



Professor Christian Armbrüster, Berlin

## **Das Antidiskriminierungsgesetz aus zivilrechtlicher Sicht**

### ***insbesondere: Wohnraummietverträge und Sanktionsmöglichkeiten***

*Das noch vom 14. Deutschen Bundestag verabschiedete Antidiskriminierungsgesetz hat seinen Ursprung in europäischen Richtlinien, ist in Deutschland jedoch von Beginn an kontrovers diskutiert worden. Vor allem im Bereich der sogenannten Massengeschäfte wirft die inhaltlich überschießende Umsetzung der Richtlinienvorgaben Probleme auf. Auch die scharfen Sanktionsmöglichkeiten, die bis zum Kontrahierungszwang reichen, haben Zweifel an der Vereinbarkeit des Gesetzes mit grundrechtlich geschützten Positionen geweckt. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit einigen besonders umstrittenen Fragen der ursprünglichen Umsetzung im Bereich des Zivilrechts auseinander. Da der Bundesrat den Vermittlungsausschuss anrief, dort aber keine Einigung mehr erzielt werden konnte, wird auch die künftige Regierung die kritisierten Aspekte bei der Umsetzung erwägen müssen. Die Auseinandersetzung mit dem Antidiskriminierungsrecht ist insoweit von bleibender Aktualität.*

S. 103

- HFR 8/2005 S. 1 -

#### **1 I. Umsetzungsbedarf**

Am 17. 06. 2005 hat der Bundestag das Antidiskriminierungsgesetz (ADG)<sup>1</sup> in der vom Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend geänderten Fassung<sup>2</sup> verabschiedet. Das ADG dient der Umsetzung der (allgemein-)zivilrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien von 2000<sup>3</sup> und 2004<sup>4</sup> sowie der das Arbeitsrecht betreffenden Richtlinien aus den Jahren 2000<sup>5</sup> und 2002<sup>6</sup>. Die erstgenannte Richtlinie untersagt die Diskriminierung wegen „Rasse“ und ethnischer Herkunft bei Abschluss und Durchführung von Schuldverträgen verschiedenster Art, die zweite verbietet Benachteiligungen wegen des Geschlechts. Die beiden arbeitsrechtlichen Richtlinien umfassen darüber hinaus auch die Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung.

- <sup>2</sup> Ob das Gesetz in dieser Form in Kraft treten wird, ist freilich angesichts der Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat<sup>7</sup> äußerst zweifelhaft. Zwar ist das Gesetz nicht zustimmungspflichtig. Indessen wird es im Vermittlungsausschuss vor der zu erwartenden vorgezogenen Bundestagswahl wohl nicht mehr zu einer Einigung kommen. Davon unabhängig ist und bleibt das Antidiskriminierungsgesetz ein brisantes Thema, ist doch auch eine neue Regierung zur Umsetzung der dahinter stehenden, den Schutz vor Benachteiligung betreffenden Richtlinien verpflichtet. Hinzu kommt die un-

<sup>1</sup> BT-Dr. 15/4538; Ursprüngliche Fassung abgedr. mit Begründung in NJW-Dokumentation Heft 1-2/2005, S. XXXV; abrufbar unter [www.spdfraktion.de/rs\\_datei/o,,4395,00.pdf](http://www.spdfraktion.de/rs_datei/o,,4395,00.pdf); BT-Dr 103/5.

<sup>2</sup> BT-Dr. 15/5717.

<sup>3</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 (Antirassismusrichtlinie), ABl. EG Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22; dazu Nickel, NJW 2001, 2668 ff.; Schiek, AuR 2003, 44 ff.; Thüsing, NZA 2001, 1061 ff.

<sup>4</sup> Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004, ABl. EG Nr. L 373/37 v. 21.12.2004, S. 37; vgl. zum Entwurf Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529.

<sup>5</sup> Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 29.11.2000, ABl. EG Nr. L 303 v. 2.12.2000, S. 16; dazu J.-H. Bauer, NJW 2001, 2672 ff.; J. Mohr, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2002; Thüsing, NZA 2001, 1061 ff.

<sup>6</sup> Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.9.2002, ABl. EG Nr. L 269, S. 15; dazu Rust, NZA 2003, 72 ff.

<sup>7</sup> Beschluss vom 8.7.2005, BR-Dr. 445/05; vgl. auch Bedenken des Bundesrats in seiner Entschließung BR-Dr. 1033/05.

bestreitbare Dringlichkeit der Umsetzung.<sup>8</sup> Aufgrund der Überschreitung der Umsetzungsfristen der Richtlinien aus dem Jahre 2000 (am 19.7. bzw. 2.12.2003), hat die Kommission bereits Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland geplant bzw. eingeleitet.<sup>9</sup> Davon zu unterscheiden ist die – schon bislang im Mittelpunkt der Diskussion stehende – Frage, in welchem Umfang eine Regelung erfolgen sollte.<sup>10</sup>

- 3 An dem jetzigen Entwurf wird insbesondere kritisiert, dass er hinsichtlich der Diskriminierungsmerkmale im Bereich des allgemeinen Zivilrechts bei den sog. Massengeschäften über die Vorgaben der Richtlinien hinausgeht, indem er sämtliche in den Richtlinien vorkommende Merkmale erfasst (§ 19 I iVm § 1 ADG<sup>11</sup>), obwohl sich der Schutz der (allgemein-)zivilrechtlichen Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG nur auf die Fälle ethnischer oder geschlechtsbezogener Diskriminierung erstreckt.<sup>12</sup> Hierzu ist anzumerken, dass sich für die Einbeziehung der Merkmale Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung auch in das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot durchaus einiges vorbringen lässt.

**S. 104**

- HFR 8/2005 S. 2 -

- 4 Beschränkt man sich nämlich auf die Umsetzung der Richtlinienvorgaben, so könnte der Eindruck entstehen, es dürfe zwar nicht aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft oder Geschlecht ungleich behandelt werden, die Differenzierung aus Gründen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sei jedoch erlaubt.<sup>13</sup> Der aktuelle Entwurf schafft insofern überschaubare und einheitliche Regelungen.<sup>14</sup> Die europäischen Vorgaben sind zudem Mindestanforderungen. Eine „überschießende“ oder antizipierende Umsetzung von Richtlinien ist zulässig. Auch andere Mitgliedstaaten haben davon Gebrauch gemacht. So gehen beispielsweise die antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen in Schweden schon seit Längerem über das europarechtlich geforderte Minimum hinaus.<sup>15</sup>
- 5 Neben der überschießenden Umsetzung werden auch die scharfen Sanktionen des Schadensersatzes und des Kontrahierungszwangs als (zu) schwerwiegendem Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie heftig diskutiert<sup>16</sup> (s. dazu unten sub III).
- 6 Manche Aspekte der Kritik wurden insbesondere nach dem sog. Job-Gipfel im März 2005 durch die Vornahme einiger Änderungen in der jüngsten Fassung des ADG-Entwurfs berücksichtigt. Diese betreffen vor allem den arbeitsrechtlichen Teil des ADG (§ 6 ff. ADG-E), auf den hier jedoch nicht eingegangen werden soll.<sup>17</sup> Darüber hinaus wurden auch Lockerungen bei der Vermietung von Wohnraum (§ 19 III ADG-E) vorgenommen (dazu sogleich sub II). An der Einbeziehung aller vom Schutz erfassten Gruppen auch im zivilrechtlichen Bereich hat sich indes nichts geändert, ebenso wenig wie an der Einführung eines Kontrahierungszwangs<sup>18</sup> (s. dazu noch unten sub III).

<sup>8</sup> Zust. Braun, ZRP 2005, 135 (136).

<sup>9</sup> Vgl. Benecke, EuZW 2005, 360; Pressemitteilung der Kommission IP/04/94, EuZW 2004, 484.

<sup>10</sup> Zutr. Braun, ZRP 2005, 135 (136).

<sup>11</sup> Diesem Beitrag liegt die Bezifferung der §§ des neuen Entwurfs des ADG zugrunde. Da § 16 ADG-E a.F. entfallen ist, wurden die §§ 17 ff. um jeweils eine Ziffer vorgezogen.

<sup>12</sup> S. nur Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2005, 32 (35 f.).

<sup>13</sup> Zur Frage, ob diese Begriffe auch hinreichend konkretisiert sind vgl. die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, März 2003, S. 4, abrufbar unter <http://www.drb.de/pages/html/stellung/st-antidiskrG.html>.; s. auch Wagner, ZRP 2005, 136 (137).

<sup>14</sup> So auch der Deutsche Richterbund, Stellungnahme (Fn. 13), S. 1.

<sup>15</sup> Vgl. Baer, ZRP 2002, 290 (291) mwN; ähnliche Argumente auch in BT-Diskussion am 17.6.2005.

<sup>16</sup> Vgl. zum Streitstand Baer, ZRP 2002, 290 (291); Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2005, 32; Wagner, ZRP 2005, 136 ff.; Wrase, HFR 5-2005, S. 2 ff. mwN.

<sup>17</sup> Vgl. zu den Änderungen NJW-Spezial 2005, 230; zum arbeitsrechtlichen Teil des ADG siehe Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2005, 32 ff.; Herms/Meinel, DB 2004, 2370 ff.; Schieck, NZA 2004, 873 ff.

<sup>18</sup> Insoweit zu Recht krit. Ch. Wagner, ZRP 2005, 136 (137).

7 Der vorliegende Beitrag setzt sich mit einigen besonders umstrittenen Fragen der Umsetzung im zivilrechtlichen Bereich auseinander, die auch von einer künftigen Regierung bei der Umsetzung erwogen werden müssen. So soll zum einen die Frage, inwieweit Wohnraummietverträge betroffen sind, näher beleuchtet werden. Als weiterer Schwerpunkt wird die Problematik der in den Richtlinien offen gelassenen Sanktionen einer Verletzung des Benachteiligungsverbots, insbesondere des vorgesehenen Kontrahierungszwangs, erörtert. Hinsichtlich der genannten Gesichtspunkte ist der aktuelle Entwurf gegenüber der Vorfassung nicht verändert worden.

## 8 II. Problematik der Wohnraummietverträge

Vermieten Großanbieter wie beispielsweise Wohnungsbaugenossenschaften eine Vielzahl von Wohnungen, fragt sich, welches Diskriminierungsverbot für welches Merkmal eingreift: Gilt das umfassende Verbot gem. § 19 I ADG-E oder (nur) das spezielle, auf ethnische Diskriminierung bezogene Verbot gem. § 19 II ADG-E? Diese Frage ist praktisch sehr bedeutsam.

S. 105

- HFR 8/2005 S. 3 -

### 9 1. Ethnische Diskriminierung

Eine Benachteiligung aufgrund der *Rasse* oder der *ethnischen Herkunft* ist gem. § 19 II i.V. mit § 2 I Nr. 8 ADG-E nicht zulässig. Danach ist die Diskriminierung aufgrund der Rasse bzw. der ethnischen Herkunft beim Zugang zur und der Versorgung mit Dienstleistungen und Gütern, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum, verboten. Dies entspricht exakt der Vorgabe der Antirassismusrichtlinie (RL 2000/43/EG), Art. 3 I lit. h), die auch keine Ausnahmen zulässt.

### 10 2. Diskriminierung aus anderen Gründen

Ob darüber hinausgehend auch die Benachteiligung aus Gründen der *Religion*, der *Weltanschauung*, einer *Behinderung*, des *Alters*, des *Geschlechts* oder der *sexuellen Identität* verboten ist, ist dagegen nicht so einfach festzustellen. Die Gleichbehandlungsrichtlinie (RL 2004/113/EG) gibt kein Verbot der *geschlechtsbezogenen* Benachteiligung bei der Vermietung von Wohnraum vor: Die Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist im zivilrechtlichen Bereich europarechtlich gem. Art. 3 I der RL (nur) dann unzulässig, wenn es sich hierbei um die Bereitstellung von Gütern oder Dienstleistungen handelt, *die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen*. Dies trifft jedoch bei der Vermietung von Wohnraum, auch durch „Massenanbieter“, nicht zu. Die Person des Mieters ist auch im Mietverhältnis mit einem Großanbieter nicht völlig unwichtig.

11 Demzufolge geht der aktuelle Entwurf hinsichtlich sämtlicher Diskriminierungsmerkmale – außer denen der Rasse und der ethnischen Herkunft – über die europarechtlichen Vorgaben hinaus, sofern er dem umfassenden Verbot auch Wohnraummietverhältnisse unterwirft, wie dies nach der Begründung des Entwurfs der Fall sein soll.<sup>19</sup> Danach sollen dem umfassenden Verbot „vielfach“ auch große Anbieter einer Vielzahl von Wohnungen unterfallen. Derartige Verträge seien den *Massengeschäften* (also gem. § 19 I Nr. 1 Fall 1 ADG-E Schuldverhältnissen, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen) gleichgestellte zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen das *Ansehen der Person* nach der Art des Schuldverhältnisses eine *nachrangige Bedeutung* hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (§ 19 I Nr. 1 Fall 2 ADG-E). Ob es sich bereits bei Anbietern von drei Wohnungen oder erst ab 50, 100 oder mehr

---

<sup>19</sup> Begr. (Fn. 1), S. 98.

Wohnungen um sog. „große Anbieter“ handelt, ist allerdings ungeklärt.<sup>20</sup>

- 12 Hier stellt sich die Frage, ob derartige Wohnraummietverträge tatsächlich als den Massengeschäften gleichgestellte Schuldverhältnisse iSv § 19 I Nr. 1 Fall 2 ADG-E einzustufen sind. Dagegen spricht Einiges: So erscheint der Einwand, aufgrund der langfristigen Vertragsbeziehung bei Mietverhältnissen komme es jedem Vermieter auch auf den Vertragspartner an,<sup>21</sup> durchaus berechtigt. Als Indizien dafür, dass die Person des Mieters nicht nur nachrangige Bedeutung hat, können die typischerweise erfolgende persönliche Zusammenkunft, die übliche gemeinsame Wohnungsbesichtigung und das Ausfüllen von Antragsformularen durch den Interessenten – alles Vorgänge vor Vertragschluss – angeführt werden.

S. 106

- HFR 8/2005 S. 4 -

- 13 Anhand der Wohnungsmiete zeigt sich exemplarisch, dass die Einordnung eines Sachverhaltes unter § 19 I Nr. 1 Fall 2 ADG-E äußerst schwierig sein kann. In der Praxis führt dies zu erheblichen Unsicherheiten; sie lassen sich auch schon jetzt, im Vorfeld einer Gesetzesverabschiedung, anschaulich ausmalen. Für den jeweiligen Vermieter ist es nämlich keineswegs stets mit hinreichender Klarheit erkennbar, wann und in Bezug auf welchen Mietinteressenten welches Verbot gilt.<sup>22</sup> Daher ist es vorzugswürdig, auf eine derart undurchsichtige, unbestimmte und deshalb nicht justiziable Kategorie von Verträgen, bei denen das Ansehen der Person eine „nachrangige“ Bedeutung hat, gänzlich zu verzichten.<sup>23</sup>
- 14 Immerhin ist ein Teil der bisher von den Wohnungsanbietern geäußerten Bedenken durch den nunmehr in § 19 ADG-E eingefügten Abs. 3 ausgeräumt worden. Danach darf die soziale Ausgewogenheit der Mietergemeinschaft bei der Auswahlentscheidung Berücksichtigung finden.<sup>24</sup> Das den Vermietern verbleibende Risiko nachzuweisen zu können, sich mit dem Ziel der Erhaltung oder der Schaffung „sozial stabiler Bewohnerstrukturen“, „ausgewogener Siedlungsstrukturen“ oder „ausgeglichener, wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse“ für einen bestimmten Interessenten entschieden zu haben, ist diesen in den Fällen ethnischer Diskriminierung, die auch nach der hier vertretenen Ansicht bei der Wohnungsmiete wegen des insoweit zwingenden Umsetzungserfordernisses (s. oben sub 1), bedeutsam wird, durchaus zumutbar. Diese Lockerung ist auch als richtlinienkonform anzusehen, da ihr Anliegen mit der Zielvorstellung des Richtliniengebers vereinbar ist, (nur) eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung zu unterbinden.

### 15 **III. Sanktionen, insbesondere Kontrahierungszwang**

#### **1. Europarechtliche Vorgaben**

Die Antidiskriminierungsrichtlinien fordern *wirksame, verhältnismäßige* und *abschreckende* Sanktionen.<sup>25</sup> Die Ausgestaltung im Einzelnen ist den Mitgliedstaaten überlassen. Nur als mögliche Sanktion wird in den Richtlinien die Schadensersatzleistung an die Opfer aufgeführt.

- 16 Das ADG in der aktuellen Fassung sieht eine ganze Palette an zivilrechtlichen Folgen vor, falls das Benachteiligungsverbot verletzt wird. So kann der Benachteiligte die *Beseitigung* der Beeinträchtigung verlangen (§ 21 I 1 ADG) und bei Wiederholungsgefahr auf *Unterlassung* klagen (§ 22 I 2 ADG). Daneben können *Schadensersatz* (§ 21 II 1

<sup>20</sup> S. auch Hennigsen (Präsident des IVD), der in einer Pressemitteilung des IVD vom 20.01.2005 dahingehend Bedenken äußert, abrufbar unter [http://lobbyist.de/php\\_lib/print.php?ref=/News.php4?m=29679](http://lobbyist.de/php_lib/print.php?ref=/News.php4?m=29679).

<sup>21</sup> Vgl. Hennigsen, in Pressemitteilung des IVD vom 20.01.2005 (Fn. 21)

<sup>22</sup> Ähnlich Ch. Wagner, ZRP 2005, 136 (137), der eine verlässliche und praktikable(re) Gesetzgebung fordert.

<sup>23</sup> So schon Armbrüster, ZRP 2005, 41 (42).

<sup>24</sup> Dies begrüßt Ch. Wagner, ZRP 2005, 136 (137).

<sup>25</sup> Art. 15 RL 2000/43 EG (Fn. 3); Art. 17 RL 2000/78/EG (Fn. 5); Art. 14 RL 2002/73/EG (Fn. 6); Art. 14 RL 2004/113/EG (Fn. 4).

ADG) und für immaterielle Schäden eine angemessene *Entschädigung* in Geld (§ 21 II 3 ADG) gefordert werden. Handelt es sich um die Verweigerung eines Vertragsabschlusses aufgrund eines der maßgeblichen Diskriminierungsmerkmale, führt dies sogar zu einem *Kontrahierungszwang* als besonderem Anwendungsfall des Beseitigungsanspruchs (arg. § 21 II 1 ADG).

S. 107

- HFR 8/2005 S. 5 -

- 17 Europarechtlich ist es freilich nicht einmal vorgegeben, dass die Sanktionen überhaupt zivilrechtlicher Art sein müssen. In Betracht kommt ebenso eine Regelung über das öffentlich-rechtliche Instrumentarium der Ordnungswidrigkeit.<sup>26</sup> Bei einer solchen Lösung würden Unstimmigkeiten mit den im allgemeinen deutschen Zivilrecht geltenden Grundsätzen von vornherein vermieden. So wird im vorliegenden ADG-Entwurf – im Einklang mit der Rspr. des EuGH<sup>27</sup> – für Schadensersatzansprüche ein Vertretenmüssen grundsätzlich nicht verlangt. Im geltenden Delikts- und Vertragsrecht hingegen ist das Verschuldenserfordernis eine Voraussetzung von Schadensersatzansprüchen, die nur in Ausnahmefällen entbehrlich ist.<sup>28</sup> Ebenfalls im Widerspruch zum Verständnis des Schadensersatzanspruchs im deutschen Recht als Instrumentarium zum Ausgleich des tatsächlich erlittenen Schadens steht das von den Richtlinien aufgestellte Erfordernis einer abschreckenden Sanktion, und somit der Strafcharakter des Schadensersatzes.<sup>29</sup>
- 18 Dennoch ist es im Grundsatz zu begrüßen, dass die Entwurfsverfasser sich nicht für die Schaffung eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes, sondern für eine Regelung der Sanktionen im allgemeinen Zivilrecht entschieden haben. Diskriminierungen zu unterbinden, ist ein wichtiges Anliegen der Rechtsordnung. Es ist nicht nur grundrechtlich gewährleistet (Art. 3 III 1, 2 GG), sondern schon nach bisherigem Recht über die §§ 138, 242, 823, 826, 1004 BGB auch in der Privatrechtsordnung zu beachten.<sup>30</sup> Wenn nun dennoch eine Umsetzung erforderlich ist, um den Anforderungen des EuGH an die Erkennbarkeit der auf Richtlinien beruhenden Rechtspositionen für den Einzelnen Rechnung zu tragen,<sup>31</sup> so liegt es nahe, dies im Rahmen der Zivilrechtsordnung zu tun. Schließlich vermag eine Regelung im Zivilrecht auch zu einer Erhöhung der *Effektivität* der Sanktionen beizutragen: Tendenziell wird die Durchführung eines Zivilprozesses, d.h. die (womöglich gar physische) Konfrontation des Benachteiligten mit dem Opfer, sich für den Diskriminierenden unangenehmer darstellen als ein Ordnungswidrigkeitenverfahren, in dem der Person des Opfers nur eine untergeordnete Rolle zukommt.
- 19 Teilweise wird freilich bereits die Sanktion des *Schadensersatzes* als zu starker Eingriff in die gem. Art. 2 I GG gewährleistete Privatautonomie angesehen.<sup>32</sup> Dem kann nicht zugestimmt werden. Auch die Vertragsfreiheit hat anerkanntermaßen ihre Grenzen. Wo sie in einer Weise ausgeübt wird, die den sozialen Geltungsanspruch eines anderen in Frage stellt, indem dieser aufgrund eines der genannten Merkmale diskriminiert wird, sind wirkungsvolle Sanktionen am Platze. Dafür lassen sich nicht zuletzt auch ökonomische Gründe anführen.<sup>33</sup>
- 20 **2. Kontrahierungszwang**

Im Unterschied zum Arbeitsrecht sieht der ADG-Entwurf für das allgemeine Zivilrecht in

<sup>26</sup> Die Ordnungswidrigkeit als (alleinige) Sanktion befürwortend Benecke, EuZW 2005, 360 (363 f.); dafür auch Annuß, NZA 1999, 738 (744, zu § 611 a I BGB); Picker, DWW 2004, 212 ff.; zur unmittelbaren Geltung der Richtlinien s. Thüsing, NJW 2003, 3441 (3444).

<sup>27</sup> Der EuGH entschied im Fall Dekker für § 611 a BGB a.F., dass das Verschulden des Arbeitgebers nicht Voraussetzung für die Sanktionierung der Benachteiligung sein dürfe, EuGH, Slg. 1990, I-3941 = NJW 1991, 628 ff.; vgl. zur EuGH-Rspr. zu § 611 a BGB Armbrüster, KritV 2005, 41 (42); Benecke, EuZW 2005, 360 (361 f.).

<sup>28</sup> Vgl. dazu Benecke, EuZW 2005, 360 (362) mwN.

<sup>29</sup> Ausführlicher Benecke, EuZW 2005, 360 (363) mwN.

<sup>30</sup> Vgl. nur T. Bezenberger, AcP 196 (1996), 395 ff.

<sup>31</sup> EuGH NJW 2001, 2244.

<sup>32</sup> So z.B. Ch. Wagner, ZRP 2005, 136 (137) mwN.

<sup>33</sup> Instruktiv Schnöckel, ZRP 2005, 170 ff.

Fällen, in denen aus unter das Benachteiligungsverbot fallenden Gründen der Abschluss eines Vertrages verweigert wird, neben der Schadensersatzpflicht einen Kontrahierungszwang – als einen besonderen Anwendungsfall des Beseitigungsanspruchs – vor (arg. § 21 II 1 ADG). Zweifellos handelt es sich hierbei um einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatautonomie. Daran ändern auch die einschränkenden Voraussetzungen (Kausalitätsnachweis; Gebot hinreichender Bestimmtheit der Leistung) im Grundsatz nichts.

S. 108

- HFR 8/2005 S. 6 -

- 21 Hinsichtlich der Frage, ob ein derart intensiver Eingriff in die Vertragsfreiheit geboten und sinnvoll ist,<sup>34</sup> gilt es zunächst zu klären, ob das Interesse des Betroffenen vorrangig auf den Abschluss des Vertrages abzielt, da es um den Zugang zu knappen Wirtschaftsgütern geht,<sup>35</sup> oder ob es ihm vielmehr auf einen (dem Schmerzensgeld ähnlichen) Ausgleich durch Geldzahlung geht, weil im Vordergrund der Ausgleich für die Herabwürdigung der Person durch diskriminierendes Verhalten steht.<sup>36</sup> Die Antwort fällt für den Regelfall leicht: Regelmäßig steht nicht die Versperrung eines Marktzugangs in Rede. Vielmehr ist es dem Diskriminierten bei den betreffenden Massengeschäften oder den ihnen gleichgestellten Schuldverhältnissen (§ 20 I Nr. 1 ADG) leicht möglich und auch zumutbar, sich die gewünschte Leistung von einem anderen Anbieter zu beschaffen.<sup>37</sup> Anders als in den bisher anerkannten Fällen von Kontrahierungszwängen, die stets strengen Anforderungen unterliegen und eine den Abschlusszwang rechtfertigende Monopolstellung des Anbieters voraussetzen,<sup>38</sup> besteht für die Einführung eines Kontrahierungszwanges für Massengeschäfte des alltäglichen Lebens daher *kein Bedürfnis*.<sup>39</sup> In jenen – eher untypischen – Fällen, in denen es dem Betroffenen gerade auf einen individualisierten Vertragsgegenstand, beispielsweise ein ganz bestimmtes Kunstwerk, ankommt, wird i.d.R. über den jeweiligen Vertragsgegenstand bereits vor der gerichtlichen Geltendmachung des Kontrahierungszwangs verfügt worden sein, so dass ohnehin nur noch Schadensersatz in Betracht kommt.
- 22 Entscheidend muss vielmehr sein, dass es sich bei einer Diskriminierung um eine *persönliche Herabwürdigung* eines Marktteilnehmers handelt.<sup>40</sup> Das Schutzinteresse des Betroffenen allein erfordert daher nicht die Einführung eines Kontrahierungszwanges. Es geht um den Ausgleich eines *Angriffs auf die Person*, wofür ein finanzieller Ausgleich sachgerecht ist.<sup>41</sup>
- 23 Hinzu kommt die Überlegung, dass das Privatrecht eine *Befriedungsfunktion* hat.<sup>42</sup> Es soll zur Konfliktlösung im Zivilrechtsverkehr beitragen. Indem einem Beteiligten ein Vertragsschluss gegen seinen Willen auferlegt wird, wird der Rechtsfrieden indessen gerade nicht gefördert. Vielmehr sind spätere Rechtsstreitigkeiten geradezu vorprogrammiert. Es besteht eine im Gegensatz zu parteiautonom zustande gekommenen Verträgen deutlich erhöhte Gefahr, dass die Beteiligten angesichts des von Anfang an angespannten Verhältnisses kaum eine Gelegenheit auslassen werden, um Streitigkeiten – etwa in Bezug auf Leistungsstörungen – auszutragen. Derjenige, dem der Vertragsschluss aufgezwungen wurde, wird insbesondere versuchen, sich mit Hilfe der zivilrechtlichen Instrumentarien wie Rücktritt oder Kündigung vom Vertrag zu lösen.

<sup>34</sup> Zur Schutzbedürftigkeit ausführlich Neuner, JZ 2003, 57 (62).

<sup>35</sup> In diesem Sinne S. Braun, AnwBl 2002, 569 (571); ähnlich auch T. Bezenberger, AcP 196 (1996), 395 (427).

<sup>36</sup> So tendenziell Nickel, NJW 2001, 2668 (2671).

<sup>37</sup> Vgl. dazu schon Armbrüster, ZRP 2005, 41 (43); ders., KritV 2005, 41 (46).

<sup>38</sup> Ausführlicher Armbrüster, KritV 2005, 41 (45) mwN.

<sup>39</sup> Insoweit zutr. Adomeit, NJW 2002, 1622 (1623).

<sup>40</sup> In dieser Richtung auch Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 287 f. (bzgl. § 611 a BGB).

<sup>41</sup> Insofern ist die in § 21 ADG vorgesehene Kombination von finanziellem Ausgleich und Kontrahierungszwang sachgerecht.

<sup>42</sup> Th. Raiser, Das lebende Recht, Rechtssoziologie in Deutschland, 3. Aufl. 1999, S. 198 f.; Rehbinder, Rechtssoziologie, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 96, 110; vgl. auch KiBler, Recht und Gesellschaft, 1984, S. 99.

- 24 Nicht zuletzt ist zu bedenken, dass die Sanktionen *effektiv* sein müssen. Dies ist auch europarechtlich bedeutsam; schließlich sind *wirksame* und *abschreckende* Sanktionen erforderlich.<sup>43</sup> Eine Zahlungspflicht trifft den Vertragsgegner jedoch härter als die Pflicht zum Vertragsabschluss. Regelmäßig wird es sich nämlich um Verträge handeln, die er sowieso, auch ohne Diskriminierung, abgeschlossen hätte, und aus denen er sich einen Gewinn erhofft. Bei einem Kontrahierungszwang bliebe ihm dieser Gewinn erhalten, während er anderenfalls einem anderen, von Anfang an nicht diskriminierenden Marktteilnehmer zugute kommt, mit dem der Benachteiligte dann das Geschäft tätigt.<sup>44</sup>

**S. 109**

- HFR 8/2005 S. 7 -

- 25 Aus alledem folgt, dass die Einführung eines Kontrahierungszwangs, der zur Abwehr des in der Diskriminierung liegenden Angriffs auf die Person sachlich nicht geboten und zudem europarechtlich nicht zwingend vorgeschrieben ist, abzulehnen ist. Die Möglichkeit des Schadensersatzes und des Ausgleichs immaterieller Schäden durch eine angemessene Entschädigung in Geld stellen auch bei Vertragsverweigerungen eine hinreichend wirksame und effektive Sanktion diskriminierenden Verhaltens dar.<sup>45</sup>

**26 IV. Ausblick**

Eine Einigung über das Antidiskriminierungsgesetz ist in dieser Legislaturperiode nicht mehr zu erwarten. Der bisherige, vom Bundestag verabschiedete Entwurf wird daher allenfalls als eine Diskussionsvorlage dienen. Es bleibt zu hoffen, dass in zukünftigen Beratungen die Chance zur Berücksichtigung der in Praxis und Wissenschaft geäußerten Kritik genutzt wird, und dem Diskriminierungsschutz dienende, angemessene und zudem in der Praxis handhabbare Regelungen gefunden werden. Die Erstreckung des zivilrechtlichen Antidiskriminierungsverbotes über die Richtlinienvorgaben hinaus auch auf die Merkmale der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, des Geschlechts sowie der sexuellen Ausrichtung ist im Hinblick auf die davon ausgehende „Botschaft“ für die am Zivilrechtsverkehr Beteiligten durchaus akzeptabel. Wichtig ist aber, dass zugleich von der Einführung einer neuen Kategorie von dem Massengeschäft gleichgestellten Geschäften sowie von der Einführung eines Kontrahierungszwanges Abstand genommen wird. Letzteres gilt gerade auch für den Fall, dass eine neue Regierung sich auf eine „Eins zu eins- Umsetzung“ beschränkt.

- 27 Die lange Debatte hätte, werden diese Kritikpunkte beherzigt, letztlich einen guten Sinn gehabt. Bereits jetzt ist ihr zu verdanken, dass in der öffentlichen Wahrnehmung der Blick für die Kritikwürdigkeit diskriminierenden Verhaltens geschärft wurde, denn in diesem Punkt sind sich erfreulicherweise alle Diskutanten einig.

*Zitierempfehlung:* Christian Armbrüster, HFR 2005, S. 103 ff.

<sup>43</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 25.

<sup>44</sup> Dies übergeht Baer, ZRP 2002, 290 (293).

<sup>45</sup> Zutr. Thüsing, NJW 2003, 3441 (3445); a.A. Baer, ZRP 2002, 290 (293).