

SONDERDRUCK AUS

GEDÄCHTNISSCHRIFT FÜR
MANFRED WOLF

HERAUSGEGEBEN
VON
JENS DAMMANN
WOLFGANG GRUNSKY
THOMAS PFEIFFER



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2011

GEORGIOS GOUNALAKIS

Gleichbehandlung im Privatrecht – das Ende der Vertragsfreiheit?

Dass die Rechtsordnung einer freiheitlichen Demokratie auch im Privatrecht einen wirksamen Schutz vor Diskriminierungen gewährleisten muss, ist eine Selbstverständlichkeit. Dieser Selbstverständlichkeit hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Nachdruck verliehen. Mehr als vier Jahre nach dessen Einführung untersucht der nachfolgende Beitrag das damit einhergehende Spannungsverhältnis von Privatautonomie und Kontrahierungszwang.

I. Die Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und die damit einhergehende Kritik

Das am 14. August 2006 vom Deutschen Bundestag als „Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“ verabschiedete Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz¹ will der Notwendigkeit eines wirksamen Schutzes vor Diskriminierung Rechnung tragen. Es dient der Umsetzung von vier europäischen Richtlinien aus den Jahren 2000 bis 2004 in das deutsche Recht.² Sein erklärtes Ziel ist es, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern und zu beseitigen.³

Hierzu stellt das Gesetz – in seinem allgemein privatrechtlichen Teil im dritten Abschnitt, den §§ 19 ff. AGG – Ansprüche auf Beseitigung der Beeinträchtigung

¹ BGBl. I 2006, 1897 ff.

² Der *Antirassismus-Richtlinie* (Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180 S. 22)), der *Rahmenrichtlinie Beschäftigung* (Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 S. 16)), der *Gender-Richtlinie* (Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269 S. 15)) und der *Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern* (Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. Nr. L 373 S. 37).

³ Vgl. zu den Merkmalen im Einzelnen Schwab, DNotZ 2006, 649 (652 ff.).

und auf Schadensersatz zur Verfügung, indem es dem Betroffenen im Wege des Kontrahierungszwangs einen Anspruch auf Abschluss des verweigerten Vertrages gewährt.⁴

Der generelle Zwang zum Abschluss von Verträgen wird von der Privatrechtsordnung indes als Fremdkörper empfunden. Er kollidiert mit der verfassungsrechtlich in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 21 GG sowie ergänzend in den Garantien der Eigentums- und Berufsfreiheit verbürgten Vertragsfreiheit als Ausprägung der dem Privatrecht zugrunde liegenden Privatautonomie.⁵ Max Weber hat die Vertragsfreiheit und die aus ihr erwachsenden Befugnisse seinerzeit treffend mit dem Begriff der „Ermächtigung“ umschrieben.⁶ Ein Kontrahierungszwang kann deshalb nur als punktuelle Ausnahme zur Vertragsfreiheit anerkannt werden. Ansonsten droht ein Systembruch mit den Grundprinzipien des Vertragsrechts.

Genau einen solchen Bruch beklagen zahlreiche Kritiker der Etablierung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes im Privatrecht: So gingen der Verabschiedung kontrovers geführte Diskussionen in Politik, Rechtswissenschaft und Öffentlichkeit voraus. Teilweise beschworen die Kritiker einen vollständigen Verlust der Privatautonomie herauf. Mit nur beispielhaft zu nennenden Formulierungen wie „ein trojanisches Pferd, aus die Privatautonomie von innen heraus zerstört“⁷ oder der Ankündigung „eine[r] der massivsten Systemveränderungen in Europa seit der französischen Revolution“⁸ lief man Sturm gegen die bevorstehenden neuen Regelungen. Kritik erfuhr hierbei vor allem die geplante Etablierung eines Kontrahierungszwangs als Rechtsfolge einer Diskriminierung, also die Verpflichtung mit einer bestimmten Person einen Vertrag abschließen zu müssen.

Mehr als vier Jahre nach Einführung des AGG soll daher der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit die genannten Befürchtungen berechtigt waren und inwieweit sie sich bewahrheitet haben. Dabei sei bereits vorab bemerkt, dass schon die Frage des ob mit einem klaren nein zu beantworten ist. Im Folgenden wird zu verdeutlichen sein, dass der zivilrechtliche Teil des AGG nicht zu einer Abkehr von der Privatautonomie und zu einem Verlust der Vertragsfreiheit geführt hat. Und dies ist auch künftig nicht zu befürchten. Zu konstatieren ist vielmehr, dass das Institut des Kontrahierungszwangs als Ausnahmeregel zur Vertragsfreiheit im deutschen Zivilrecht schon lange anerkannt ist, sich mittlerweile etabliert hat und sich nunmehr an den neu geschaffenen Regelungen des AGG zu bewähren hat.

⁴ Zur Frage des Bestehens eines Kontrahierungszwangs im AGG bejahend schon *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21 (21 ff.); *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2582 f.); a. A. *Armbrüster*, NJW 2007, 1494 (1495) m. w. N.

⁵ *MünchKomm-BGB/Kramer*, 5. Aufl., 2007, Vor § 145 Rn. 6; *MünchKomm-BGB/Thüsing*, 5. Aufl., 2007, Einl. Rn. 4, 50.

⁶ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, S. 398 ff.

⁷ *Säcker*, ZEuP 2006, 1, 3.

⁸ *Schiemann*, NJW 12/2005, S. III (Editorial).

II. Kontrahierungszwang und Diskriminierungsverbot in ausländischen Rechtsordnungen

Gegen die Befürchtung, mit dem Kontrahierungszwang drohe das Ende der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie spricht bereits eine rechtsvergleichende Betrachtung. Andere freiheitlich demokratisch verfasste Staaten haben schon seit längerer Zeit, lange vor Tätigwerden des gemeinschaftsrechtlichen Richtliniengebers und des deutschen Gesetzgebers, in ihrem Vertragsrecht Diskriminierungsverbote verankert, die harmonisch in das jeweilige Zivilrecht eingebettet sind und der Vertragsfreiheit die Bedeutung belassen haben, die ihr nach der jeweiligen Landesverfassung oder dem jeweiligen Zivilrechtsverständnis zukommt, nämlich eine Übertragende.

Der zivilrechtliche Diskriminierungsschutz ist in den Rechtssystemen der EU-Mitgliedsstaaten unterschiedlich ausgeprägt.⁹ In den meisten Ländern standen arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote Pate für die Ausweitung der Regelungen auf das allgemeine Zivilrecht.¹⁰ Eines der ersten Länder war das Vereinigte Königreich, das durch den Antidiskriminierungsgesetze gibt, die sich jeweils auf unterschiedliche Bereiche beziehen. Nach Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien wurden diese durch ergänzende Gesetze ergänzt als auch neue Regelungen geschaffen.¹¹ Einen weiten Diskriminierungsschutz gewährleiten die Gesetze in Belgien, welche in ihrem Anwendungsbereich über die Richtlinienvorgaben hinausgehen und als Diskriminierungsmerkmale z.B. auch Hautfarbe, Abstammung, Personenstand, Vermögensstand und Gesundheitszustand umfassen.¹² Auch in Frankreich ist ein weiter Kanon an Diskriminierungsverboten normiert, der in Bezug auf die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft auch beim Zugang zu öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen gilt.¹³ Dänemark, Finnland, Irland, Italien, die Nieder-

⁹ Vgl. zum Ganzen in rechtsvergleichender Perspektive etwa Schmidt-Kessel, in: Leible/Schlachter, 2006, S. 53 ff.; MünchKomm-BGB/Thüsing, Einl. Rn. 25. Vor § 19 Rn. 25; Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 96 ff.

¹⁰ MünchKomm-BGB/Thüsing, Vor § 19 Rn. 25; Schmidt-Kessel, in: Leible/Schlachter (Fn. 9), S. 56.

¹¹ Ergänzt wurden der *Equal Pay Act 1970*; der *Race Relations Act 1976*; der *Sex Discrimination Act 1986* und der *Disabilities Discrimination Act 1995*, Neuregelungen finden sich in den *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*; *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003*; *Employment Equality (Age) Regulations 2006*, geändert 2008; *Equality Act 2006*. Die Gesetzestexte sind unter <http://www.berr.gov.uk/whatwedo/employment/discrimination/index.html> abrufbar (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

¹² *Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme* (vgl. auch Änderungsgesetze); *Loi du 7 mai 1999 modifiant le Code judiciaire à l'occasion de la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale*; Texte abrufbar unter <http://www.droitbelge.be/> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

¹³ Vgl. Art. 2 *Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*; *Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations* (auf Arbeits- und Strafrecht beschränkt); alle Gesetzestexte abrufbar unter <http://www.legifrance.gouv.fr/> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

lande, Norwegen, Portugal, Schweden und Spanien sind weitere Beispiele für Mitgliedsstaaten, die die Richtlinienvorgaben umgesetzt haben.¹⁴ Auch außerhalb der EU haben Diskriminierungsverbote eine lange Tradition, zum Beispiel in den USA¹⁵ und Kanada.¹⁶

Bezüglich der Rechtedurchsetzung im Falle einer Diskriminierung ist in den Regelwerken der Mitgliedsstaaten zumeist ein Schadensersatzanspruch vorgesehen.¹⁷ Die Konstruktion eines Kontrahierungszwangs über das Institut der Naturalrestitution ist zwar eine spezifisch deutsche Lösung, allerdings ergingen auch in anderen Mitgliedsstaaten Gerichtsentscheidungen, die auf einen Abschlusszwang im Vertragsrecht hinauslaufen. In Irland hatte ein Mann einen Diskothekenbetreiber verklagt, weil in dessen Lokalität freier Eintritt bis 1 Uhr nur für weibliche Gäste vorgesehen war. Der zuständige Equality Officer¹⁸ verurteilte den Diskothekenbetreiber basierend auf dem Equal Status Act 2000, dem Kläger sieben Mal freien Eintritt zu gewähren.¹⁹ In den Niederlanden klagte eine türkische Familie gegen eine Wohnungsgesellschaft, die in einem Zeitraum von fünf Jahren 543 neue Mietverträge abschloss, von denen aber keine einzige Mietpartei nicht niederländischer Herkunft war. Der niederländische Hooge Rat verurteilte die Wohnungsgesellschaft wegen ethnischer Diskriminierung zum Abschluss eines Mietvertrags mit der Familie über die nächste frei werdende Wohnung.²⁰

Manche ausländische Rechtsordnungen kennen daneben einen spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang. Beispiele gibt es bei Monopolstellungen, im Versicherungsrecht und im Bereich der Daseinsvorsorge. In Frankreich wurde mit dem Rechtsinstitut des „refus de vente“ (Verbot der Verkaufsverweigerung gegenüber einem Verbraucher) zunächst in Art. 30 der Verordnung vom 1. 12. 1986²¹ und später im Art. 122–1 des Verbraucherschutzgesetzes²² ein Kontrahierungszwang verankert, der es u. a. bei Monopolstellungen verbietet, einem Verbraucher den Kauf

¹⁴ Vgl. zum Stand der Richtlinienumsetzung in den einzelnen Mitgliedsstaaten den Jahresbericht der EU-Kommission, Gleichbehandlung und Antidiskriminierung, 2005, abrufbar unter <http://www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1608&langId=de> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

¹⁵ Vgl. nur die Regelungen im *Equal Pay Act of 1963*; *Civil Rights Act of 1964*; *Age Discrimination in Employment Act of 1967*; *Rehabilitation Act of 1973*; *Americans with Disabilities Act of 1990*; *Civil Rights Act of 1991*; *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*; Texte und weitere Informationen abrufbar unter <http://www.eeoc.gov/laws/index.cfm> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

¹⁶ Im Bundesrecht etwa *Canadian Human Rights Act (1985)*; *Employment Equity Act (1995)*; abrufbar unter <http://laws.justice.gc.ca/eng/StatutesByTitle> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

¹⁷ Schmidt-Kessel, in: Leible/Schlachter (Fn. 9), S. 65.

¹⁸ In Irland gibt es ein *Equality Tribunal*, das eine Spezialzuständigkeit für die Antidiskriminierungsgesetze hat; weitere Informationen unter <http://www.equalitytribunal.ie/> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

¹⁹ *Thomas O'Connor v. The Icon Night Club (Limerik)*, DEC – S2004–01, abrufbar unter <http://www.equalitytribunal.ie/index.asp?locID=91&docID=505> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010). Vgl. dazu auch Schmidt-Kessel, in: Leible/Schlachter (Fn. 9), S. 65, 67.

²⁰ *Hooge Rat 10. 12. 1982 (van Binderen v. Kaya)* NJB 1983, 63; s. auch Schiek/Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 32, § 21 Rn. 11.

²¹ *Ordonnance n°86–1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, abrufbar unter <http://www.legifrance.gouv.fr/> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

²² *Code de la consommation*, abrufbar unter <http://www.legifrance.gouv.fr/> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

von Waren oder eine Dienstleistung zu verweigern.²³ Eine ähnliche Regelung trifft Art. 2597 des *italienischen Codice Civile* für Unternehmen mit gesetzlicher Monopolstellung, die zum Abschluss von Verträgen über die von ihnen angebotene Leistung mit jeweils gleichen Vertragsbedingungen verpflichtet werden.²⁴

In den *Niederlanden* wurde 2006 das Krankenversicherungssystem reformiert und im *Zorgverzekeringswet* (dem niederländischen Krankenversicherungsgesetz) ein Kontrahierungszwang der Krankenversicherungen gegenüber den Versicherungspflichtigen in ihrem Einzugsgebiet eingeführt.²⁵ Fälle des spezialgesetzlichen Kontrahierungszwangs im Bereich der Daseinsvorsorge sind u. a. im Recht der einzelnen Bundesstaaten der *USA* zu finden, so zum Beispiel für die Energieversorgung in § 31 N.Y. Public Service Law.²⁶

III. Kontrahierungszwang vor und neben dem AGG

Dass das Gleichbehandlungsgebot im deutschen Privatrecht nicht das Ende der Vertragsfreiheit bedeutet, zeigt aber vor allem ein Blick auf jene Bereiche des Zivilrechts, in denen schon seit vielen Jahren und bereits lange Jahre vor Einführung des AGG ein Kontrahierungszwang unbestritten ist und praktiziert wird. Dieser Blick auf die gelebte Rechtswirklichkeit im Privatrecht scheint von den Kritikern gerne vernachlässigt zu werden. Sie soll im Folgenden im Fokus der Betrachtungen stehen.

1. Unmittelbarer Kontrahierungszwang aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen

Im deutschen Recht existiert eine Reihe von spezialgesetzlichen Regelungen, die einen Kontrahierungszwang insbesondere im Bereich (natürlicher) Monopole und der Daseinsvorsorge vorsehen.²⁷ Zu nennen sind etwa das Allgemeine Eisenbahngesetz, welches nach seinem § 10 öffentliche Eisenbahnunternehmen verpflichtet Personen und Reisegepäck zu befördern, § 5 II des Pflichtversicherungsgesetzes, § 18 des Energiewirtschaftsgesetzes oder § 22 des Personenbeförderungsgesetzes. § 3 der Postdienstleistungsverordnung normiert einen Kontrahierungszwang für

²³ Art. 122–1, C.consom.: „Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit.“. Ausführlich dazu *Klingensfuß*, Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht, 2004, S. 75 ff.

²⁴ Art. 2597, Codice civile: „Chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale (1679) ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento.“ Vgl. auch die Übersetzung bei *Patti*, Italienisches Zivilgesetzbuch, 2007, S. 765.

²⁵ Vgl. Art. 3 *Zorgverzekeringswet*, originalsprachiger Gesetzestext abrufbar unter http://wetten.overheid.nl/BWBR0018450/geldigheidsdatum_28-01-2010#Hoofdstuk2 (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

²⁶ Gesetzestext unter <http://public.leginfo.state.ny.us/frmload.cgi?MENU-21712380> (letztes Abrufdatum 28. 1. 2010).

²⁷ Vgl. *MünchKomm-BGB/Kramer*, Vor § 145 Rn. 10.

bestimmte Universaldienstleistungen und § 21 II 3 des Luftverkehrsgesetzes eine Beförderungspflicht für Luftfahrtunternehmen im Linienverkehr. Weitere Fälle finden sich in §§ 48, 49 BRAO bezüglich der rechtsanwaltlichen Vertretung, in § 23 Sozialgesetzbuch XI für den Abschluss der Pflegeversicherung durch Privatversicherte, in § 42 a I Urhebergesetz in Gestalt einer Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern und in § 87 V Urhebergesetz, der Sende- und Kabelunternehmen zum Abschluss eines Vertrags zur Kabelweitersendung verpflichtet. Der Gesetzgeber hat also bereits in einer nicht unbedeutenden Zahl von Fällen spezialgesetzliche Regelungen zum Kontrahierungszwang verabschiedet und somit Felder des unmittelbaren Abschlusszwanges geschaffen, um hierdurch den Zugang der Allgemeinheit zu bestimmten Gütern zu sichern.

2. Die Grundlagen des mittelbaren Kontrahierungszwangs nach § 826 BGB

Neben den Konstellationen unmittelbaren Kontrahierungszwangs ist bereits lange vor Inkrafttreten des AGG auch ein mittelbarer Kontrahierungszwang – als Ausprägung eines allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots – durch die Rechtsprechung anerkannt worden. Schon das Reichsgericht hat ihn in der berühmten *Theaterkritikerentscheidung*²⁸ aus dem Jahre 1931 entwickelt: Zur Erinnerung: Ein Theaterkritiker berichtete in Tages- und Wochenzeitungen über Aufführungen der städtischen Bühnen Bochums ständig kritisch. Die Stadt, der die Berichterstattung des Kritikers natürlich missfiel, ließ diesen aus einer Aufführung des „Faust“ entfernen und verweigerte ihm fortan den Verkauf von Eintrittskarten für Aufführungen der städtischen Bühnen. Das letztinstanzlich mit der Sache befasste RG betonte in der Entscheidung, der Rechtsordnung liege zunächst das Prinzip der Vertragsfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie zugrunde. Die Verweigerung eines Kontrahierens könne jedoch eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne der deliktischen Generalklausel des § 826 BGB darstellen. Rechtsfolge eines solchen Verstoßes sind Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche.

Diese Ansprüche sind nach dem Grundsatz des § 249 I BGB, der sog. Naturalrestitution, darauf gerichtet den Schädiger so zu stellen, wie er stünde, wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten, konkret also so, als ob ihm der Vertragsabschluss nicht verweigert worden wäre. Folge der Verletzung der deliktischen Norm ist somit die Verpflichtung zum Vertragsabschluss mit genau der Person, welcher der Vertragsabschluss zunächst verweigert worden ist.²⁹ Die Verweigerung eines Vertragschlusses stellt dann eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB dar, wenn ein Missbrauch einer Monopolstellung vorliegt, oder wenn willkürliche oder offensichtlich unsachliche Gründe für die Differenzierung angeführt werden,

²⁸ RGZ 133, 388 ff. – *Theaterkritiker*.

²⁹ Etwa RGZ 48, 114 (127); 148, 326 (334); 155, 257 (284 ff.); teilweise wird statt auf den Grundsatz der Naturalrestitution als Grundlage eines Kontrahierungszwangs auch auf einen quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch abgestellt; vgl. zum Ganzen MünchKomm-BGB/Kramer, Vor § 145 Rn. 13.

die, wie im Theaterkritikerfall, etwa einzig dazu dienen, sachliche und unparteiische Kritik zu verhindern.

Diese Rechtsprechung hat sich in den zurückliegenden fast 80 Jahren verfestigt. In der *RadSPORTverbandentscheidung*³⁰ von 1974 entwickelte der BGH etwa Kriterien, unter welchen einem Sportverein eine Mitgliedschaft zu einem übergeordneten Sportverband zu gewähren ist, sofern diese für eine Teilnahme am organisierten Sportverkehr notwendig ist. Und in neuerer Zeit haben die Gerichte etwa entschieden, dass ein Sportreporter wegen kritischer Berichterstattung vom Spielgelände und der Pressekonferenz eines Bundesligafußballvereins nicht ausgeschlossen werden darf. Das OLG Köln betonte hierzu in der *Sportreporterentscheidung*³¹ die Generalklausel des § 826 BGB werde zusätzlich aufgeladen durch die sich aus dem Grundgesetz ergebenden Wertungen, konkret die Informationsfreiheit des Art. 5 GG und die Berufsfreiheit des Art. 12 GG. Hieraus ergebe sich ein Anspruch auf gleiche Teilhabe an Informationsmöglichkeiten. Die Verweigerung eines Vertragsschlusses zur Sicherung einer „Hofberichterstattung“ sei deshalb ein Verstoß gegen die guten Sitten, weshalb für den Fußballverein eine Verpflichtung zum Einlass bestehe.

Insoweit existiert sowohl auf dem Feld der Sicherung einer neutralen Berichterstattung als auch im Bereich des Zugangs zu öffentlichen Veranstaltungen ein gewisser Handlungsbedarf, der die Rechtsprechung mehrfach veranlasst hat, einen mittelbaren Kontrahierungszwang aus § 826 BGB zu gewähren.

3. Mittelbarer Kontrahierungszwang nach § 826 BGB bei monopolartigen Strukturen

Aber auch auf anderen Feldern mit monopolartiger oder marktbeherrschender Struktur lässt sich § 826 BGB zur Begründung eines Kontrahierungszwangs heranziehen und zwar unter drei Voraussetzungen:³² Hinsichtlich des Vertragsgutes darf (1) keine Möglichkeit der anderweitigen Bedarfsdeckung bestehen, (2) das in Rede stehende Gut muss als lebenswichtig eingestuft werden können, zumindest aber als Gut des Normal- oder Notbedarfs³³ und es darf (3) kein sachlicher Grund die Verweigerung des Vertragsschlusses rechtfertigen. So kann etwa dem einzigen Apotheker mit Monopolstellung in einem abgeschiedenen Dorf nicht zugestanden werden, den Verkauf eines Medikaments an einen Dorfbewohner ohne sachlichen Grund zu versagen. Gleiches gilt etwa auch für sonstige Versorgungsgüter wie Lebensmittel oder andere Güter des Normalbedarfs, jeweils solange sich für eine Verweigerung des Vertragsschlusses keine hinreichende sachliche Differenzierung, etwa in Form einer negativen Bonität des potenziellen Vertragspartners, ergibt.

³⁰ BGHZ 63, 282 ff. – *Deutscher Sportbund*; vgl. auch BGHZ 93, 151 ff. – *IG Metall*; 105, 306 ff.

³¹ OLG Köln NJW-RR 2001, 1051 ff. – *Sportreporter*.

³² Vgl. im Einzelnen MünchKomm-BGB/Kramer, Vor § 145 Rn. 13.

³³ Zum Streit hinsichtlich der Anforderungen, die an das betroffene Gut hinsichtlich seiner Wichtigkeit zu stellen sind BGH NJW 1990, 761 (762 f.); MünchKomm-BGB/Kramer, Vor § 145 Rn. 14.

4. Mittelbarer Kontrahierungszwang nach § 826 BGB bei Verletzung der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts

Ein mittelbarer Abschlusszwang lässt sich auf Grundlage dieser Rechtsprechung außerdem auch dann herleiten, wenn die Verweigerung des Vertragsschlusses eine Person in ihrer Menschenwürde oder in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt.³⁴ Diese wohl als typische Diskriminierungsfälle zu bezeichnenden Konstellationen sind es, die schließlich verdeutlichen, dass auch vor Einführung des AGG eine diskriminierende Vertragsverweigerung von der Rechtsordnung nicht hingenommen wurde. Der generalklauselartige Begriff der „guten Sitten“ in § 826 BGB wird in diesen Fällen durch das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot in Art. 3 III GG ausgefüllt.³⁵

In der Presse hat etwa der Fall eines Gastwirts im Kreis Marburg Biedenkopf Aufsehen erregt. Er hatte zwei mit Kopftuch bekleideten türkischen Studentinnen den Verkauf einer Tasse Schokolade in seinem Café verwehrt. Auch hier kann ein Kontrahierungszwang auf § 826 BGB gestützt werden. Wenngleich dem Gastwirt durchaus keine Monopolstellung zukommt – es gab in unmittelbarer Nähe noch weitere Cafés –, wird der Maßstab der Sittenwidrigkeit seiner Handlung durch die grundgesetzliche Wertung des Gleichbehandlungsgrundsatzes „aufgeladen“. Sein unbegründetes und diskriminierendes Verweigern des Vertragsschlusses ist deshalb sittenwidrig. Die Beseitigung hat auch hier durch die Pflicht zum Abschluss des Bewirtungsvertrages zu erfolgen.

5. Kontrahierungszwang im Kartellrecht

Schließlich existieren neben den bisher aufgezeigten Fallgruppen mittelbaren und unmittelbaren Kontrahierungszwangs außerhalb des AGG relativ weitgehende Regelungen, welche die Abschlussfreiheit betreffen, auch im Kartellrecht, also einem Regelungsbereich, der den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen betrifft. Hier kommt als Folge eines Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot für marktmächtige Unternehmen des § 20 GWB nach § 33 GWB eine Schadensersatzpflicht in Betracht, die den Vertragsverweigernden als Rechtsfolge auch zum Vertragsschluss verpflichten kann.³⁶ § 20 VI GWB regelt darüber hinaus speziell die Aufnahmepflicht in Wirtschafts- oder Berufsvereinigungen.

³⁴ Hierzu auch *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, 34. Aufl., 2010, § 4 Rn. 10 sowie *Medicus*, Schuldrecht AT, 18. Aufl., 2008, Rn. 84, der im Ergebnis allerdings alternative Wege anstatt eines Kontrahierungszwangs als vorzugswürdig einstuft.

³⁵ Hierzu *Medicus* (Fn. 34), Rn. 84.

³⁶ *BGH NJW* 1976, 801 – *Rosignol*; *BGH NJW* 1979, 2515 – Modellbauartikel; *BGH GRUR* 1980, 125 – Modellbauartikel II; *BGH NJW – RR* 1999, 189 – *Depotkosmetik*; *BGH NJW-RR* 2003, 1348 – *Schülertransporte* (Kontrahierungszwang als Begrenzung von Kündigungsrechten); vgl. auch *MünchKomm-BGB/Kramer*, Vor § 145 Rn. 15; *MünchKomm-BGB/Emmerich*, 5. Aufl., 2007, § 311 Rn. 8 m. w. N.

Ein so genannter *Rossignol-Urteil*³⁷ des BGH hatte der alleinige deutsche Lieferant für die französischen Rossignol-Ski die Belieferung eines großen bayrischen Sportfachgeschäfts mit Skiern abgelehnt. Der BGH stellte fest, dass die Regelung des heutigen § 20 GWB auch dann Anwendung findet, wenn ein Unternehmen zwar nicht marktbeherrschend ist, im Einzelfall jedoch eine so starke Stellung inne hat, dass Maßnahmen des Unternehmens, wie vorliegend der Nichtverkauf, dem nachfragenden unabhängigen Unternehmen ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf Ersatzprodukte auszuweichen, nicht mehr gewährleisten. Gerade für den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen haben die Regelungen im GWB § 826 BGB fast vollständig verdrängt.³⁸

Ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang, der zur Belieferung bzw. Abnahme von Waren oder Leistungen verpflichtet, wird vom BGH als Schadensersatzanspruch in Form eines Anspruchs auf Abschluss eines Vertrages gewährt.³⁹ Eine Lieferpflicht gegenüber einem Unternehmen besteht dann, wenn ein Normadressat des Diskriminierungsverbots aus § 20 GWB gleichartige Unternehmen beliefert. Eine Lieferverweigerung ist nur bei sachlichen Rechtfertigungsgründen, die in einer Interessenabwägung der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Funktion des GWB ermittelt werden müssen, zulässig.⁴⁰

Schließlich können sich aus dem Abschlusszwang Einschränkungen von Kündigungsrechten ergeben.⁴¹ In der BGH-Entscheidung *Schülertransporte* war einem Busunternehmen, das Schülertransporte für ein Unternehmen des Landkreises durchführte, mit der Begründung gekündigt worden, es sei eine Umstrukturierung des Busverkehrs geplant. Anschließend wurden die Transporte im Vergabeverfahren neu ausgeschrieben und dem gegen die Kündigung klagenden Busunternehmen der Zuschlag erteilt. Es betrieb damit die gleichen Transportleistungen wie vor der Kündigung, allerdings für geringeres Entgelt. Der BGH stellte heraus, dass bei Bestehen eines Kontrahierungszwangs ein laufendes Vertragsverhältnis nur bei Vorliegen besonderer Gründe gekündigt werden könne. Dem Busunternehmen könne nicht aus Gründen gekündigt werden, die im umgekehrten Fall, nämlich bei Ablehnung eines Vertragsschlusses, gegen das Diskriminierungsverbot verstießen.⁴²

Als Zwischenbilanz kann demnach festgehalten werden, dass schon nach der Rechtslage vor Einführung des AGG ein Kontrahierungszwang als Rechtsfolge bei Verweigerung einer Leistung ohne sachlichen Grund (mittelbar) oder in Folge spe-

³⁷ BGH NJW 1976, 801 ff. – *Rossignol*.

³⁸ MünchKomm-BGB/Emmerich, § 311 Rn. 8.

³⁹ BGH GRUR 1962, 263 (267) – *Gummistriumpfe*; BGH NJW-RR 1999, 189 (190) – *Depotkosmetik*; für eine Herleitung des Kontrahierungszwangs über den verschuldensunabhängigen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Rehbinder, Kartellrecht, 2. Aufl., 2009, § 33 GWB Rn. 44; Immenga/Mestmäcker/Markert, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., 2007, § 20 GWB Rn. 231.

⁴⁰ St. Rspr. seit BGHZ 38, 90 (102) – *Treuhandbüro*; vgl. auch Immenga/Mestmäcker/Markert, § 20 GWB Rn. 129; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Loewenheim, § 20 GWB Rn. 89 m. w. N.

⁴¹ BGH NJW-RR 2003, 1348 (1349) – *Schülertransporte*; BGH NJW 2005, 2014 (2015) – *Sparberaterin II*.

⁴² BGH NJW-RR 2003, 1348 (1349) unter Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

zialgesetzlicher Regelungen (unmittelbar) möglich war. Dies betrifft gerade auch solche Konstellationen, in denen die Verweigerung unmittelbar auf eine Diskriminierung zurückging, die sich also insoweit mit dem Anwendungsbereich des AGG decken.

IV. Die zivilrechtlichen Regelungen des AGG

Betrachtet man nun die Änderungen durch das AGG, so ergeben sich keine signifikanten Abweichungen zur bisherigen Ausgangslage bei der Verweigerung eines Vertragsschlusses in Folge einer Diskriminierung. Wie bisher besteht kein Kontrahierungszwang, wenn die Verweigerung des Vertragsschlusses von sachlichen Gründen getragen ist: Im dritten und für die Betrachtung relevanten allgemein-zivilrechtlichen Abschnitt des AGG, konkret den §§ 19 und 20 AGG, wird ein zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz festgeschrieben, der die Benachteiligung bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von Schuldverhältnissen verbietet, sofern es sich bei den betroffenen Geschäften nach § 19 I Nr. 1 AGG um Massengeschäfte oder massengeschäftsähnliche Geschäfte handelt, die in einer Vielzahl von Fällen ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen zu Stande kommen, oder falls nach § 19 I Nr. 2 AGG privatrechtliche Versicherungsverträge in Rede stehen.⁴³

Die im allgemeinen Teil des AGG vorgenommene Begriffsbestimmung unzulässiger Benachteiligung in § 2 I Nr. 5 bis 8 AGG ist hierbei von Relevanz, wobei für den zivilrechtlichen Bereich insbesondere die Regelung des § 2 I Nr. 8 AGG zentral ist, der den Benachteiligungsbegriff auf solche Fälle beschränkt, bei denen es um den Zugang zu oder die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen handelt, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.⁴⁴ Auch für solche Benachteiligungen des § 2 I Nr. 5 bis 8 AGG, die nicht im Zusammenhang mit Massengeschäften oder privatrechtlichen Versicherungsverträgen nach § 19 I AGG stehen, erweitert § 19 II AGG das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot für Benachteiligungen aufgrund der beiden als besonders wichtig hervorgehobenen Differenzierungsgründe von Rasse oder ethnischer Herkunft, wobei die Regelung insoweit wohl entbehrlich ist, als es sich bei den in § 2 I Nr. 5 bis 8 AGG genannten Konstellationen ohnehin ganz überwiegend um Massengeschäfte handeln wird.⁴⁵

In § 21 AGG werden dann die Rechtsfolgen von Zuwiderhandlungen festgelegt. § 21 I und II AGG nennt als Rechtsfolge die Pflicht zur Beseitigung der Benachteiligung und die Schadensersatzpflicht im Falle der Zuwiderhandlung. Sanktioniert § 19 AGG durch seine Benachteiligungsverbote aber die Diskriminierung beim Vertragsschluss und ordnet § 21 I 1 AGG die Beseitigung der Beeinträchtigung an, so bedeutet die Beseitigung des Nichtkontrahierens, wiederum unter Berufung auf den Grundsatz der Naturalrestitution, eben ein Kontrahie-

⁴³ MünchKomm-BGB/*Thüsing*, Einl. Rn. 4, Vor § 19 Rn. 2; § 19 Rn. 1, 8 ff.

⁴⁴ *Schwab*, DNotZ 2006, 649 (658); MünchKomm-BGB/*Thüsing*, § 19 Rn. 1, 4 ff.

⁴⁵ So auch *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2580); MünchKomm-BGB/*Thüsing*, § 19 Rn. 73.

ren.⁴⁶ Die Rechtsfolge entspricht also einem Kontrahierungszwang, wobei dieser Befund durch weitere Argumente, insbesondere der Gesetzessystematik, gestützt werden kann.⁴⁷ Auch aus dem AGG lässt sich somit in bestimmten Konstellationen ein Anspruch auf Vertragsabschluss herleiten.

Nach diesem Befund bleibt die Frage, ob diese Einschränkungen im Falle einer Diskriminierung signifikant weiter gehen, als das, was durch den mittelbaren Abschlusszwang bereits bisher in den Fallgruppen der Diskriminierung gewährt wurde. In § 20 AGG ist eine Liste sachlicher Gründe aufgeführt, bei deren Vorliegen gerade keine Benachteiligung bestehen soll. Neben der Vermeidung von Gefahren und dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre sind unter anderem auch sachliche Gründe zur Gewährleistung der Religionsfreiheit oder zur Sicherung finanzmathematischer Risikobewertungen im Rahmen von Versicherungsverträgen aufgeführt. Demnach ist es auch künftig einer Religionsgemeinschaft erlaubt, Nichtmitgliedern den Abschluss bestimmter Verträge zu verwehren und auch darf eine Versicherung von jugendlichen Männern höhere Prämien verlangen als von pensionierten Frauen. Bereits in § 19 AGG selbst sind in Absatz III auch für den Bereich der Wohnraummiete Ausnahmen vorgesehen und zwar in der Form, dass eine unterschiedliche Behandlung „im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse“ zulässig ist. Was genau unter einer sozial stabilen Bewohnerstruktur zu verstehen ist, wird wohl im Einzelfall nur durch tatrichterliche Feststellung möglich sein, fest steht aber, dass auch hier ein Spielraum für Ausnahmen geschaffen wurde. Außerdem bestimmt Absatz IV, dass der zivilrechtliche Benachteiligungsschutz des dritten Abschnitts generell keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse findet und Absatz V schließt die Anwendung ebenso aus für Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien begründet wird.

Neben diesen weitgehenden Ausnahmebestimmungen wird die Rechtsfolge eines Kontrahierungszwangs aber auch durch weitere Voraussetzungen eingeschränkt. So ist ein weiteres Erfordernis des Anspruchs auf Vertragsschluss, dass der zu schließende Vertrag bereits hinreichend bestimmt war und dass der Vertrag im Sinne eines Kausalitätserfordernisses zwischen der diskriminierenden Handlung und dem ausgebliebenen Vertragsschluss ohne die benachteiligende Handlung mit der Person des Anspruchsstellers zustande gekommen wäre.⁴⁸

Gerade für diese anspruchsbegründende Tatsache trägt aber der vermeintlich Benachteiligte auch nach dem AGG grundsätzlich selbst die Beweislast. Zwar kommt ihm die Beweiserleichterung des § 22 AGG insoweit entgegen, als dass die Benachteiligung selbst vermutet wird, sofern Indizien hierfür dargelegt werden, aber eben

⁴⁶ Parallel zum Streit im Rahmen der Herleitung des mittelbaren Kontrahierungszwangs (vgl. Fn. 29) wird auch hier anstatt auf die Naturalrestitution auf den Beseitigungsanspruch abgestellt. Vgl. zum Ganzen MünchKomm-BGB/Thüsing, § 21 Rn. 18 f.; ders./von Hoff, NJW 2007, 21 (21 ff.).

⁴⁷ Vgl. im Einzelnen ausführlich etwa MünchKomm-BGB/Thüsing, § 21 Rn. 17 ff.; ders./von Hoff, NJW 2007, 21 (21 ff.) sowie die Nachweise zum Streitstand oben in Fn. 4.

⁴⁸ MünchKomm-BGB/Thüsing, § 21 Rn. 23 ff.; ders./von Hoff, NJW 2007, 21 (23 f.).

nicht die Kausalität zwischen Nichtabschluss und Benachteiligung.⁴⁹ Kann ein aus ethnischen Gründen abgelehnter Bewerber also Indizien aufzeigen, dass er aufgrund seiner Ethnie bei dem Vertragsschluss benachteiligt wurde, so genügt dies noch nicht, so lange er nicht auch darlegt, dass der Vertrag ohne die in Rede stehende Benachteiligung genau mit ihm zustande gekommen wäre. Gerade bei einer Vielzahl von Bewerbern beispielsweise im Rahmen einer Wohnungsvergabe dürfte dieser Beweis aber schwer zu erbringen sein. Gelingt es einem diskriminierten Wohnungssuchenden nicht, darzulegen, dass der Vermieter ohne die Diskriminierung genau mit ihm und zu ganz genau bestimmten, feststehenden Bedingungen den Mietvertrag abgeschlossen hätte, so wird seine Klage auf Durchsetzung des Kontrahierungszwanges keinen Erfolg haben. Der jetzt gesetzlich verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz im AGG bringt also nicht die heraufbeschworene Revolution, sondern fügt sich eher nahtlos ein in die Politik kleiner Schritte zum Abbau von nicht gerechtfertigten Benachteiligungen.

Schließlich bleibt es auch nach Einführung des AGG dabei, dass Unmögliches nicht verlangt werden kann.⁵⁰ Ist die Wohnung bereits vergeben oder ein andersgearteter Vertrag über ein Einzelstück bereits mit einem anderen Bewerber abgeschlossen und durchgeführt, kann der Benachteiligte oftmals einen Vertragsschluss nicht mehr fordern.

Wenngleich also für den gesamten Bereich der Massengeschäfte durch das AGG ein Kontrahierungszwang etabliert wurde, bleibt es doch dabei, dass dieser sich an den auch bisher vorherrschenden und von der Rechtsprechung entwickelten Kategorien wie insbesondere dem Kausalitäts- und Bestimmtheitserfordernis messen lassen muss.

Konstitutiv bringt das Gesetz daher wenig Neues. Es hat weitgehend deklaratorischen Charakter. Die Möglichkeit der Geltendmachung einer Diskriminierung ist formalisiert und somit vereinfacht worden. Außerdem geht vom Gesetz jedenfalls ein Appellcharakter aus, der potenzielle Diskriminierer sensibilisieren kann und wird. Gerade die Angst vor möglichen Klagen und die zahlreichen in den letzten vier Jahren allorts wachzunehmenden Rechtsangebote und Workshops zeigen, dass dem AGG zumindest ein Appellcharakter zukommt.

Im Ergebnis wird die Bedeutung des AGG allerdings überschätzt. Der theoretische Ansatz geht weit über seine praktische Relevanz hinaus. So erfassen die Regelungen des Gesetzes – im arbeitsrechtlichen, wie im allgemein zivilrechtlichen Bereich – zwar zunächst eine schier unüberschaubare Vielzahl von Ungleichbehandlungen als verbotene Diskriminierung. Durch den weiten Katalog von Rückausnahmen, durch die Bestimmtheits- und Kausalitätserfordernisse und aufgrund der komplexen tatsächlichen Ausgangssituation im Vorfeld eines Vertragsschlusses bleiben die schwierigen Voraussetzungen einer Rechtsverfolgung allerdings auch künftig bestehen. Einem bei der Wohnungsvergabe Benachteiligten wird es zwar nun leichter fallen, darzulegen, dass er benachteiligt worden ist. Es bleibt aber für ihn schwer nachzuweisen, dass ohne diese Benachteiligung der Vertrag genau mit

⁴⁹ Zum Umfang der Beweispflicht MünchKomm-BGB/*Thüsing*, § 22 Rn. 3.

⁵⁰ MünchKomm-BGB/*Thüsing*, § 21 Rn. 31; *ders./von Hoff*, NJW 2007, 21 (24 f.).

ihm zustande gekommen wäre und zu genau denselben Konditionen. Solche Probleme treten immer dann auf, wenn man es mit einer großen Bewerberzahl potenziell am Vertragsschluss Interessierter zu tun hat, wie etwa bei Interessenten, die Wohnungssuchende sind.

Für die im Wesentlichen formalistische Wirkung des AGG spricht auch, dass es in den vier Jahren nach Inkrafttreten noch kaum Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot gibt. In einem Fall des AG Oldenburg nahm das Gericht eine unmittelbare Benachteiligung i. S. d. §§ 3, 19 I Nr. 1 AGG an, nachdem dem Kläger und drei Bekannten der Zutritt zu einer Diskothek vom Türsteher mit den Worten „Keine Ausländer, Anweisung vom Chef“ verweigert wurde.⁵¹ Die Gruppe wollte nach eigenen Angaben testen, ob ihnen der Einlass verwehrt wird und einer von ihnen, ein Universitätsdozent, die Ergebnisse des „Tests“ anschließend publizieren. Das Gericht berücksichtigte diese Tatsache bei der Höhe der angemessenen Entschädigung nach § 21 II 3 AGG, die es bei 500 Euro ansetzte.

Die Schwierigkeiten, vor die Benachteiligte bei der Geltendmachung ihrer Rechte trotz der Regelungen des AGG gestellt werden können, veranschaulicht eine Entscheidung des LG Aachen.⁵² Eine afrikanische Familie hatte mit einer Immobilienverwaltung einen Wohnungsbesichtigungstermin vereinbart und soll beim Eintreffen am Objekt von der Hausmeisterin mit den Worten „die Wohnung wird nicht an Neger..äh..Schwarzafrikaner und Türken vermietet“ abgewiesen worden sein. Die Wohnungsverwaltungsgesellschaft haftet nach Ansicht des LG Aachen nicht nach §§ 21 II 1, 3, 19 AGG auf Schadensersatz oder Schmerzensgeld, da nur der Eigentümer als Anbieter der begehrten Mietleistung Anspruchsgegner sei und es somit an der Passivlegitimation der Wohnungsverwaltungsgesellschaft fehle.⁵³ Gleichzeitig wurde den Klägern vom Gericht aber der Anspruch auf Auskunftserteilung über die ladungsfähige Anschrift des Wohnungseigentümers versagt. Damit wird die Rechtsverfolgung für die Benachteiligten erschwert und der Diskriminierungsschutz läuft ins Leere, was die Entscheidung auch im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben fragwürdig macht.⁵⁴

V. Folgerungen und Ausblick

Vor dem Hintergrund des bisherigen Befundes lässt sich die eingangs aufgeworfene Frage klar beantworten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz des AGG und seine zivilrechtlichen Konsequenzen bedeuten nicht das Ende der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie. Denn eingeschränkt wird die Freiheit eines Vertragsschließenden durch einen Abschlusszwang immer nur dahingehend, dass er nicht mehr ohne sachlichen Grund einen Vertragsschluss verweigern, also den potenziellen

⁵¹ AG Oldenburg NdsRpfl 2008, 398.

⁵² LG Aachen NZM 2009, 318.

⁵³ Kritisch zur vom Gericht vorgenommenen Trennung zwischen Wohnungs- und Besichtigungsangebot *Derleder*, NZM 2009, 310 (311 f.).

⁵⁴ Vgl. *Derleder*, NZM 2009, 310 (312); *Warnecke*, jurisPR-MietR 12/2009 Anm. 4.

Bewerber diskriminieren kann. Im Umkehrschluss dazu sichert der Kontrahierungszwang die tatsächliche Möglichkeit einer potenziell diskriminierten Person, einen Vertrag abzuschließen und stärkt damit die Vertragsfreiheit.

Nimmt man die Konzeption der Vertragsfreiheit ernst, so dient der darin integrierte Diskriminierungsschutz⁵⁵ erstens dem Ausgleich der faktischen Nutzung einer Vertragsposition durch den wirtschaftlich Stärkeren und gewährleistet zweitens dem Schwächeren eine diskriminierungsfreie Handlungsmöglichkeit auf den unterschiedlichsten Märkten des Privatrechts. Beides dient der Wiederherstellung gestörter Vertragsparität und ist eine der Kernaufgaben des modernen Privatrechts, wie das BVerfG mehrfach betont hat,⁵⁶ an der in der Zivilrechtswissenschaft noch lange weiterzuarbeiten sein wird.

Wenngleich sich, wie aufgezeigt, hinsichtlich Umfang und Ausgestaltung des Kontrahierungszwangs als Folge von diskriminierendem Handeln auch nach Inkrafttreten des AGG keine gravierenden Veränderungen ergeben, kommen durch die Einführung gewisse Herausforderungen auf die Rechtspraxis zu: Bisher existierte ein allgemeines Diskriminierungsrecht, welches eine Diskriminierung einzel-fallbezogen aufgrund eines Motivbündels entwickeln konnte, also auch Fragen wie beispielsweise eine fehlende Machtäquivalenz der Parteien als Erfordernis in Rechnung stellte. Durch die Einführung des AGG mit seinen vorgefertigten Begrifflichkeiten und den einem Gesetz zwangsläufig zugrunde liegenden Beschränkungen auf allgemeine Tatbestandsformulierungen, besteht nun eine gewisse Gefahr, dass Einzelfallabwägungen zugunsten einer formalistischen Betrachtung aufgeben werden. Plötzlich kann auch der stärkere Vertragspartner vermeintliches „Opfer“ einer Diskriminierung werden und die Abschlussfreiheit zur Einschränkung kommen. Zwischen der bisherigen Rechtsprechungspraxis in Diskriminierungsfällen und Fällen zum neuen AGG kann es insoweit zu Interferenzen kommen.

Dieser Nachteil wird weiter verstärkt durch die streng formalen Katalogtatbestände im Rahmen der Differenzierungskriterien, die eine Diskriminierung begründen: Zum Ausgleich der teilweise sehr weitgehenden Tatbestände einer Diskriminierung – man stelle sich etwa die zunächst nach § 19 I AGG unzulässige Einrichtung von Frauenparkplätzen in einem Parkhaus vor – werden explizite Rechtfertigungstatbestände notwendig, welche sodann umgekehrt gerade ausdrücklich erlaubte beziehungsweise gerechtfertigte Benachteiligungen ermöglichen. Der Gesetzgeber muss also jedes Übersteuern auf der Tatbestandsseite korrigieren durch ein Gegensteuern im Rechtfertigungsbereich. Insoweit denkbar wäre es nach dem AGG beispielsweise, einen Wohnungsbewerber islamischen Glaubens einzig aufgrund seiner Religion bei der Vergabe einer Wohnung abzulehnen, sofern der Vermieter mit im Haus lebt und insofern die Ausnahmeregelung des § 19 VAGG greift, welche Sonderrechtfertigungen bei einem bestehenden Näheverhältnis der Vertragsparteien vorsieht. All dies wäre bereits im Rahmen der Ein-

⁵⁵ Zur Dichotomie von Vertragsfreiheit und Diskriminierungsschutz auch Schiek/Schiek, (Fn. 20), Vorbem zu 19 ff. Rn. 11.

⁵⁶ BVerfGE 81, 242 (256) – Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters; BVerfGE 89, 214 (233) – Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen.

zelfallabwägung durch das allgemeine Diskriminierungsrecht, also konkret durch die Heranziehung des § 826 BGB, von einem Richter zu berücksichtigen.

Doch neben diesen einzelnen und in der konkreten Ausgestaltung des AGG selbst angelegten Kritikpunkten geht die Ansicht einer gänzlichen Ablehnung eines Abschlusszwangs bei Diskriminierung erheblich weiter: Insbesondere seitens der ökonomischen Analyse des Rechts wird angeführt, ein optimaler Markt solle sich ausschließlich an der Nachfrage orientieren und keiner weiteren Reglementierung unterliegen. Böte man dauerhaft Angebote beispielsweise nur für Angehörige einer bestimmten Religionsgemeinschaft an, verweigerte anderen aber in diskriminierender Weise einen Vertragsschluss, so reguliere sich durch Auftritt eines nachfragegeleiteten, nicht-diskriminierenden Anbieters der Markt selbst. Eines Eingriffes in die Abschluss- und Vertragsfreiheit in Form eines Kontrahierungszwangs bedürfte es demnach nur noch im Bereich tatsächlicher Monopolstellungen.⁵⁷

Dieser Kritik lässt sich bereits empirisch begegnen und zwar aufgrund der realen Erfahrung anhaltender Diskriminierung auch in wettbewerbsgesteuerten Märkten.⁵⁸ Auch kann ihr entgegen gehalten werden, dass durch die Etablierung eines Kontrahierungszwangs als Rechtsfolge einer diskriminierenden Verweigerung nicht zwingend die Vertragsfreiheit eingeschränkt wird. Zwar führt jede Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages zu einer Einschränkung der formalen Möglichkeit der Ablehnung eines Vertragspartners. Insofern muss eine durch das Gesetz vorgesehene Einschränkung dieser formalen Abschlussfreiheit eine verfassungsmäßig gebotene verhältnismäßige Einschränkung darstellen. Andererseits ist aber auch der Zugewinn der materiellen Vertragsfreiheit zu beachten. Hat eine einzelne diskriminierte Person faktisch gerade nicht die Möglichkeit, ein öffentlich geäußertes Vertragsangebot anzunehmen, so ist deren materielle Vertragsschlussfreiheit erheblich eingeschränkt. Art. 2 I GG schützt aber gerade die beiderseitige Freiheit des Vertragsschlusses. Sichert ein Diskriminierungsverbot nun die tatsächliche Möglichkeit einer Person einen Vertrag anzunehmen, so vergrößert sich die materielle Vertragsschlussfreiheit um den Faktor, wie sich der Freiheitsbereich des Anbieters zur diskriminierenden Auswahl seiner Vertragspartner einschränkt.⁵⁹ Unter diesem Blickwinkel bietet ein Kontrahierungszwang bezogen auf die Vertragsfreiheit nicht zwingend eine Beschränkung, sondern vielmehr eine Verlagerung der Freiheit hin zum Diskriminierten.

Bei allen Schwierigkeiten im Detail und der mit der Schaffung einer Vielzahl von Tatbeständen einhergehenden Rechtsunsicherheit bringt das AGG auch Vorteile: Zum einen bietet die in § 22 AGG normierte Beweislastumkehr dem Diskriminierten den Vorteil eines vereinfachten Nachweises, ohne zugleich Bestimmtheits- oder Kausalitätserfordernisse gänzlich aufzugeben. Zum anderen ergibt sich durch das AGG und die formalisierte Ausgestaltung ein Appellcharakter, der zu höherer Sensibilisierung potenzieller Diskriminierer führt. Dem objektiv-recht-

⁵⁷ Hierzu MünchKomm-BGB/Thüsing, Einl. Rn. 58; Schiek/Schiek (Fn. 20), Vorbem zu 19 ff. Rn. 3 m. w. N.

⁵⁸ Vgl. hierzu Schiek/Schiek, (Fn. 20), Vorbem zu 19 ff. Rn. 5 m. w. N.

⁵⁹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (300); MünchKomm-BGB/Thüsing, Einl. Rn 50; *ders./von Hoff*, NJW 2007, 21 (26); Schiek/Schiek (Fn. 20), Vorbem zu 19 ff. Rn. 11.

lichen Gleichbehandlungsauftrag des Grundgesetzes wird nun auch im Privatrechtsverkehr Geltung verschafft. In der Sache ist dies aber nichts anderes, als die einfachgesetzliche Konkretisierung der das gesamte Privatrecht bereits überlagernden verfassungsrechtlichen Wertungen, die im Rahmen der privatrechtlichen Generalklauseln, wie etwa der guten Sitten in § 826 BGB, ohnehin in das Privatrecht ausstrahlen.

Ob das gegenüber den umzusetzenden Richtlinien überobligatorische Handeln des deutschen Gesetzgebers notwendig war, mag dahinstehen. Die getroffenen Regelungen sind weder einfach und klar, noch Ausdruck einer handwerklichen Meisterleistung ihres Verfassers. Sie werden Rechtsprechung und Wissenschaft auch in den kommenden Jahren weiter beschäftigen. Wie aufgezeigt, bietet das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bei aller berechtigten Kritik indes auch Vorzüge. Das prophezeite Ende der Vertragsfreiheit – soviel steht jedenfalls fest – wird das Privatrecht so schnell nicht ereilen.