

Berlin, 13. Februar 2002  
14/02

**Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins  
durch den Ausschuss Zivilrecht  
zum  
Diskussionsentwurf eines Gesetzes  
zur Verhinderung von Diskriminierung im Zivilrecht**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Georg Maier-Reimer (Vorsitzender und Berichterstatter)  
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:

Bundesministerium der Justiz, Berlin  
Bundesgerichtshof, Karlsruhe  
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin  
Bundesnotarkammer, Köln  
Deutscher Notarverein e.V., Berlin  
Deutscher Richterbund e.V., Berlin  
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins  
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende des Forums Junge Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im DAV  
Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e.V.  
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.

## I. Grundsätzliches

Mit dem Gesetz entsprechend dem Diskussionsentwurf würde die Vertragsfreiheit in Deutschland empfindlich beschnitten. Vertragsfreiheit bedeutet die Freiheit des Einzelnen, über den Abschluß oder Nichtabschluß nach freiem Ermessen zu entscheiden, und das heißt, die Entscheidung auch aus unsachlichen oder mißbilligenswerten Gründen zu treffen.

*Zur positiven und negativen Abschlußfreiheit und zur Gestaltungsfreiheit allgemein: Münchner Kommentar BGB/Thode, § 305 Rn 1 ff.*

Diese Freiheit würde nach dem Entwurf außerhalb des reinen Privatbereichs durch das Erfordernis ersetzt, die Entscheidung über Abschluß oder Nichtabschluß, wie auch über den Inhalt des Vertrages, zum Nachweis dafür zu rechtfertigen, daß mit dieser Entscheidung keine unzulässige Diskriminierung erfolgt ist. Damit erschüttert der Entwurf die Grundlagen der Privatautonomie.

Die Vertragsfreiheit ist grundrechtlich geschützt (vgl. BVerfGE 8, 274, 328; 74, 129, 151; 95, 267, 303). Soweit die Berufsausübung betroffen ist, wird in Art. 12 GG eingegriffen. Art. 2 Abs. 1 GG schützt i.übr. die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt (BVerfGE 80, 137, 152). Auch Art. 14 GG kann tangiert sein.

Ferner wird mit § 319 a Abs. 2 BGB in das schlechterdings konstitutive Grundrecht (BVerfGE 50, 290, 353; 244, 252 f.) der Vereinigungsfreiheit eingegriffen.

Der Deutsche Anwaltverein hat deshalb Bedenken, ob das Antidiskriminierungsgesetz verfassungsgemäß ist. *Rüfner* hat etwa im Bonner Kommentar zur Vertragsfreiheit formuliert:

„Private Aktionen des Bürgers generell an die besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 3 GG zu binden, wäre zutiefst freiheitsfeindlich“ (Bonner Kommentar, Art. 3 Rn 606).

Namentlich die Verhaltenssteuerung durch die Beweislastumkehr aus § 319 c BGB greift empfindlich in Grundrechte ein. Ein Bürger, der durch ein beabsichtigtes Verhalten sein Gegenüber zwar objektiv nicht diskriminieren würde, wird wegen der Beweislastumkehr wirtschaftlich zu unverdächtigem Verhalten gezwungen. In diesen Fällen greift das Gesetz ohne konkreten Antidiskriminierungserfolg in die Privatautonomie solcher Bürger ein. Die Bedenken verstärken sich zusätzlich durch die wirtschaftlich sehr harten Konsequenzen aus Verstößen gegen § 319 a BGB etwa aus § 44a BHO und mittelbar über die Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB. Ob solche Eingriffe z.B. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, ist zumindest sehr zweifelhaft.

Der Deutsche Anwaltverein vermißt angesichts dessen in der Begründung jegliche Auseinandersetzung mit der dem Entwurf innewohnenden Beschränkung von grundrechtlich geschützten Freiheiten. Ein massiver Eingriff in Freiheitsrechte erfordert dies aber. Die Begründung des Entwurfs erweckt hingegen den falschen Eindruck, als diene der Entwurf der Grundrechtsverwirklichung, und verkürzt das Problem auf den Gleichheitsgrundsatz, der ohnehin nicht schlichtweg in die nichtstaatliche Sphäre übertragen werden kann (vgl. nur Bonner Kommentar/ Rüfner, Art. 3 Rn 606).

Die Begründung beruft sich auf zwei europäische Richtlinien. Der Entwurf geht aber schon im allgemeinen Anwendungsbereich in zweifacher Hinsicht grundlegend über die Richtlinie hinaus, indem er

- sich (anders als die Richtlinien) nicht auf den Bereich der Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft beschränkt und
- Diskriminierungsverbote, die nach der Richtlinie 2000/78 nur für Beruf und Beschäftigung gelten, verallgemeinert.

Außerdem gehen die Vorschriften auch im einzelnen nochmals über das durch die Richtlinie Vorgegebene hinaus (das wird unten im einzelnen ausgeführt).

Die Richtlinie 2000/78/EG, die für den Bereich Beschäftigung und Beruf die unzulässigen Diskriminierungsmerkmale erweitert, macht in Art. 2 Abs. 5 einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten derjenigen einzelstaatlichen Maßnahmen, die „zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind“. Damit ist diese Richtlinie unter einen ausdrücklichen Grundrechtsvorbehalt gestellt. In dem Diskussionsentwurf findet sich dieser Vorbehalt nicht. Die (allgemeine) Richtlinie 2000/43 ist überdies schon gemeinschaftsrechtlich angreifbar (dazu unten II.).

Aus den vorgenannten Gründen sollte sich die Umsetzung der Richtlinien auf das Mindestmaß des gemeinschaftsrechtlich Gebotenen beschränken. Soweit der Entwurf darüber hinausgeht, können die Richtlinien das Vorhaben weder rechtlich noch politisch legitimieren.

Der Entwurf müßte sich deshalb selbst rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung ist ohne eine auch verfassungsrechtlich gebotene (s.o.) Abwägung mit den Freiheiten, in die der Gesetzgeber eingreifen würde, nicht möglich. Die Begründung läßt, wie gesagt, eine Abwägung vermissen. Beispielhaft kann das Begründungs- und Abwägungsdefizit an der unreflektierten Übertragung des unzulässigen Diskriminierungsmerkmals Weltanschauung aus der Richtlinie 2000/78 auf den allgemeinen Vertragsbereich aufgezeigt werden. Nach dem Entwurf könnte eine öffentlich angebotene Dienstleistung oder Wohnung nicht aus Gründen der Weltanschauung des Aspiranten verweigert werden.

Auch abgesehen von solchen Extremfällen würde das Privatrecht in seinen Grundlagen erschüttert, wenn in der Zukunft in dem weiten Bereich, für den das Diskriminierungsverbot gelten soll, die Ablehnung eines Vertragsabschlusses im einzelnen gerechtfertigt werden müßte. Der Deutsche Anwaltverein lehnt dies mit Entschiedenheit ab.

## II.

### **Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben**

Die Richtlinie 2000/43/EG als auch ihre Umsetzung im nationalen Gesetzesentwurf begegnet grundlegenden europarechtlichen Bedenken.

#### **Die Wirksamkeit der Richtlinie 2000/43/EG nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts**

Die Richtlinie 2000/43/EG leidet zunächst an dem formalen Mangel, daß in ihr die Ermächtigungsgrundlage für den Richtlinienerlaß nicht ordnungsgemäß genannt ist. Als Ermächtigungsnorm wird lediglich Art. 13 EGV angeführt. Dieser begründet jedoch keine originäre Kompetenzzuweisung an die Gemeinschaft, die dem Richtliniengeber einen selbständigen Aufgabenbereich eröffnen könnte, sondern lediglich eine akzessorische Zuständigkeitszuweisung zwischen den Gemeinschaftsorganen, da er dem Europäischen Rat nur die Handlungsmöglichkeiten legislatorisch gewährt, die im Rahmen der übrigen durch den Vertrag der Gemeinschaften übertragenen Zuständigkeiten bestehen.

Vgl. Geiger, EUV, EGV – Kommentar, 3. Aufl., 2000, Rn. 1, 6 zu Art. 13 EGV

Dieser Befund läßt sich bereits dem Wortlaut des Art. 13 EGV entnehmen. Wörtlich heißt es dort:

*„... kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten ... geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen ... zu bekämpfen“ (Hervorhebung nur hier).*

Der Richtliniengeber müßte sich daher noch auf eine weitere, originäre Kompetenzzuweisung stützen, was er aber nicht getan hat. Als originäre Kompetenzzuweisungen kämen dabei allenfalls in Betracht:

- für den Bereich „Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ Art. 153 Abs. 1, 3 EGV,
- für den Bereich „Bildung“ Art. 150 Abs. 4 EGV Art. 150 Abs. 4,
- für den Bereich „Sozialschutz“ Art. 137 Abs. 2, 152 Abs. 4 lit. c sowie
- für die Bereiche „Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“ sowie „Mitgliedschaft und Mitwirkung in Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisationen“ Art. 137 Abs. 2 EGV.

Für die Bereiche „Bedingungen für den Zugang zu selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit“, „Beschäftigungsbedingungen“ sowie „Arbeitsentgelt“ sind keinerlei Kompetenzen der Gemeinschaft ersichtlich. Art. 128 Abs. 2 EGV ermächtigt die Gemeinschaft ausschließlich zur Verabschiedung von Leitlinien, die jedoch für die Mitgliedstaaten unverbindlich

Vgl. Geiger, a. a. O., Rn. 2 zu Art. 128

und lediglich von ihnen zu berücksichtigen sind.

Ein Rückgriff auf die Auffangkompetenz des Art. 308 EGV für diese Bereiche scheidet aus, da sie aufgrund ihrer Subsidiarität zu den ausdrücklichen Kompetenzzuweisungen des EGV neben Art. 13 EGV nicht zum Tragen kommt.

Vgl. Geiger, a. a. O., Rn. 7 zu Art. 13

Die übrigen, thematisch unter Umständen einschlägigen Regelungen - z.B. Art. 153, 95 Abs. 1 und 2, 40, 42, 83 sowie 94 EGV - zielen allein auf die Verwirklichung des Binnenmarktes und die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten und sind daher hier nach der vom Richtliniengeber in Erwägungsgrund 28 der Richtlinie formulierten Zielsetzung – einheitliches hohes Niveau des Schutzes in allen Mitgliedstaaten - nicht relevant.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche originäre europarechtliche Ermächtigungsnorm für den Regelungsgegenstand der Richtlinie 2000/43 EG besteht. Entscheidend für die Frage der Rechtmäßigkeit bzw. Anfechtbarkeit der Richtlinie ist, daß der Richtliniengeber gegen die Begründungspflicht des Art. 253 EGV n. F. (Art. 192 EGV a. F.) verstoßen hat. Die Begründungspflicht umfaßt auch die richtige Benennung der Vertragsartikel, die als Rechtsgrundlage für den Rechtsakt, hier der Richtlinienerlaß, herangezogen wurden.

Vgl. Grabitz/Hilf, Kommentar EGV a. F., Rn. 4 zur Art. 190

Spiegelbildlich zu diesem formellen Verstoß gegen die Begründungspflicht zeigt sich, daß die Bezugnahme lediglich auf Art. 13 EGV unter Verweis auf den Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie ein inhaltliches Problem aufwirft: Die Richtlinie ist zu unbestimmt – der Bestimmtheitsgrundsatz gilt auch im Europarecht und verpflichtet als primäres Gemeinschaftsrecht den Richtliniengeber -

Vgl. Geiger, a. a. O., Rn. 28 zu Art. 226

und daher anfechtbar gem. Art. 230 EGV.

Denn selbst wenn der Richtlinienggeber sämtliche neben Art. 13 EGV notwendigen, unter Ziffer 1. genannten Kompetenzzuweisungen aufgenommen hätte, würden diese die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie aufgeführten Regelungsbereiche nur ausschnittsweise decken, wobei zweifelhaft bliebe, wieweit überhaupt diese teilweise Deckung tatsächlich reichte. Im einzelnen:

So könnte zwar für den Bereich „Zugang zu Gütern und Dienstleistungen“ Art. 153 Abs. 1, 3 EGV einschlägig sein. Dessen Anwendungsgebiet ist jedoch lediglich auf den Verbraucherschutz sowie auf Maßnahmen der Gemeinschaft zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Mitgliedstaaten beschränkt.

Im Bereich „Sozialschutz“ ist der Gemeinschaft keine umfassende legislatorische Kompetenz für das Gebiet der sozialen Sicherheit und der Gesundheit verliehen. Art. 137 Abs. 2, 3 EGV berechtigt die Gemeinschaft zu Maßnahmen zum Zwecke des sozialen Schutzes und der sozialen Sicherheit von **Arbeitnehmern**, Art. 152 Abs. 4 lit. c) ausschließlich zu **Fördermaßnahmen**, die den Schutz und die Verbesserung der menschlichen Gesundheit zum Ziel haben.

Auf der Grundlage des Art. 137 Abs. 2 und 3 EGV kann die Gemeinschaft zwar Richtlinien zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen sowie auf dem Gebiet der Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen erlassen. Indessen umfaßt diese Zuständigkeit nicht die Beschäftigungsbedingungen und das Arbeitsentgelt, das durch Art. 137 Abs. 6 EGV ausdrücklich der Regelungskompetenz der Gemeinschaft – mit Ausnahme der Befugnis gem. Art. 141 Abs. 3 EGV im Rahmen der Gleichstellung von Mann und Frau – entzogen wird.

Aufgrund der gewählten Regelungssystematik, unter Hinweis auf Art. 13 EGV pauschal einen äußerst umfassenden und weitreichenden Geltungsbereich zu formulieren und diesen dann lediglich abstrakt durch Verweis auf die über den gesamten EG-Vertrag verteilten einzelnen – überdies wie dargelegt nicht hinreichenden - Zuständigkeitszuweisungen abzugrenzen, ist für die Mitgliedstaaten nicht ersichtlich, in welchem Umfang die Umsetzung zu erfolgen hat. Die verschiedenen in Art. 3 Abs. 1 lit. a)-h) der Richtlinie aufgeführten Bereiche fallen - wenn überhaupt - nur teilweise in den durch die unterschiedlichen Einzelermächtigungen eröffneten Zuständigkeitsbereich des Richtlinienggebers. Hinsichtlich der in Art. 3 Abs. 1 lit. f) der Richtlinie angegebenen Regelungsmaterie „Soziale Vergünstigungen“ ist aufgrund der pauschalen Formulierung ohne Eingrenzung auf bestimmte Anwendungsgebiete sogar eine nur annähernde Bestimmung des vom Richtlinienggeber gewollten Anwendungsbereichs ausgeschlossen.

Schließlich würde die Richtlinie auch dann noch Bedenken begegnen, wenn die Zuständigkeit der Gemeinschaft für die von der Richtlinie betroffene Materie umfassend und diese damit nicht unbestimmt wäre. Nach dem in Art. 5 Abs. 2 EGV verankerten Subsidiaritätsprinzip darf der Richtlinienggeber nämlich nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können. Das vom Richtlinienggeber in Ziffer 28 der Richtlinie angegebene Ziel der Schaffung eines einheitlichen hohen Schutzes vor Diskriminierungen in allen Mitgliedstaaten ist dabei zur Begründung des Tätigwerdens auf Gemeinschaftsebene nicht ausreichend. **Jede** Maßnahme der Gemeinschaft kann mit der Begründung versehen werden, es werde beabsichtigt, ihr in allen Mitgliedstaaten zur gleichen Wirksamkeit verhelfen zu wollen und damit eine gemeinschaftseinheitliche Geltung zu erreichen. Dann hätte aber das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EGV schlicht keinen Anwendungsbereich mehr und der im EGV zum Ausdruck kommende Wille der Mitgliedstaaten zum grundsätzlichen Vorrang mitgliedstaatlichen Handelns würde vollkommen ausgehöhlt.

Vgl. Grabitz/Hilf, Kommentar EGV a. F., Rn. 33 zu Art. 3 b

Was die Rechtmäßigkeit der Richtlinie selbst nach Maßgabe des primären Gemeinschaftsrechts angeht, so ist demnach **festzuhalten** daß sie – abgesehen von formellen Mängeln – zu unbestimmt ist und daß der Richtliniengeber mit ihr seine Kompetenzen sowohl was die Regelungsbreite, als auch was die Regelungstiefe anbelangt, überschreitet.

### **Umsetzung der Richtlinie**

Der Entwurf bewegt sich zudem nicht mehr in dem von der Richtlinie gesteckten Rahmen. Er geht bei der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG so weit über deren Vorgaben hinaus, daß die Umsetzung nicht mehr durch die Richtlinie gedeckt ist.

Zunächst übergeht der Entwurf die Tatsache, daß sich in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie die Einschränkung „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“ findet, setzt sich in der Begründung zumindest nicht mit einem eventuell eingeschränkten Geltungsbereich auseinander, sondern übernimmt die Vorgaben in den lit. a) bis h) des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie scheinbar kongruent. Die Kongruenz ist nur scheinbar, weil die Richtlinie, wie vorstehend ausgeführt, eine Regelung nur für – wenngleich nicht trennscharfe – Teilbereiche darstellt und der Entwurf diese Einschränkung nicht übernimmt. Die Ausführungen in der Entwurfsbegründung zur Notwendigkeit der Umsetzung der Richtlinie und zu den de lege lata bestehenden Rechtsschutzlücken auf nationaler Ebene können aber nicht durchgreifen, wenn sie bereits auf einem unzutreffenden Grundverständnis von der Reichweite der Richtlinie fußen.

Weiter krankt der Entwurf daran, daß er die Richtlinie 2000/43/EG in unzulässiger Weise mit der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 kombiniert: Die Einbeziehung der von der Richtlinie 2000/78/EG erfaßten zusätzlichen Diskriminierungsmerkmale in den im Vergleich weiteren sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG entspricht nicht dem Willen des Richtliniengebers.

Die Richtlinie 2000/43/EG umfaßt lediglich die Diskriminierungsmerkmale Rasse und ethnische Herkunft, die Richtlinie 2000/78/EG dagegen auch Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung. Der Geltungsbereich ist in Art. 3 Abs. 1 lit. a) bis d) in beiden Richtlinien identisch definiert – die weitergehenden Anwendungsbereiche der lit. e) bis h) der Richtlinie 2000/43/EG enthält die Richtlinie 2000/78/EG jedoch nicht.

Durch den Erlass von zwei Richtlinien, die unterschiedliche Diskriminierungsmerkmale bei zwei unterschiedlichen Anwendungsbereichen erfassen, hat der Richtliniengeber deutlich gemacht, daß er die durch die Richtlinie 2000/43/EG erfaßten Diskriminierungsmerkmale anders behandeln will als die in der Richtlinie 2000/78/EG aufgeführten weiteren Diskriminierungsmerkmale. Dies belegt insbesondere der teilweise übereinstimmende Geltungsbereich der beiden Richtlinien. Diese Systematik zeigt daß für die in der Richtlinie 2000/78/EG erfaßten Diskriminierungsmerkmale der weitergehende Anwendungsbereich, wie er für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft in der Richtlinie 2000/43/EG geregelt wurde, **gerade nicht** gelten soll. Das ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2000/78/EG, der auf den bereits durch die Richtlinie 2000/43/EG gewährleisteten Schutz verweist, ohne ihn jedoch auf die von ihr umfaßten Diskriminierungsmerkmale auszuweiten; die folgenden Erwägungsgründe für die Erfassung zusätzlicher Diskriminierungsmerkmale betreffen nur die Bereiche Beruf und Beschäftigung. Der Entwurf kann sich daher bei seiner indifferenten Gleichbehandlung aller Diskriminierungsmerkmale nicht darauf berufen, lediglich den Willen des Richtliniengebers in nationales Recht zu transformieren.

Schließlich geht der Entwurf auch insofern über einen bloßen „Vollzug“ der Richtlinie hinaus, als er beispielsweise einen dem deutschen Recht systemfremden allgemeinen

Kontrahierungszwang vorsieht. Die Richtlinie erlegt den Mitgliedstaaten in Art. 7 Abs. 1 lediglich auf, sicherzustellen, daß die Betroffenen ihre Ansprüche aus der Richtlinie auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg durchsetzen können. Worauf Ansprüche gerichtet sein müssen, insbesondere, ob vertragliche Primäransprüche durch die Umsetzung gewährleistet werden müssen, ist der Richtlinie hingegen nicht zu entnehmen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der Entwurf über die Vorgaben der Richtlinie 2000/43/EG weit hinausgeht. Das ist zwar gemeinschaftsrechtlich zulässig. Denn Art. 5 und 6 Abs. 1 der Richtlinie verweisen ausdrücklich darauf, daß die Mitgliedstaaten nicht gehindert sind, über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehende Maßnahmen zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung bzw. zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes beizubehalten oder zu beschließen. Soweit aber die Regelungen des Gesetzesentwurfs nicht von der Umsetzungsverpflichtung aus der Richtlinie gedeckt sind, kann sich der Gesetzgeber seiner politischen Verantwortung nicht unter Verweis auf die Richtlinie entziehen und muß seinen Gesetzesentwurf an den deutschen Grundrechten messen lassen.

### III.

#### Zu den einzelnen Vorschriften

##### 1 Zu § 105a BGB - DiskE

§ 105a dient nicht der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG. Der Deutsche Anwaltverein befürwortet die über die Umsetzung hinausgehende Neuregelung, schlägt aber aus verschiedenen Gründen eine andere Fassung vor.

Nach bisherigem Recht war die Willenserklärung eines volljährigen Geschäftsunfähigen ohne jede Einschränkungen unwirksam. Das geschah zum Schutz des Geschäftsunfähigen. Eine Diskriminierung war damit mitnichten beabsichtigt. Deswegen kann die Neuregelung auch nicht für sich beanspruchen, die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen abzubauen. Überzeugender ist das im DiskE außerdem genannte Ziel, die Rechtsstellung geistig behinderter Menschen zu verbessern, ihre soziale Emanzipation zu fördern und ihre Fähigkeiten zu stärken (DiskE S. 25).

Da ein von einem volljährigen Geschäftsunfähigen geschlossener Vertrag unwirksam war, konnte er grundsätzlich nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung rückabgewickelt werden. Das soll nach künftigem Recht für Teilbereiche nicht mehr möglich sein. Der Deutsche Anwaltverein sieht die eigentliche Verbesserung allerdings in einem anderen Aspekt. Denn die Rückabwicklung von Geschäften des täglichen Lebens - derer sich der DiskE lediglich annimmt - war kein praktisch bedeutsames Problem. Nach geltendem Recht konnte der Geschäftsunfähige Schadensersatzansprüche aber nicht ohne weiteres mit der Verletzung von vertraglichen oder nebenvertraglichen Pflichten begründen. Anerkannt war zwar der Integritätsschutz des Kunden bei oder im Vorfeld von Vertragsverhandlungen und der Schutz von Begleitpersonen des Kunden (vgl. dazu nur Soergel/Wiedemann, 12. Aufl., vor § 275 BGB, Rn. 141). Dogmatisch konnte man den Schutz von Integritätsinteressen aber von der Möglichkeit eines wirksamen Vertragsschlusses abhängig machen. Die Neufassung kann dazu beitragen, den Integritätsschutz des volljährigen Geschäftsunfähigen zu verbessern. Eine Belastung des Geschäftsunfähigen, der dann seinerseits Schutzpflichten haben könnte, ist davon nicht zu befürchten, weil es immer an seinem Verschulden fehlt (§§ 276 Abs. 1 Satz 2, 827 BGB).

Der Deutsche Anwaltverein schlägt für Absatz 1 und Absatz 2 die folgende Fassung vor:

- (1) Die Willenserklärung eines volljährigen Geschäftsunfähigen gilt als von Anfang an wirksam, wenn sie auf ein Geschäft des täglichen Lebens gerichtet ist, das mit geringwertigen Mitteln bewirkt werden kann, sobald der Geschäftsunfähige seine Leistung bewirkt hat.
- (2) Die von dem Volljährigen abgegebene und zum Vollzug eines Geschäfts i.S. des Absatzes 1 erforderliche Willenserklärung ist nicht deshalb unwirksam, weil der Volljährige bei Abgabe seiner Erklärung nach Absatz 1 geschäftsunfähig war oder im Zeitpunkt seiner Leistung geschäftsunfähig ist. Für die von dem Geschäftsunfähigen zu erbringende Leistung gilt dies nur, wenn er eine vereinbarte Gegenleistung erhalten hat.

Begründung:

(a) § 105a Abs. 1 bricht mit der Systematik der Vorschriften, in die er eingegliedert werden soll. Das BGB beschäftigt sich in den §§ 105 ff mit dem Schicksal der Willenserklärung, von dem das Schicksal des Vertrages dann erst abhängt. Deshalb sollte an die Willenserklärung und nicht an den Vertrag angeknüpft werden. Auf diese Weise wird auch das - vielleicht nicht sehr naheliegende, aber mögliche - Mißverständnis vermieden, daß die Wirksamkeit der Willenserklärung des anderen Teils nicht mehr zu prüfen sei.

(b) Die Heilungswirkung soll nach § 105a Abs. 1 DiskE davon abhängen, daß Leistung und Gegenleistung bewirkt sind. Diese Lösung vermeidet die Diskriminierungen, die das Gesetz bekämpfen möchte aber nur teilweise:

Bezahlt der geschäftsunfähige Volljährige für die Leistung, erbringt er also seine Gegenleistung, sollte schon zu diesem Zeitpunkt sichergestellt sein, daß das Geschäft auch durchgeführt wird und der Geschäftspartner es nicht im Hinblick auf die zu diesem Zeitpunkt noch gegebenen Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages ablehnt, seine Leistung zu erbringen.

Nach § 105a Abs. 1 DiskE soll der Vertrag nur "in Ansehung von Leistung und ... Gegenleistung" als wirksam gelten. Damit würde den dem BGB bekannten Kategorien - Unwirksamkeit, Wirksamkeit, schwebende Unwirksamkeit - eine weitere Kategorie hinzugefügt. Der Schutz von Integritätsinteressen des Geschäftsunfähigen spricht dafür, die Einschränkung fallen zu lassen (siehe oben a)).

(c) Um den Schutz von Integritätsinteressen besser zu gewährleisten, empfiehlt sich zusätzlich die Formulierung, daß die Willenserklärung "von Anfang an" wirksam ist. Sie nimmt die aus § 110 BGB bekannte Formulierung auf.

§ 105a Abs. 2 soll nach seinem Wortlaut die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts nur für den Zweck des Absatzes 1 fingieren. Danach bliebe das Erfüllungsgeschäfts selbst nichtig; dies soll aber der Anwendung des Absatzes 1 nicht entgegenstehen. Entsprechend sieht Absatz 3 nur eine Außerkraftsetzung des Absatzes 1 vor.

(a) Eine solche Teilfiktion der Wirksamkeit wäre unzweckmäßig. Der Geschäftsunfähige bliebe zunächst Eigentümer des von ihm (bar) bezahlten Geldes oder der von ihm verkauften Sache und auch der andere bliebe Eigentümer des von ihm verkauften Gegenstandes. Es bestünden Herausgabeansprüche oder, nach Verbrauch, Vermischung oder Weiterveräußerung entsprechende Bereicherungsansprüche. Diese Ansprüche

müßten dann durch Rückgriff auf den wirksam gewordenen Vertrag abgewehrt werden. All dies ist unnötig kompliziert. Das Erfüllungsgeschäft sollte insgesamt wirksam werden - aber nur unter der Voraussetzung, daß der Geschäftsunfähige die ihm zustehende Gegenleistung erhalten hat. Denn anders als bezüglich der Wirksamkeit des Vertrages gemäß Absatz 1 sollte sichergestellt werden, daß das Erfüllungsgeschäft des Geschäftsunfähigen nicht wirksam wird, bevor der die vereinbarte Gegenleistung erhalten hat.

- (b) § 105a Abs. 2 ist insofern ungenau, als es nicht darauf ankommt, ob der Volljährige nach Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts geschäftsunfähig geworden ist. Die Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts soll nicht daran scheitern, daß er *bei Bewirkung der Leistung* geschäftsunfähig ist.
- (c) Knüpft man in § 105a Abs. 1 an die Willenserklärung an, muß das auch in Absatz 2 geschehen. Die Formulierung in § 105a Abs. 2 "bei Abschluß des Vertrages in Sinne des Absatzes 1" ist allerdings auch dann ungenau, wenn man für § 105a Abs. 1 weiterhin an den Vertrag anknüpfen wollte. Denn auch dann eröffnet der Wortlaut unnötige Zweifelsfragen, ob die Geschäftsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Abgabe der eigenen Erklärung oder auch zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung des Vertragspartners geprüft werden soll. Die vorgeschlagene Fassung hat außerdem für sich, an die aus § 130 Abs. 2 BGB bekannte Formulierung anzuknüpfen.
- (d) § 105a Abs. 2 regelt zwei verschiedene Fälle. Seine Fassung macht das nicht ausreichend deutlich. In der ersten Alternative geht es um die folgerichtige Klarstellung, daß auch das Erfüllungsgeschäft nicht an der Geschäftsunfähigkeit des Volljährigen scheitert. Die zweite Alternative - spätere Geschäftsunfähigkeit (genauer: Geschäftsunfähigkeit im Zeitpunkt der Leistung des Geschäftsunfähigen) - stellt nicht lediglich eine Ergänzung der Regelung im ersten Absatz dar: Tritt die Geschäftsunfähigkeit nämlich erst nach Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts ein, ist der Tatbestand des ersten Absatzes gar nicht erfüllt. Für diesen Fall muß die Wirksamkeit auch der zum Vollzug erforderlichen Willenserklärungen des später geschäftsunfähig Geworden selbständig angeordnet werden.

Zu § 105a Abs. 3 bittet der Deutsche AnwaltVerein um Prüfung, ob die Bestimmung notwendig ist: Wann nämlich bei einem Geschäft des täglichen Lebens, das mit geringwertigen Mitteln bewirkt werden kann, eine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen eintreten kann, ist nicht leicht zu erkennen.

Die Bestimmung läßt nicht erkennen, bis zu welchem Zeitpunkt das Vormundschaftsgericht eingreifen und anordnen kann, daß Absatz 1 keine Anwendung findet. Offenbar soll das Vormundschaftsgericht auch nachträglich noch eingreifen können. Das könnte im Text deutlicher zum Ausdruck kommen.

Der Überprüfung bedarf auch, ob das Vormundschaftsgericht konsequenterweise nach Absatz 3 auch anordnen können muß, daß Absatz 2 keine Anwendung findet. Insbesondere für den zweiten - selbständigen - Anwendungsfall (1.2.2 (d)) liegt das nahe.

Die Anmerkungen zu § 105a gelten entsprechend für die Neufassungen, die der DiskE für § 138 SGB IX und für § 5 des Heimgesetzes vorschlägt.

## **Zu § 226 BGB - DiskE**

Das Schikaneverbot gemäß § 226 BGB soll dahin ergänzt werden, daß die Ausübung eines Rechts unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einen anderen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität oder aus einem anderen Grund Schaden zuzufügen.

Zwar scheint die Nennung bestimmter Gründe den Anwendungsbereich des § 226 BGB nicht zu erweitern. Jedoch muß damit gerechnet werden, daß die Konkretisierung verbotener Diskriminierungsgründe in dieser Vorschrift das Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale indiziert, wenn dargetan ist, daß eines der genannten Diskriminierungsmerkmale für das Verhalten des einzelnen eine Rolle spielt. Die Aufführung der verbotenen Diskriminierungsgründe bedeutet daher eine Verallgemeinerung des Diskriminierungsverbots.

Diese Verallgemeinerung geht weit über die Vorgaben der beiden EU-Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG hinaus. Das Diskriminierungsverbot in der Form des Schikaneverbots würde damit auch im Bereich des Familien- und Erbrechts gelten, in dem es nach §§ 319 a Abs. 3 nicht anwendbar sein soll. Diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf das gesamte Privatrecht stellt eine bedenkliche Einschränkung der rechtlichen Handlungsfreiheit dar, deren Konsequenzen im einzelnen nicht zu überschauen sind.

## **Zu § 319 a BGB - DiskE**

Die abzulehnende Ausweitung der Diskriminierungsverbote ist in dieser Vorschrift geregelt. Zusätzlich zu den grundsätzlichen Ausführungen (oben unter I.) sei nur nochmals darauf hingewiesen, daß das Verbot der Benachteiligung aufgrund der Weltanschauung in dem erweiterten Anwendungsbereich einen Anbieter oder Nachfrager daran hindern würde, den Vertragsschluß mit Rücksicht auf feststehende oder vermutete Sympathien der anderen Seite mit extremistischen oder terroristischen Bewegungen oder mit Rücksicht auf die Angehörigkeit beispielsweise zu der Scientology-Gruppe abzulehnen. Nach den Ereignissen vom 11. September 2001 ist eine solche Regelung unverständlich. Sie gäbe sogenannten „Schläfern“, selbst wenn sie als solche erkannt sind, einen gesicherten Anspruch auf Wohnraum.

Der Anwendungsbereich ist widersprüchlich geregelt. Nach Absatz 1 Nr. 1 b gilt das Verbot bei Verträgen, die eine Beschäftigung zum Gegenstand haben, und nach Absatz 1 Nr. 2 für den Zugang zu Organisationen. Nach Absatz 2 sollen Benachteiligungen bezüglich des Zugangs zu Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisationen und beim Arbeitsverhältnis durch besonders erlassene Bestimmungen geregelt werden. Wenn das ein Hinweis auf anderweitig vorgesehene *leges speciales* sein soll, die die Anwendung des Absatzes 1 ausschließen, ist das jedenfalls nicht deutlich genug.

Unter den Diskriminierungsmerkmalen nennt der Entwurf die „sexuelle Identität“, wo die Richtlinie von „sexueller Ausrichtung“ spricht. Entgegen der Annahme des Entwurfs umfassen die Worte „sexuelle Identität“, wenn sie irgend einen Sinn haben, nicht die „sexuelle Ausrichtung“. Eine „sexuelle Identität“, das heißt eine Identität nach dem Geschlecht oder nach der sexuellen Orientierung, gibt es im Übrigen ebenso wenig wie eine Identität nach der Haut-, Augen- oder Haarfarbe oder nach irgend einem anderen Merkmal.

Das Verbot soll bei der Begründung, Beendigung oder Ausgestaltung von Verträgen gelten, die *öffentlich angeboten* werden. Damit wäre der Anwendungsbereich wesentlich weiter, als es mit den in der Richtlinie verwendeten Worten „Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die *der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen*“, indiziert ist. Das Letztere setzt voraus, daß es um Güter oder Dienstleistungen geht, die von einer Vielzahl oder jedenfalls

von einer Mehrzahl von Personen in Anspruch genommen werden können und bei denen es auf irgend eine Vertrauensbeziehung oder dergleichen zwischen den Vertragsparteien nicht ankommt. Demgegenüber soll mit der Nummer 1 jeder Vertrag erfaßt werden, der öffentlich angeboten wird, auch wenn es um einen nur einmal zur Verfügung stehenden Gegenstand geht, und auch dann, wenn der Vertrag ein Mindestmaß an Vertrauen voraussetzt, wie z. B. bei den in der Begründung ausdrücklich genannten Verträgen über Finanzdienstleistungen, Geschäftsbesorgungen etc. Aufgrund der Umkehr der Beweislast (§ 319 c BGB - DiskE) müßte die Ablehnung des Vertrages (des Vertrauens) mit objektivierten Gründen gerechtfertigt werden.

Zur Bestimmung des Anwendungsbereichs entspricht die Begründung nicht dem vorgeschlagenen Gesetzestext. Die Begründung spricht davon, daß die Worte „Güter“ aus der Richtlinie durch das Wort „Waren“ ersetzt sei. In dem vorgesehenen Gesetzestext findet sich dieses Wort nicht.

Nach Absatz 3 soll das Verbot „auf das Familien- und Erbrecht keine Anwendung“ finden. Gemeint dürfte sein, daß es keine Anwendung findet auf die Begründung, Beendigung und Ausgestaltung von Verträgen im Bereich des Familien- und Erbrechts. Diese Ausnahme ist in der Tat unerlässlich. Besorgnis erregt allerdings die Tatsache, daß der Entwurf diese Ausnahme für erforderlich hält. Daran zeigt sich, wie weit die Auslegung des Begriffes „öffentlich angebotene Verträge“ sein kann.

### **Zu § 319 b BGB - DiskE**

Der Entwurf übernimmt hier die unrichtige Formulierung (nur der deutschen Fassung) der Richtlinie 2000/43, die in der Richtlinie 2000/78 korrigiert ist. Nach dem Wortlaut des Entwurfs kann die Benachteiligung einer Person bereits angenommen werden, wenn (zu erwarten ist, daß ?) diese Person eine Behandlung „erfahren würde“. Außerdem stehen die Worte „in einer vergleichbaren Situation“ in dem Entwurf an der falschen Stelle. Es kommt nicht darauf an, wie der (vielleicht) Diskriminierte in einer vergleichbaren Situation behandelt wird, sondern darauf, wie eine andere Person in vergleichbarer Situation behandelt würde. Der Gesetzgeber sollte sich hier an der englischen und französischen Fassung und nicht an dem insoweit sinnwidrigen deutschen Wortlaut der Richtlinien orientieren.

Der Absatz 2 knüpft an Personen an, „bei denen eines oder mehrere der in § 319 a bezeichneten Merkmale vorliegen“, also Personen, die Geschlecht, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung oder Alter haben. Man fragt sich, bei welchen Personen diese Merkmale nicht vorliegen.

Offenbar soll eine Benachteiligung im Falle einer zulässigen Unterscheidung nicht vorliegen. Das ist aber nicht gesagt.

Die Beschäftigungsrichtlinie (2000/78) enthält zwei Ausnahmen der Definition der mittelbaren Diskriminierung. Der Entwurf übernimmt nur die erste.

### **Zu § 319 c BGB - DiskE**

Entsprechend § 611 a BGB soll es hier genügen, wenn Tatsachen glaubhaft gemacht werden. Die Begründung erklärt dazu unrichtig, es genüge eine eidesstattliche Versicherung. Es geht (einhellige Meinung zu § 611 a BGB) nicht um die zulässigen Beweismittel, sondern um das erforderliche Beweismaß.

## **Zu § 319 d BGB - DiskE**

Absatz 1 Nr. 1 a setzt voraus, daß „das Vorhandensein oder Fehlen eines der in § 319 a Abs. 1 bezeichneten Merkmale“, also das Vorhandensein oder Fehlen von Geschlecht, ethnischer Herkunft, Religion, Weltanschauung oder Alter wesentliche Voraussetzung ist. Der Gesetzesanwender kann nur ahnen, was damit gemeint ist.

Die Beschäftigungsrichtlinie (2000/78) enthält in Art. 4 zwei Fallkategorien zulässiger Unterscheidungen; der Entwurf übernimmt davon nur die erste.

## **Zu § 319 e BGB - DiskE**

Nach Absatz 1 soll dem von einer verbotenen Benachteiligung Betroffenen in erster Linie ein Unterlassungsanspruch gegen den Täter zustehen. Entgegen der Entwurfsbegründung wird der Unterlassungsanspruch aber nicht, wie in § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB, davon abhängig gemacht, daß Wiederholungen zu besorgen sind. Es wäre zweckmäßig, wenn insoweit nicht eine "ungeschriebene" Anspruchsvoraussetzung unterstellt, sondern die Besorgnis weiterer Verstöße als Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs im Gesetz verankert würde.

Nach Absatz 1 Satz 2 soll im Rahmen des Anspruchs auf benachteiligungsfreie Behandlung (Folgenbeseitigung) der Abschluß eines Vertrages oder der Zugang zu einer Organisation nur beansprucht werden können, wenn er ohne den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot geschlossen oder ermöglicht worden wäre. Dies soll aber dann nicht gelten, wenn über den Vertragsgegenstand bereits ein Vertrag mit einem Dritten geschlossen worden ist. Angesichts dieser weiteren Ausnahme vom Kontrahierungszwang ist im einleitenden Hauptsatz das Wort "nur" als irreführend zu streichen, weil sonst der zweite Halbsatz das Gegenteil von dem ausdrückt, was gesagt sein soll.

Nach Absatz 1 Satz 3 soll der Betroffene eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen können, wenn sich die Benachteiligung nicht durch einen Unterlassungsanspruch oder einen Folgenbeseitigungsanspruch oder in anderer Weise ausgleichen läßt. Nach der Entwurfsbegründung ließe sich in diesen Fällen ein Schadensersatzanspruch des Betroffenen auch aus allgemeinen Vorschriften ableiten. Die Rechtsfolge werde hier nur aus Gründen der Transparenz und Rechtsklarheit zum Ausdruck gebracht.

Unklar ist aber, ob die Entschädigung im Sinne von § 251 BGB als Ersatz eines materiellen Schadens oder im Sinne von § 253 BGB als eine Art Schmerzensgeld gemeint ist. Falls ersteres Verständnis zutrifft, stellt sich die Frage der Konkurrenz dieses Anspruchs zu anderen Ersatzansprüchen, etwas wegen Verschuldens bei Vertragsschluß nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280, Abs. 1 BGB (neu) oder weder Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB, wenn das Diskriminierungsverbot nach § 319 a als Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift verstanden würde. Das Wort "angemessene" vor "Entschädigung" spricht dafür, daß sich die Entschädigung nicht nach dem Betrag des (materiellen) Schadens bemißt, sondern mit der Entschädigung eine Kompensation für immateriellen Schaden gewährt oder gar zu Abschreckungszwecken ein Strafschaden („punitive damages“) verhängt werden soll. Damit würde ein wesentliches Element der deutschen Privatrechtsordnung mit leichter Hand über Bord geworfen, nämlich die Beschränkung der Schadensersatzhaftung auf den Vermögensschaden mit eng begrenzten und klar definierten Ausnahmen und die strikte Trennung zwischen zivilrechtlichen Aspekten einerseits und strafrechtlichen/generalpräventiven Zielsetzungen andererseits. Eine derartige Privatisierung des Strafrechts wäre ein Fremdkörper im deutschen Recht; sie wird von den Richtlinien nicht gefordert.

Bei jeder möglichen Auslegung stellt sich zudem die Frage, ob der Entschädigungsanspruch nur bei vorsätzlicher Benachteiligung oder auch bei bloßer Fahrlässigkeit im Sinne von § 276 BGB, etwa bei einem auf Fahrlässigkeit beruhenden Verbotsirrtum (einschließlich des Rechts- oder Tatsachenirrtums über die Voraussetzungen einer zulässigen Unterscheidung), gegeben sein soll. Eine Klarstellung im Gesetzestext wäre sinnvoll.

Nach § 319 e Abs. 2 E sollen einseitige Rechtsgeschäfte, ausgenommen Auslobungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, nichtig sein. Nach der Begründung soll die Nichtigkeitsfolge ausdrücklich nicht für Verträge gelten, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, § 134 BGB also nicht anwendbar sein, da diese Rechtsfolge sehr weitgehend und unflexibel sei und die Sicherheit des Rechtsverkehrs beeinträchtigen würde. Diese Gründe sprechen aber in gleicher Weise gegen die Nichtigkeit einseitiger Rechtsgeschäfte, wie z.B. Vollmachten oder Auslobungen, wie im Entwurf durch die Ausnahme von Auslobungen eingeräumt wird. Es erscheint ausreichend, unzulässige Diskriminierung durch einseitiges Rechtsgeschäft über den Unterlassungsanspruch oder Folgenbeseitigungsanspruch nach Abs. 1 zu bekämpfen. Die Rücknahme einer diskriminierenden Kündigung kann z.B. nach § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden. Die Nichtigkeitsfolge nach Abs. 2 erscheint daher als eine zu weit gehende unnötige Sanktion.

### **Zu Art. 2 Abs. 13 - Änderung des Unterlassungsklagengesetzes:**

Zu § 2 Abs. 3 und § 3 Abs. 3 UklG - Disk E

Durch diese neuen Absätze soll ein im Wege der Verbandsklage durchsetzbarer Unterlassungsanspruch gegen Unternehmer begründet werden, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 319 a verstoßen, wenn dadurch "wesentliche Belange der benachteiligten Personengruppen berührt werden".

Auch hier sollte die Wiederholungsgefahr als Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ausdrücklich genannt werden.

Die Einführung einer eigenständigen Verbandsklage geht über die Rechtsschutzanforderungen der EU-Richtlinien (Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG) hinaus. Danach müssen sich interessierte Verbände oder Organisationen nur am Gerichts- oder Verwaltungsverfahren im Namen des Betroffenen oder zu dessen Unterstützung und mit dessen Einwilligung beteiligen können. Ein Klagerecht von Verbraucherschutzverbänden ist dagegen nicht vorgesehen. Das Verbandsklagerecht erscheint unter dem Aspekt bedenklich, daß in Art. 3 Abs. 3 der Kreis der klageberechtigten Verbände erheblich erweitert wird, indem als anspruchsberechtigt alle rechtsfähigen Verbände bezeichnet werden, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, durch Aufklärung und Beratung die Interessen von benachteiligten Personengruppen, die Benachteiligungen ausgesetzt sein können, wahrzunehmen. Damit kann sich jeder satzungsmäßig legitimierte Verband gegen jede Benachteiligung wenden ohne Rücksicht darauf, ob der Verband gerade die Interessen der benachteiligten Personengruppe wahrnimmt. Es fehlt also die erforderliche Zuordnung des klagenden Verbands zu der jeweils benachteiligten Gruppierung.

Zu § 12 UklG - Disk E:

Nach dieser neuen Vorschrift soll eine Zuwiderhandlung gegen eine vollstreckbare Unterlassungsanordnung, die durch Urteil ergeht, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden. Nach der Entwurfsbegründung soll damit den oft eingeschüchternen Opfern einer Diskriminierung die Möglichkeit verschafft werden, auch ohne Hilfe von Verbänden durch Anrufung von Strafverfolgungsbehörden zu einer Ahndung von Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungsurteile zu gelangen.

Diese Begründung passt nicht zu dem vorangegangenen Klageverfahren eines Verbandes, der einer Einschüchterung sicherlich nicht ausgesetzt ist.

Eine derartige Strafrechtsnorm stellt einen Fremdkörper im Unterlassungsklagengesetz dar und erscheint zur Durchsetzung von Unterlassungsurteilen nicht erforderlich, da hierfür dem klagenden Verband im Falle einer Zuwiderhandlung die Vollstreckungsmöglichkeit durch Festsetzung eines Ordnungsgeld nach § 890 ZPO zur Verfügung steht. Auch im Hinblick auf die Beweislastumkehr, die auf Unterlassungsklage zu einer schnellen Verurteilung führen kann, erscheint die Strafvorschrift als zu weitgehend.

Erst recht besteht kein Bedürfnis dafür, daß die Rechtmäßigkeit eines Unterlassungsurteils durch das Strafgericht überprüft wird. Vielmehr würde durch eine solche Überprüfung die Rechtsbeständigkeit des zivilgerichtlichen Unterlassungsurteils in erheblichem Maße beeinträchtigt. Die Strafvorschrift sollte daher gestrichen werden.

### **§§ 186, 191 a GVG - DiskE, Aufhebung des § 187 GVG (Art. 2 Nr. 1)**

Den Änderungen zu § 186 GVG-E ist zuzustimmen. Ebenso zu begrüßen ist die Aufhebung des § 187 GVG und grundsätzlich auch der neue § 191 a GVG-E. In dem letzteren schafft der Halbsatz „soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Rechte im Verfahren erforderlich ist“ allerdings Unklarheit. Denn erst nachdem er eine Partei ein Schriftstück zur Kenntnis genommen hat, können sie und ihr Anwalt beurteilen, ob aus ihrer Sicht dazu etwas zu sagen ist. Der Halbsatz sollte daher entfallen.

§ 191 Abs. 1 Satz 2 GVG-E bestimmt, dass Auslagen nicht erhoben werden. Bei einer entsprechenden Verabschiedung wird das Gesetz daher erhebliche Kosten verursachen. Der Hinweis, dass die Gesetzänderungen kostenfrei erfolgen, ist daher nicht richtig.

### **§ 3 Rechtsberatungsgesetz (Art. 2 Nr. 3)**

Die Änderung des Rechtsberatungsgesetzes ist abzulehnen. Nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2000/43/EG ist diese Änderung nicht erforderlich. Gerade im Zusammenhang mit der ebenfalls abzulehnenden Ausweitung der anspruchsberechtigten Stellen nach § 3 Abs. 3 Unterlassungsklagengesetz-E ist eine weitere Ausweitung der Rechtsberatungsbefugnis ohne Kompetenznachweis nicht akzeptabel. Ausreichend wäre eine Unterstützung durch Verbände und Organisationen außerhalb der konkreten Rechtsberatung.

### **Schlichtung nach § 15 a EGZPO (Art. 2 Nr. 6)**

Die Vorschaltung eines zwingenden Schlichtungsverfahrens ist abzulehnen, weil der Rechtsstreit verzögert und verkompliziert wird.

### **§ 44 a Bundeshaushaltsordnung (Art. 2 Nr. 15)**

Die Vorschrift ist nicht praktikabel, weil keine Zeiträume genannt werden, in denen das Benachteiligungsverbot eingehalten worden sein muss. Die Sanktion ist im Hinblick auf die Gefährdung bestehender Arbeitsplätze auch überzogen.

### **§ 97 Abs. 4 GWB-E (Art. 2 Nr. 16)**

Die Vorschrift ist abzulehnen, da sie unklar ist. Es ist nicht geregelt, wie festgestellt werden soll, ob ein Unternehmer Gewähr für die Beachtung des Diskriminierungsverbotes bietet. Falls insoweit Erklärungen ausreichen, ist die Vorschrift wertlos. Falls eine einzelne Entscheidung gegen einen Unternehmer nach § 319 a BGB - DiskE zum Ausschluss aus dem

Vergabeverfahren führen kann, ist die Sanktion unangemessen. Außerdem werden Nachprüfungsverfahren nach § 102 ff. GWB geradezu provoziert und weiter verkompliziert.