denn trotz der Beschränkung im sachlichen Anwendungsbereich führt der Entwurf zu einer empfindlichen Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit. Die Umkehr der Beweislast hat zur Folge, dass in vielen Fällen die Ablehnung eines Vertragsabschlusses oder die Auswahl des Vertragspartners der Rechtfertigung bedarf – nach dem Entwurf sogar des Beweises sachlicher, die Entscheidung rechtfertigender Gründe. Die Erstreckung eines zivilrechtlichen Diskriminierungsverbotes auf Benachteiligungen aus anderen Gründen als denen von Rasse, ethnischer Herkunft oder Geschlecht lässt eine Prozessflut und ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit befürchten. Denn bezüglich einer Benachteiligung aus einem der anderen Gründe ist im sachlichen Anwendungsbereich des Entwurfs – in ganz anderem Maße als bei Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts – eine Ausnahme für sachlich berechtigte Differenzierungen unerlässlich. Gerade daraus entsteht dann aber ein hohes Streitpotential, welches eine anhaltende Prozessflut befürchten lässt.
- 8 Eine zivilrechtliche Regelung, die sich richtlinienkonform auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts beschränkt, unterliegt entgegen einer zum Teil vertretenen Auffassung nicht der Gefahr, ihrerseits wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 GG verfassungswidrig zu sein. Denn die Versagung eines zivilrechtlichen Schutzes vor Benachteiligung, beispielsweise aus Gründen der Religion, bedeutet nicht, dass der Einzelne von Staats wegen aufgrund seiner Religion benachteiligt würde. Ein zivilrechtlicher Sonderschutz gegen Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft ist – gerade in Deutschland – auch sachlich legitim.
- 9 Für die Erweiterung des Katalogs der Diskriminierungsmerkmale spricht nicht die Überlegung, dass ohne eine solche Erweiterung die Benachteiligung aufgrund eines dieser anderen Merkmale zur Bemäntelung einer in Wirklichkeit aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts erfolgten Benachteiligung vorgeschützt werden könne. Die Beweislastumkehr bietet insoweit hinreichenden Schutz. Würde das Verbot der Diskriminierung aus diesem Grund auf die anderen Diskriminierungsmerkmale erstreckt, so würde damit die materielle Vertragsfreiheit des einzelnen einem rein verfahrensrechtlichen Aspekt geopfert.

II.

Zu den einzelnen Vorschriften

- 10 Zu § 2 Abs. 1 Nr. 8

Diese Bestimmung wiederholt wörtlich den Artikel 3 Abs. 1 h der Richtlinie 2000/43. Im allgemeinen Zivilrechtsverkehr kommt diese Regelung gemäß § 20 Abs. 2 zur Anwendung, soweit es um eine mögliche Benachteiligung aus Gründen

der Rasse oder der ethnischen Herkunft geht. Der DAV begrüßt diese wörtliche Übernahme der Formulierung der Richtlinie. Denn die Formulierung „Güter- und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ bedeutet nach Auffassung des DAV nur Güter- und Dienstleistungen, die für eine Vielzahl von Fällen angeboten werden und ohne Ansehung der Person zur Verfügung stehen. Dies hat der DAV in seinen Stellungnahmen 21/03 (unter II 1) und 14/02 (unter III 3.4) ausgeführt. Der DAV ist weiterhin der Auffassung, dass auch die Worte „einschließlich von Wohnraum“ lediglich der Klarstellung dienen, dass auch Wohnraum unter die Begriffe „Güter- und Dienstleistungen“ fällt und deshalb die Richtlinie (und entsprechend § 2 Abs. 1 Nr. 8) auch nur für Wohnraum gilt, der der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Auch dies hat der DAV in der Stellungnahme 21/03 dargelegt.

Durch die wörtliche Übernahme der Formulierung der Richtlinie ist sichergestellt, dass die Bundesrepublik insoweit den Anforderungen der Richtlinie entspricht, auch für den Fall, dass die Formulierung der Richtlinie in anderem Sinne zu verstehen sein sollte.

Die Begründung des Entwurfes (S. 73) geht davon aus, dass der Entwurf tatsächlich eine andere Formulierung verwende, nämlich sich auf Güter- und Dienstleistungen beziehe, die „öffentlich zum Vertragsschluss angeboten werden“, wofür es nach Auffassung der Begründung genüge, wenn ein Objekt durch eine Anzeige in einer Tageszeitung angeboten werde. Die Begründung geht – nach Meinung des DAV zu Unrecht – davon aus, dass die Formulierung „die öffentlich zum Vertragsschluss angeboten werden“ inhaltlich gleichbedeutend sei mit „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Diese Interpretation der Richtlinie entspricht jedenfalls nicht dem unbefangenen Wortverständnis.

Die unzutreffenden Ausführungen in der Begründung sollten in geeigneter Weise korrigiert werden.

11 Zu § 3 – Begriffsbestimmungen

11.1 Zu Absatz 1 (unmittelbare Benachteiligung)

Der erste Satz muss wie folgt lauten:

„Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung *erfährt*, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“

Begründung:

In dem Entwurf fehlt das in dieser Formulierung hervorgehobene Verb „erfährt“. Das hat zur Folge, dass Subjekt der am Ende des Satzes stehenden Prädikate „erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“ nicht die andere Person ist, sondern derjenige, um dessen (mögliche) Diskriminierung es geht. Das hat die weitere Folge, dass eine „unmittelbare Benachteiligung“ bereits dann vorliegen kann, wenn eine weniger günstige Behandlung noch gar nicht erfolgt ist, sondern nur erwartet

wird. Dies ist ausweislich der Begründung (Seite 74) gewollt. Auch hier entspricht die Begründung nicht dem Gesetzestext des Entwurfs. Denn die Begründung (S. 74 zu § 3 Abs. 1 erster Absatz) geht zunächst von einem Text aus, der so lautet, wie es oben vorgeschlagen ist („eine weniger günstige Behandlung *erfährt*, als eine andere Person ..“). Im weiteren Text der Begründung wird dann aber ausgeführt, dass auch bereits die Gefahr einer Benachteiligung als Benachteiligung gelten soll; dies entspricht dann dem Gesetzestext des Entwurfs. Durch die Gleichstellung einer erwarteten Benachteiligung mit einer bereits erfolgten Benachteiligung verwischen sich die Unterschiede zwischen einer Unterlassungsklage wegen erfolgter Verletzungen und einer vorbeugenden Unterlassungsklage, von den Sanktionen des Schadensersatzes ganz zu schweigen. Nach dem Entwurf könnte ein Betroffener Schadensersatz (für materielle und immaterielle Schäden) mit der Begründung verlangen, er habe sich um einen Vertrag gar nicht erst bemüht, weil ja von vornherein festgestanden habe, dass er benachteiligt worden wäre, und damit sei der Tatbestand erfüllt.

Der Entwurf entspricht in diesem Punkt nur scheinbar der Richtlinie 2000/43; in Wirklichkeit enthält der deutsche Wortlaut der Richtlinie 2000/43, wie der Vergleich mit den englischen und französischen Fassungen zeigt, einen Übersetzungsfehler, welcher in der deutschen Fassung der (insoweit gleichlautenden) Richtlinie 2000/78 korrigiert ist.

11.2 Zu Absatz 2 (mittelbare Benachteiligung)

Die Tatbestände des Entwurfs verwenden zwar nicht den Begriff der Diskriminierung. Der Entwurf wird aber nicht nur in seinem Titel durch das Unwerturteil getragen, das sich mit einer Diskriminierung verbindet. Dieses Unwerturteil knüpft an die bewusste, ja gezielte Diskriminierung an. Eine unmittelbare Benachteiligung kann nach der Begriffsbestimmung praktisch nur vorsätzlich erfolgen, weil die weniger günstige Behandlung sonst nicht „wegen“ des jeweiligen Merkmales erfolgen würde. Diesen Zusammenhang stellt die Begründung (Seite 109 letzter Absatz) auch fest, allerdings erst auf der Ebene des Verschuldens. Es ergibt sich aber aus dem im Begriff der unmittelbaren Benachteiligung vorausgesetzten Motivationszusammenhang, dass der Vorsatz hier bereits Element des Tatbestandes ist.

Bei der mittelbaren Benachteiligung kann dies anders sein. Die Begründung (S. 109 f) geht denn auch davon aus, dass eine mittelbare Benachteiligung fahrlässig (und ggf. schuldlos) erfolgen könne. Auch im Falle schuldloser mittelbarer Benachteiligung wären die Beseitigungsansprüche gemäß § 22 Abs. 1 gegeben.

Auch eine mittelbare Benachteiligung verdient das vorausgesetzte Unwerturteil aber nur, wenn sie vorsätzlich erfolgt. Dies sollte in Absatz 2 insoweit klargestellt werden, als die Bundesrepublik gemeinschaftsrechtlich nicht gebunden ist. In Betracht kommt – insoweit – eine Ersetzung des Wortes „benachteiligen können“ durch „*benachteiligen sollen*“ und im übrigen (bezüglich Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht) durch „*benachteiligen*“.

Die Formulierung „benachteiligen können“ entspricht der deutschen Fassung der Richtlinie 2000/43. Diese entspricht insoweit der französischen Fassung („est susceptible d'entraîner un désavantage“), während die englische Fassung jedenfalls eine aktuelle Benachteiligung verlangt („would put persons ... at a particular disadvantage“). Mit der Formulierung „benachteiligen sollen“ bliebe der Entwurf hinsichtlich der Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft und, nach Verabschiedung der Gleichstellungsrichtlinie, des Geschlechts hinter den Richtlinien zurück. Im allgemeinen Zivilrechtsverkehr liegt die Möglichkeit unbeabsichtigter mittelbarer Benachteiligungen aus solchen Gründen jedoch eher fern.

Durch die Erstreckung des Katalogs von Diskriminierungsmerkmalen ergeben sich aber auch bei mittelbaren Benachteiligungen möglicherweise Weiterungen, die keinesfalls angemessen sind. Als Beispiel sei nur ein Restaurant genannt, das bei der Zubereitung der Speisen die besonderen Speisevorschriften des mosaischen oder islamischen Glaubens nicht befolgt. Die Folge ist, dass ein strenggläubiger Jude oder Moslem in diesem Restaurant nicht essen kann. Nach dem Entwurf hätte er Anspruch auf Beseitigung sowie Schadensersatzansprüche. Mit der vorgeschlagenen Formulierung „benachteiligen sollen“ wäre klargestellt, dass eine unzulässige mittelbare Benachteiligung nur dann vorliegt, wenn der Restaurantbetreiber keine diesen Speisegesetzen genügenden Mahlzeiten anbietet, *um* auf diese Weise Moslems und Juden aus dem Lokal fernzuhalten.

12 Zu § 4 – Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe

Die Sätze 1 und 2 dieser Bestimmung besagen dasselbe. Die beiden Sätze sollten in einen einheitlichen Satz wie folgt zusammengefasst werden:

Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung gemäß §§ 8-10 und 21 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, deretwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgte.

13 Zu § 20 – Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot

Zu § 20 Abs. 4 sollte die Begründung deutlich machen, dass diese Bestimmung nur der Klarstellung dient. Wird dies nicht deutlich gemacht, so könnten aus dieser Bestimmung möglicherweise Folgerungen hinsichtlich der Auslegung der Tatbestände des Absatzes 1 und des Absatzes 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 gezogen werden: wenn sich der Gesetzgeber veranlasst sieht, eine Bestimmung wie die in Absatz 4 aufzunehmen, folgt daraus, dass die Tatbestände jedenfalls bis an familien- oder erbrechtliche Schuldverhältnisse heranreichen könnten. Wird die Bestimmung gestrichen, so sollte ebenfalls deutlich gemacht werden, dass sie deshalb gestrichen wird, weil sie überflüssig ist.

14 Zu § 21 Nr. 5 – Risikobewertung durch Versicherer

Die Möglichkeit für Versicherungsunternehmen, eine unterschiedliche Behandlung nur mit einer Risikobewertung zu rechtfertigen, die „auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten“ beruht, ist zu eng. Die Regelung würde es Versicherungsunternehmern untersagen, bei neu auftretenden Risiken, die nach dem ersten Eindruck bestimmte Personengruppen besonders treffen, schnell zu reagieren, bevor zuverlässige statistische Daten verfügbar sind, die die Grundlage für eine versicherungsmathematische Berechnung sein können. Es muss genügen, dass der unterschiedlichen Behandlung *vertretbare Annahmen zur Risikobewertung* zugrunde gelegt werden.

Es darf unterstellt werden, dass Versicherungsunternehmern ein Interesse an Versicherungsabschlüssen haben und einzelne Personengruppen deshalb nicht aufgrund einer diskriminierenden Mentalität zurückweisen. Wenn sie von solchen Personen möglicherweise unberechtigt erhöhte Prämien verlangen, entspricht es unserem System der Marktwirtschaft, sich darauf zu verlassen, dass der Betroffene dann bei einem anderen Versicherer zu sachgerechten Konditionen abschließen kann.

Die Überprüfung der Tarife von Versicherern ist nicht Sache der Zivilgerichte und würde diese überfordern. Sie ist insbesondere auch mit der Überprüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht vergleichbar. Denn deren Kontrolle ist beschränkt auf Bestimmungen, die „von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen“ (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Die umfasst also nicht die Primärleistungspflichten – abgesehen von der Überprüfung hinsichtlich ihrer Klarheit; darum geht es hier aber nicht.

15 Zu § 22 – Ansprüche

15.1 Befristung

Für die Ansprüche wegen (angeblicher) Diskriminierung sollte insgesamt – entsprechend der Sechs-Monats-Frist in § 15 Abs. 3 ADG-E – eine kurze Verjährungsfrist oder Ausschlussfrist bestimmt werden, binnen welcher die Ansprüche (schriftlich) geltend zu machen sind. Ohne eine solche Befristung wären Unternehmen nicht nur gehalten, Aufzeichnungen über Geschäftsvorfälle entsprechend den handels- und steuerrechtlichen Vorschriften aufzubewahren, sondern auch die Dokumentation über alle nicht abgeschlossenen Geschäfte für 10 Jahre (bis zum Ablauf der absoluten Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 3 BGB) zu verwahren. Dies wäre völlig unzumutbar. Außerdem erledigt sich der Schutzzweck des Gesetzes praktisch sofort, wenn der (vermeintlich) Diskriminierte an seiner (möglichen) Benachteiligung keinen Anstoß nimmt. Nimmt er daran Anstoß, so ist es ihm zuzumuten, seine Rechte alsbald geltend zu machen. Ohne eine knapp bemessene Frist wird den Machenschaften zweifelhafter Prozesstreiber Vorschub geleistet, die nach vermeintlichen Diskriminierungsopfern suchen, um ihnen zunächst einmal das verletzte Gefühl einzureden, diskriminiert worden zu sein.

15.2 Anspruch auf Vertragsabschluß

Abweichend von dem Diskussionsentwurf vom Dezember 2001 ist in § 22 Abs. 2 des Entwurfes nicht mehr vorgesehen, dass der Abschluss eines Vertrages nicht verlangt werden kann, wenn ein Vertrag über den Vertragsgegenstand schon mit einem Dritten abgeschlossen wurde. Die Begründung (S. 107) geht davon aus, dass in diesen Fällen der Anspruch auf Vertragsabschluß an dessen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) scheitere. Diese Annahme sieht die Dinge zu einfach. Im allgemeinen Zivilrechtsverkehr wird – wegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und nach dem oben dargelegten Verständnis von § 2 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. § 20 Abs. 2 des Entwurfes – eine solche Konstellation praktisch nicht eintreten können. Versteht man dagegen den § 2 Abs. 1 Nr. 8 anders, nämlich so wie die Begründung (oben unter II 1), so ist auch im allgemeinen Zivilrechtsverkehr möglich, dass der Tatbestand der Benachteiligung erfüllt und der Vertragsgegenstand anderweitig vergeben ist. Es ist indessen zweifelhaft, ob in all diesen Fällen Unmöglichkeit vorliegt. Einmal könnte der Schuldner (d. h. derjenige, dem die Benachteiligung vorzuwerfen ist) möglicherweise den Vertragsgegenstand durch entsprechende Abstandszahlungen zurückerwerben. Es würde sich dann die Frage stellen, zu welchen Aufwendungen er ggf. gemäß § 275 Abs. 2 BGB verpflichtet ist. Es sind aber auch ganz andere Fälle denkbar – insbesondere im Arbeitsrecht. Ist die ausgeschriebene Stelle aufgrund einer unzulässigen Benachteiligung vergeben worden, so ist es dem Arbeitgeber trotzdem möglich, einen weiteren Anstellungsvertrag abzuschließen. Dass hierauf sinnvollerweise kein Anspruch bestehen kann, liegt auf der Hand. Demgemäß ist ein solcher Anspruch auch durch § 611a Abs. 2 zweiter Halbsatz BGB ausgeschlossen. Das ADG sollte jedenfalls ausdrücklich bestimmen, dass ein Anspruch auf Vertragsabschluß ausgeschlossen ist, wenn über den Vertragsgegenstand bereits ein Vertrag mit einem Dritten geschlossen wurde.

Die Begründung (S. 108) erörtert die Möglichkeit eines Anspruchs auf einen Vertragsabschluss als Kausalitätsproblem. In den in der Begründung erörterten Beispielfällen fehlt es aber bereits am Tatbestand: die Benachteiligung erfolgte in den erörterten Fällen eben nicht wegen des einzelnen Diskriminierungsmerkmals, sondern aus den anderen in der Begründung angeführten Überlegungen (Solvenz, besondere Fähigkeiten und Kenntnisse).

15.3 Zu Absatz 3

Nach Satz 3 kann der Benachteiligte Entschädigung für immaterielle Schäden verlangen. Die Stellung dieses Satzes ebenso wie die insoweit korrespondierenden Vorschriften von § 15 Abs. 1 und § 15 Abs. 4 legen es nahe, dass der Anspruch auf Entschädigung für immaterielle Schäden (anders als der Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens) von einem Verschulden nicht abhängig sein soll. Welche Relevanz dies hat, hängt davon ab, unter welchen Voraussetzungen eine ungewollte Benachteiligung aus den in § 1 genannten Merkmalen denkbar ist (dazu oben II 2.2). Schon die Entschädigung für immaterielle Schäden ist im deutschen Recht eine Ausnahme, die nur unter besonderen Voraussetzungen vorgesehen ist.

Eine verschuldensunabhängige Verpflichtung zur Entschädigung für immaterielle Schäden wegen einer Diskriminierung ist besonders problematisch. Wenn die Diskriminierung – insbesondere aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, aber auch wegen einer Behinderung oder des Alters – in verletzender Form erfolgt, werden ohnehin die Voraussetzungen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegen, so dass ggf. auf dieser Grundlage eine Entschädigung verlangt werden kann.

In dem Entwurf vom Dezember 2001 (auch in der Fassung des Diskussionsentwurf vom 17. Februar 2002) war vorgesehen, dass die angemessene Entschädigung in Geld nur für die Fälle verlangt werden kann, in denen sich die Benachteiligung nicht durch Anspruch auf einen Vertragsabschluß oder in anderer Weise ausgleichen läßt. Der Entschädigungsanspruch war also ein Surrogat für einen Beseitigungsanspruch. Unter diesen Voraussetzungen könnte eine verschuldensunabhängige Entschädigungspflicht vertretbar sein. In dem jetzt vorliegenden Entwurf soll dagegen ein Anspruch auf Entschädigung offenbar (verschuldensunabhängig) zusätzlich zu Ansprüchen auf Beseitigung oder Schadensersatz (als Naturalrestitution oder in Geld) bestehen. Das geht zu weit.

Die Richtlinie schreibt in Art. 15 vor, dass die Sanktionen im Fall von Verletzungen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Sanktionen für unverschuldete Benachteiligungen können nicht abschrecken und sind auch nicht wirksam im Sinne einer Verhinderung von Benachteiligungen. Sie sind vielmehr unverhältnismäßig. Sollte die Bundesrepublik gleichwohl gemeinschaftsrechtlich gehalten sein, den Verletzer – gegebenenfalls auch verschuldensunabhängig – zur Zahlung einer Entschädigung für immaterielle Schäden zu verpflichten, so sollte dies jedenfalls auf den Bereich beschränkt werden, der durch die Richtlinien zwingend vorgegeben ist. Dies ist die Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts, und auch dies nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“.

15.4 Vergleichsfähigkeit

Nach § 22 Abs. 5 ADG-E sind die Bestimmungen über das Benachteiligungsverbot und die daraus folgenden Ansprüche unabdingbar. Es sollte klargestellt werden, dass die Möglichkeit einer vergleichweisen Regelung dadurch nicht berührt wird.

16 Zu § 23 – Beweislast

16.1 Voraussetzung der Beweislastregelung soll sein, dass eine Partei „Tatsachen glaubhaft macht“, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Nach der Begründung (S. 111) soll es dafür genügen, wenn Vermutungstatsachen *vorgetragen* werden. Das ist jedenfalls verfehlt. Aber auch der Text des Entwurfes, wonach die Tatsachen glaubhaft gemacht werden müssen, ist missverständlich. Die Glaubhaftmachung erfordert nach dem allgemeinen zivilprozessualen Verständnis, dass die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ im Unterschied zum Beweises zur vollen Überzeugung des Richters dargetan ist

Musielak/Huber, ZPO 4. Aufl., § 294 Rn. 3 m.w.N.

Es geht also um ein geringeres Beweismaß als bei dem Erfordernis eines vollen Beweises. Wo die ZPO voraussetzt, dass tatsächliche Behauptungen glaubhaft gemacht werden, kann dies gemäß § 294 ZPO mit allen Beweismitteln, einschließlich einer Versicherung an Eides Statt, geschehen. Dies betrifft innerhalb der ZPO nur bestimmte Verfahrensarten. Es sollte mindestens in der Begründung klargestellt werden, dass die Worte „glaubhaft machen“ in § 23 das Beweismaß betreffen und dass damit nichts über die Art der Beweismittel gesagt ist. So wird das Erfordernis der Glaubhaftmachung in § 611a Abs. 1 S. 3 BGB verstanden

Erman/Edenfeld, BGB 11. Aufl., § 611a Rn. 13; MünchKomm BGB/Müller-Glöge, 4. Aufl., § 611a Rn. 80 ff.

Anlass zu einer solchen Klarstellung besteht nicht zuletzt deshalb, weil nach der vorliegenden Begründung die Indiztatsachen nur *vorgetragen* werden müssen und weil die Begründung zu dem Diskussionsentwurf vom 10.12.2001 (S. 44 zu § 319c BGB-E in der damaligen Entwurfsfassung) ausführte, eine eidesstattliche Versicherung genüge zur Glaubhaftmachung (dagegen schon die Stellungnahme des DAV 14/02 S.12).

Welche Beweismittel zulässig sind, muss, wie allgemein in der ZPO, von der Verfahrensart abhängen. Bei der jetzigen Formulierung besteht eben aufgrund des § 294 ZPO die Gefahr der Auslegung, dass eine bloße eidesstattliche Versicherung auch in einem ordentlichen Verfahren zur Umkehr der Beweislast genügt, selbst wenn der Gegner durch entsprechende oder gar stärkere Beweismittel die Vermutungstatsachen widerlegt oder ihre „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ ausräumt.

Zwar verwendet der deutsche Text der Richtlinie auch das Wort „glaubhaft machen“. Damit kann aber in dem gemeinschaftsrechtlichen Kontext nicht die Glaubmachung im Sinne des § 294 ZPO, d. h. durch eidesstattliche Versicherung, gemeint sein. Der englische und der französische Text der Richtlinie verwenden hier die Worte „*establish*“ und „*établir*“, die sogar das Erfordernis eines vollen Beweises der Vermutungstatsachen nahelegen.

16.2 Auch die Rechtsfolge der Beweislastregel in § 23 geht weit über das durch die Richtlinie gebotene Maß hinaus. Denn:

- sie lässt nicht den Beweis zu, dass eine Benachteiligung aus Gründen des genannten Diskriminierungsmerkmals nicht stattgefunden hat;
- aufgrund der Erweiterung der Diskriminierungsmerkmale lässt sie auch nicht den Nachweis zu, dass die Benachteiligung aufgrund eines der anderen in den Katalog aufgenommenen Merkmale erfolgte (was nach der Richtlinie zulässig wäre);
- noch weitergehend will sie den Gegenbeweis nur damit zulassen, dass andere *sachliche* Gründe zu der unterschiedlichen Behandlung geführt haben. Das Freiheitsgrundrecht, eine Entscheidung aus ganz subjektiven, und deshalb anderen als sachlichen Gründen zu treffen, wird damit beschnitten.

Eine solche Beschränkung der Möglichkeiten des Gegenbeweises mag im Bereich des Arbeitsrechts sachgerecht sein – die Formulierung stammt aus § 611a BGB. Für das allgemeine Zivilrecht ist sie unsachgemäß.

17 Zu § 24 – Antidiskriminierungsverbände

17.1 Die Bestimmung schafft die Möglichkeit für sog. Antidiskriminierungsverbände, Ansprüche für Benachteiligte durchzusetzen. Der Entwurf begründet dies damit, dass nach den Richtlinien eine Unterstützung durch Verbände vorgesehen ist (Art. 7 Abs. 2 Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 2 Rahmenrichtlinie Beschäftigung 2000/78/EG, Art. 6 Abs. 3 der revidierten Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts 2002/73/EG, Art. 7 Abs. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt (Entwurf vom 06.10.2004)) und die besonderen Berechtigungen von Antidiskriminierungsverbänden ein weiteres Instrument zur effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen (Seite 113 der Begründung).

Dabei ist zu kritisieren, dass die notwendigen fachlichen und qualitativen Voraussetzungen an Antidiskriminierungsverbände im Entwurf nicht geregelt werden. So enthält § 24 Abs. 1 S. 1 keinen Hinweis auf eine erforderliche juristische Qualifikation, die zur effektiven Vertretung von Benachteiligten zwingend erforderlich ist. Neben qualitativen Anforderungen fehlt darüber hinaus ein zentrales Anerkennungsverfahren für Antidiskriminierungsverbände. Die Übertragung von Klagebefugnissen nach § 24 Abs. 2 – 4 allein an eine bestimmte Mitgliederzahl anzuknüpfen, ist nicht sachgerecht.

Ohne förmliches Anerkennungsverfahren mit einer Liste der anerkannten Verbände (vgl. § 4 UKlaG) müsste überdies das angerufene Gericht in jedem Einzelfall prüfen, ob die Voraussetzungen des § 24 erfüllt sind. Das ist unzweckmäßig. Auch ist unklar, wie das Gericht sich zum Beispiel über die Mitgliederzahl Gewissheit verschaffen soll.

17.2 Nach dem Entwurf sollen Antidiskriminierungsverbände befugt sein, für einen Benachteiligten vor Gericht in der Verhandlung aufzutreten. Dieser Bestimmung widmet die Begründung lediglich einen knappen Absatz. Sie wirft erhebliche Probleme auf.

(a) Während Verbände nach dem UKlaG nur – allgemein – auf Unterlassungsklagen, nicht aber die Rechte einzelner (tatsächlich oder vermeintlich) Geschädigter geltend machen können, sollen die Antidiskriminierungsverbände die Rechte anderer vor Gericht vertreten können. Vergleichbar ist allenfalls § 11 ArbGG über die Vertretung durch Gewerkschaftsvertreter im Arbeitsgerichtsverfahren. Ein Unterschied besteht aber schon darin, dass nach § 24 Abs. 2 die Antidiskriminierungsverbände nach dem Entwurf als solche (und nicht ihre Vertreter) auftreten können. Dies ist auch deshalb befremdlich, weil die Verbände nicht rechtsfähig zu sein brauchen. Es ist im übrigen unklar, ob die Verbände nur in der Verhandlung als Bevollmächtigte auftreten können oder ob sie die gesamte Prozessvertretung sollen übernehmen können.

- (b) Die Befugnis der Verbände zur Vertretung unterscheidet sich (von der Befugnis von Gewerkschaftsvertretern abgesehen) grundlegend von den sonst für Verbände vorgesehenen Rechten. Diese können – gewissermaßen als Vertreter des öffentlichen Interesses – Unterlassung von gesetzwidrigem oder unredlichem Verhalten verlangen, nicht aber Individualrechte eines einzelnen verfolgen mit all den Gefahren, die dies für den Vertretenen haben kann.
- (c) Die Berechtigung von Antidiskriminierungsverbänden nach § 24 Abs. 2 zur Rechtsvertretung ohne Nachweis jeglicher Qualifikation in Verfahren, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (Amtsgericht, Arbeitsgericht), läuft dem Ziel des Entwurfes (effektive Rechtsdurchsetzung) entgegen. Die geschäftsmäßige Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist die zentrale Aufgabe der Anwaltschaft. Juristische Qualifikation und Erfahrung sind zwingend erforderlich um Konflikte aufzubereiten und insbesondere komplexe Sachverhalte auf das Wesentliche und rechtlich Erhebliche so zu konzentrieren, dass sie nach den Spielregeln eines gerichtlichen Verfahrens effektiv gelöst werden können. Jede weitere Verwässerung dieser zentralen Aufgabe der Anwaltschaft ist abzulehnen.
- (d) Die Anwaltschaft hat auch die Funktion, unnötige Prozesse durch außgerichtliche Regelung oder Ausfilterung aussichtsloser Fälle zu verhindern. Ob ein Verband, an den keine weiteren Qualifikationsanforderungen gestellt werden, diese Funktion wahrnehmen könnte und wollte, erscheint zweifelhaft. Nach dem Verbandszweck ist eher zu befürchten, dass solche Verbände dem Betroffenen erst das Gefühl vermitteln, diskriminiert worden zu sein, und sie dadurch zu einer Klage bewegen. Die sich dann ergebende Prozeßflut ist geeignet, die begrenzten Ressourcen der Justiz zu blockieren. Wirklich Diskriminierte hätten den Nachteil davon.
- (e) Für die Anwaltschaft gelten umfangreiche Berufspflichten, nicht zuletzt die Verschwiegenheitsverpflichtung und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen. Diese Pflichten sind unerlässlich im Interesse der Mandanten. Für einen Verband, der fremde Rechtsangelegenheiten vertritt, müßten entsprechende Regeln gelten. Der Entwurf enthält nichts darüber.
- (f) Die ausdrückliche Befreiung der Verbände von den Qualifikationserfordernissen des Rechtsberatungsgesetzes ist deshalb abzulehnen.

17.3 Nach § 24 Abs. 4 soll die Abtretung der Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche möglich sein. Schon dies ist problematisch. Denn der Entschädigungsanspruch – also der Anspruch auf Entschädigung für immaterielle Schäden – hat seine Wurzel in dem Persönlichkeitsrecht der Betroffenen und ist im Sinne der Marlene-Dietrich-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (NJW 2000, 2195) nicht den vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts zuzuordnen. Aus der Einbettung der Bestimmung über die Abtretbarkeit in den § 24 ergibt sich zudem, dass vor allem an die Abtretung an Verbände gedacht ist. Die Möglichkeit einer solchen Abtretung läuft dem Schutzzweck und dem Zweck der Entschädigung (insbesondere dem der Genugtuungsfunktion der Entschädigung) zuwider. Genugtuung läßt sich durch Abtretung des Anspruchs nicht erzielen; die Entschädigung

kann deshalb nach Abtretung des Anspruchs auch nicht der Herstellung des Rechtsfriedens dienen. Die Möglichkeit der Abtretung an Verbände gibt Anlaß zu der Befürchtung, dass mit der Verfolgung angeblicher oder tatsächlicher Diskriminierungen Geschäfte gemacht werden und der Schutz der Betroffenen zu deren Nachteil kommerzialisiert wird. Diese Sorge besteht um so mehr, als keinerlei Qualifikationsanforderungen an die Verbände gestellt werden, dazu siehe oben unter 8.1.

- 17.4** Die Regelung des § 24 ist insgesamt abzulehnen, da allein durch den individuellen Rechtsschutz und die schon vorhandenen Verbandsklagemöglichkeiten der Diskriminierungsschutz effektiver und besser gestaltet und gesichert werden kann als mit einer zusätzlichen Privilegierung von Antidiskriminierungsverbänden, die zudem keinerlei Qualifikationen nachweisen müssen. Dies gilt gerade auch im Hinblick auf den vom Verbraucher und Landwirtschaftsministerium vorgestellten Gesetzentwurf zur Regelung von Verbands-, Muster- und Gruppenklagen (GVMuG), der ebenfalls qualitative Kriterien für die Anerkennung von klagebefugten Verbänden aufstellt.