

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Miete

*Richter am Amtsgericht Dr. Werner Hinz, Pinneberg**

I. Einleitung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.8.2006¹ ist nunmehr seit fast einem Jahr in Kraft; im Zivilrecht gilt es seit Dezember 2006 mit sämtlichen hier relevanten Diskriminierungsmerkmalen (vgl. § 33 Abs. 2 und 3 AGG). Welche Auswirkungen das Gesetz auf die mietrechtliche Praxis haben wird, ist derzeit noch schwer einzuschätzen. Bislang ist erst eine Streitigkeit bekannt geworden, die sich im Herbst 2006 bei einem süddeutschen Wohnungsunternehmen zugetragen hat; es ging um eine anwaltliche Beschwerde wegen vorgeblicher Diskriminierung des Mieters aufgrund seiner ethnischen Herkunft². Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass z.Z. in vielen großstädtischen Ballungsräumen ein ausgesprochener Mietermarkt herrscht; es sind ganz erhebliche Leerstände zu verzeichnen. Bei dieser Ausgangslage werden Wohnungsunternehmen es sich ohnehin kaum leisten können, Mieter oder Mietinteressenten zu diskriminieren. Das kann sich aber sehr schnell ändern, wenn das Klima am Wohnungsmarkt umschlägt. Dann ist es durchaus denkbar, dass sich Vermieter bei der Wohnungsvergabe auch von verpönten Motiven leiten lassen. Vor allem aber ist zu befürchten, dass abgelehnte Bewerber mitunter eine Benachteiligung vorgeben werden, um entweder doch noch einen Vertragsabschluss zu erreichen oder zumindest in den Genuss einer Entschädigung zu gelangen. Die weitere Entwicklung ist daher abzuwarten.

Im Arbeitsrecht gibt es laut Auskunft der dort tätigen Anwaltschaft schon jetzt zahlreiche Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem AGG, und zwar über die Altersdiskriminierung: hier kollidiert § 10 Nr. 6 AGG mit den Grundsätzen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG³. Darüber hinaus wird im Arbeitsrecht nach wie vor die Geschlechtsdiskriminierung eine große Rolle spielen; insoweit existiert auf der Grundlage von § 611a BGB a.F. bereits eine umfangreiche Judikatur.

* Das Skript ist auf dem Stand Juni 2007. Der Beitrag wurde veröffentlicht in DWW 2007, 181 ff. (Fassung Mai 2007) und SchIHA 2007, 265 ff. (aktuelle Fassung).

¹ BGBl. I, S. 1897, zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes vom 2.12.2006, BGBl. I, S. 2742.

² S. Roth, ZdW Bay 1/2007, 4.

³ Dazu Bayreuther, DB 2006, 1842, 1845; Löwisch, BB 2006, 2189, 2192; Annuß, BB 2006, 1629, 1633; Wolf, BB 2006, H. 37 S. I.

Durch das AGG haben die vier Antidiskriminierungsrichtlinien, die auf der Grundlage von Art. 13 des EG-Vertrags (EGV) ergangen sind, ihre Umsetzung in das nationale Recht erfahren⁴. Für das Mietrecht sind allein die Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG vom 29.6.2000⁵ und die Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt 2004/113/EG vom 13.12.2004 („Unisex-Richtlinie“) von Bedeutung⁶. Das AGG geht teilweise über die dortigen Vorgaben hinaus, indem es neben den Diskriminierungsmerkmalen Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht auch die weiteren Merkmale Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität einbezieht (vgl. § 1 AGG). Andererseits bleibt es hinter den Umsetzungspflichten aus den Richtlinien zurück; gerade für den Bereich des Mietrechts gibt es Ausnahmetatbestände, die das Europarecht nicht vorsieht.

II. Anwendungsbereich

Die Anwendbarkeit des AGG im Bereich des Mietrechts ergibt sich aus § 19 AGG betreffend das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. Die Vorschrift ist *lex specialis* gegenüber § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG⁷, der den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen im Allgemeinen, sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Sachverhalte (z.B. zu kommunalen Schwimmbädern) dem Benachteiligungsschutz unterwirft⁸.

1. Für alle relevanten Diskriminierungsmerkmale

Nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 ist bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von Verträgen eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität⁹ unzulässig, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelt,

- das typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt (sog. Massengeschäft) oder
- bei dem das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und das zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt (sog. massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft).

⁴ Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 1 f.

⁵ ABl. EG Nr. L 180 S. 22.

⁶ ABl. EG Nr. L 373 S. 37. Umgesetzt wurden weiterhin die Rahmenrichtlinie Beschäftigung 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in vom 27.11.2000 (ABl. EG Nr. L 303, S. 16) und die Gender Richtlinie 2002/73/EG vom 23.9.2002 (ABl. EG Nr. L 269, S. 15); ausf. zu den europarechtlichen Vorgaben *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, 2007, Einl. Rn. 14 ff.; *Nicolai*, Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der anwaltlichen Praxis, 2006, Rn. 4 f.

⁷ *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 9.

⁸ *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 2 Rn. 40.

⁹ Zu den Benachteiligungsgründen im Einzelnen s. *Hinz*, ZMR 2006, 742, 743 ff.; ders., in: Mietprax F. 1 Rn. 169 ff. m. w. Nachw.

Das Gleichbehandlungskriterium der Weltanschauung ist beim zivilrechtlichen Benachteiligungsschutz ausgenommen (vgl. §§ 1, 19 Abs. 1 AGG).

a) Massengeschäft

Ein Massengeschäft i. S. des § 19 Abs. 1 Nr. 1. 1. Alt. AGG ist anzunehmen, wenn es den Vertragsparteien allein auf die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrags, nicht aber auf die Person des Vertragspartners ankommt¹⁰. Das ist insbesondere bei Rechtsgeschäften des täglichen Lebens der Fall, z.B. bei Verträgen aus dem Bereich der Konsumwirtschaft und der standardisierten Dienstleistungen. Hingegen ist bei Mietverträgen die Person des Vertragspartners, namentlich ihre Vertrauenswürdigkeit sowie ihre wirtschaftliche Solidität, regelmäßig von Bedeutung¹¹. Das gilt für die Wohnraummiete, aber auch für die Miete von Gewerberaum. Allenfalls die Anmietung von Hotelzimmern oder Ferienwohnungen könnte als Massengeschäft betrachtet werden¹².

b) Massengeschäftsähnliches Geschäft

Massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte i. S. des § 19 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. AGG liegen vor, wenn das Ansehen der Person des Vertragspartners zwar nicht gänzlich unerheblich ist, aber dadurch an Bedeutung verliert, dass der Anbieter eine Vielzahl solcher Verträge abschließt. Unter diese Kategorie fallen auch Wohnraummietverträge, wenn der Vermieter eine große Anzahl von Wohnungen zu vergleichbaren Bedingungen anbietet¹³. Insoweit enthält § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG eine widerlegbare Vermutung: Die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch (vgl. § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB) stellt in der Regel kein massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft dar, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet (sog. Kleinvermieterklausel, s. dazu auch IV 3). Ob sich diese Vermutung dahingehend umkehren lässt, dass bei Vermietung von mehr als 50 Wohnungen das Ansehen der Person im Zweifel von nachrangiger Bedeutung ist¹⁴, wurde auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2007 kontrovers diskutiert. § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG wurde erst im spätesten Gesetzgebungsverfahren auf Veranlassung des Rechtsausschusses in das AGG aufgenommen. Die Vorschrift soll insbesondere klarstellen, dass die Vermietung von Wohnraum außerhalb von besonderen Nähe- und Vertrauensverhältnissen (§ 19 Abs. 5 Satz 1 und 2

¹⁰ *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 10; *Rolfs*, NJW 2007, 1489; *Lützenkirchen*, in: *Lützenkirchen*, Anwalts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, B Rn. 219.

¹¹ *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 660; *Warnecke*, DWW 2006, 268, 271; *Rolfs*, NJW 2007, 1489; ausf. zum Begriff des „Ansehens der Person“ *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 227 f.; a.A. wohl *Metzger*, WuM 2007, 47.

¹² *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 10; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 19 Rn. 8; zurückhaltend *Nicolai* (Fn. 6), Rn. 733 f.

¹³ *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 19 Rn. 10; *Nicolai* (Fn. 6), Rn. 892.

¹⁴ So *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1098; *Schwab*, DNotZ 2006, 648, 661; wohl auch *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1490; dagegen *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, vor § 535 Rn. 157a; krit. auch *Warnecke*, DWW 2006, 268, 271.

AGG) nicht ohne weiteres die Annahme eines massengeschäftsähnlichen Geschäfts rechtfertigt¹⁵. Dabei soll die Vermutung in beide Richtungen widerlegbar sein, also auch durch den Vermieter mit mehr als 50 Wohnungen, für den das Ansehen der Person des konkreten Mieters nicht nur von nachrangiger Bedeutung ist¹⁶. Das setzt jedoch voraus, dass die Vermutung auch zulasten des Vermieters wirkt, nämlich dergestalt, dass bei Vermietung von mehr als 50 Wohnungen der Vertrag im Zweifel als massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft zu bewerten ist.

2. Zusätzlich für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft

a) Öffentlich verfügbare Dienstleistung

Hinsichtlich der Merkmale Rasse und ethnische Herkunft erweitert § 19 Abs. 2 AGG den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots, indem er auf die allgemeine Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG rekurriert. Demgemäß sind Benachteiligungen aus den vorgenannten Gründen unzulässig, soweit es um „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ geht, „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“. Der europarechtliche Begriff der Dienstleistung umfasst sämtliche Leistungen, die gegen Entgelt erbracht werden (vgl. Art. 50 EGV), somit auch die Überlassung von Räumlichkeiten aufgrund eines Mietvertrags¹⁷. Der Hinweis auf die Wohnraummiete dient somit allein der Klarstellung; das Benachteiligungsverbot betrifft fraglos auch die Vermietung von Gewerberaum.

Nach inzwischen ganz h.M. steht ein Mietobjekt „der Öffentlichkeit zur Verfügung“, wenn es am Markt angeboten wird, etwa durch Anzeigen in Tageszeitungen, Schaufensterauslagen, Veröffentlichungen im Internet oder in vergleichbarer Weise¹⁸. Ob es sich beim Vermieter um ein Wohnungsunternehmen oder eine Privatperson handelt, ist ohne Bedeutung; maßgebend ist allein, dass die Aufforderung zum Vertragsangebot (sog. *invitatio ad offerendum*) über seine Privatsphäre hinaus gelangt¹⁹. Keine Anwendung findet das AGG hingegen, wenn der Vermieter die Wohnung sozusagen „unter der Hand“ vermietet, sei es auf eigene Initiative, etwa durch Nachfrage im Bekanntenkreis, sei es, dass sich ein Mietinteressent unaufgefordert bei ihm gemeldet hat (sog. *Initiativbewerbung*)²⁰. Die im Schrifttum noch vereinzelt vertretene Auffassung, dass Wohnraum nur dann „der Öffentlichkeit zur Verfügung“ stehe,

¹⁵ BT-Drs. 16/2022, S. 13.

¹⁶ BT-Drs. 16/2022, S. 13; Einzelheiten zur Widerlegung bei *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 230.

¹⁷ BT-Drs. 16/1780, S. 32; *Wendtland*, in: Gaier/Wendtland, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2006, Rn. 28; *Horst*, MDR 2006, 1266, 1270.

¹⁸ *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 10; ders., in: FS Blank, S. 381, 386; *Eisenschmid*, WuM 2006, 475 ff.; *Warnecke*, DWW 2006, 268, 272; *Eimers*, GE 2006, 1078; *Zorn*, WuM 2006, 591, 592; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1087; *Börstinghaus*, in: Mietprax-Aktuell, Anm. D I; *Hinz*, ZMR 2006, 742, 743; ders., in: Mietprax F. 1 Rn. 166.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 32.

wenn er – gleichsam wie öffentliche Verkehrsmittel oder Kaufgegenstände in Warenhäusern – einer unbestimmten Vielzahl von Personen in einem entsprechenden Umfang angeboten werde²¹, dürfte auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht mehr haltbar sein. Sie hätte zur Folge, dass auch im Rahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG ausschließlich Großvermieter, die mit einer Vielzahl von Wohnungen am Markt auftreten, dem Diskriminierungsverbot unterlägen²². Dann aber würde sich der in § 19 Abs. 2 AGG hervorgehobene besondere Schutz vor Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft letztlich auf Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Geschäfte i. S. d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG reduzieren; die Verweisung auf § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG wäre schlechterdings überflüssig²³.

b) Abgrenzung zur Privatsphäre

Zweifelhaft kann im Einzelfall sein, wann die Aufforderung zum Vertragsangebot die Privatsphäre des Auffordernden verlassen hat. Diese ist nicht auf seine „eigenen vier Wände“ reduziert; auch außerhalb seines häuslichen Bereichs kann noch eine Privatsphäre bestehen. Das ist der Fall, wenn sich dieser in objektiv erkennbarer Weise örtlich von der Öffentlichkeit absondert und sich im Vertrauen auf die Abgegrenztheit seines Kreises so verhält, wie er es in der Öffentlichkeit nicht tun würde²⁴. So fehlt es etwa am Öffentlichkeitsbezug des Angebots, wenn der Vermieter die Wohnung in der Sporthalle im Kreis seiner Mannschaftskollegen anpreist. Anders verhält es sich, wenn er eine entsprechende Anzeige an das „Schwarze Brett“ der Sportstätte heftet; dann ist sie einem unbestimmten Kreis von Personen zugänglich, der dem Einfluss des Anzeigenden von vornherein entzogen ist. Probleme können entstehen, wenn sich die Anzeigentafel in einer Einrichtung befindet, die nur einer begrenzten Anzahl von Personen zur Verfügung steht, z.B. einem Kleinbetrieb oder einem Fitness-Studio. Allerdings werden auch solche Einrichtungen zuweilen von fremden Personen aufgesucht, etwa der Kleinbetrieb von Kunden, das Fitness-Center von Probetrainingsinteressenten. Der Vermieter müsste dann durch die Gestaltung der Anzeige deutlich machen, dass sich diese ausschließlich an die Arbeits- bzw. Sportkollegen richtet. Wann immer der Kreis potenzieller Interessenten für ihn nicht mehr überschaubar ist, wird der zur Anwendung des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG erforderliche Öffentlichkeitsbezug gegeben sein.

Eine öffentliche Anbietung i. S. der §§ 19 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG findet auch dann statt, wenn der Vermieter den Mieter mit der Suche eines Nachmieters betraut und dieser die

²⁰ Roth, ZdW Bay 1/2007, 4, 7; Börstinghaus, in: Mietprax-Aktuell, Anm. D I.

²¹ Maier-Reimer, NJW 2006, 2577, 2580, 2581; Thüsing, NJW 2003, 3441, 3442 f.; Palandt/Heinrichs, 66. Aufl. 2007, § 2 AGG Rn. 9; einschränkend auch Horst, MDR 2006, 1266.

²² Schmidt-Räntsch, in: FS Blank, S. 381, 386.

²³ Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 10; Hinz, ZMR 2006, 742, 743; ders., in: Mietprax, F. 1 Rn. 167 f.

²⁴ Wendtland, in: Gaier/Wendtland (Fn. 17), Rn. 31; s. auch Warnecke, DWW 2006, 268, 272; vgl. auch Rolfs, NJW 2007, 1489, 1490: wenn der Vermieter die Sache *gezielt* nur einem bestimmten Personenkreis anbietet.

Wohnung außerhalb seiner Privatsphäre bewirbt. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung²⁵ soll der Mieter in diesem Fall bei der Auslobung des Mietobjekts Erfüllungsgehilfe des Vermieters i. S. des § 278 BGB sein (zur Frage der Zurechnung diskriminierenden Verhaltens s.u. V 2 a bb). Dagegen lässt sich jedoch argumentieren, dass der Mieter hier nicht im Pflichtenkreis des Vermieters²⁶, sondern in einer eigenen Angelegenheit tätig wird; er schafft die Voraussetzungen für die von ihm gewünschte Vertragsaufhebung²⁷.

3. Zwischenergebnis

Die Darstellung zeigt, dass für die Geltung des Benachteiligungsverbots im Mietrecht allein die Art des Angebots, nicht hingegen die Art des Mietverhältnisses oder des Wohnraums maßgebend ist. Ob es sich um preisfreien- oder preisgebundenen Wohnraum, eine Ferienwohnung oder um ein Untermietverhältnis handelt, ist ohne Relevanz.

III. Formen der Benachteiligung

Eine große praktische Bedeutung wird die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 und 2 AGG) erlangen, weil nur die letztgenannte eine weit reichende Rechtfertigung zulässt. Besondere Probleme wirft auch die Anweisung zur Benachteiligung (§ 3 Abs. 5 AGG) auf. Weitere Benachteiligungsformen sind die Belästigung und die sexuelle Belästigung (§ 3 Abs. 3 und 4 AGG).

1. Unmittelbare Benachteiligung

Eine unmittelbare Benachteiligung i. S. des § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG ist zunächst anzunehmen, wenn der Vermieter den Vertragsabschluss mit dem Mietaspiranten allein wegen eines Diskriminierungsmerkmals ablehnt. Das wäre z.B. bei der offenen Zurückweisung des ausländischen Bewerbers der Fall²⁸. Nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 8.11.1990 in der Rechtssache Dekker²⁹ liegt eine unmittelbare Benachteiligung aber auch dann vor, wenn das Motiv der Vertragsverweigerung mit dem Diskriminierungsmerkmal in einem untrennbaren Zusammenhang steht³⁰. Die Entscheidung betrifft die Ablehnung eines Arbeitsvertrags gegenüber einer Frau wegen Schwangerschaft; weil eine solche Benachteiligung ausschließlich Frauen betreffen könne, handele es sich um eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Der nationale Gesetzgeber hat diese Fallgestaltung nunmehr ausdrücklich in § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG geregelt.

²⁵ Zorn, WuM 2006, 591, 592.

²⁶ Vgl. BGH, NJW 1996, 464, 465; OLG Schleswig, SchIHA 2006, 281, 282.

²⁷ So Rolfs, NJW 2007, 1489, 1493.

²⁸ Derleder/Sabetta, WuM 2005, 3, 5.

²⁹ NJW 1991, 628.

Neben einer Ungleichbehandlung aus einem nach § 1 bzw. § 19 Abs. 1 AGG relevanten Grund setzt die unmittelbare Benachteiligung voraus, dass diese Behandlung „ungünstiger“ ist, die betreffende Person also gegenüber einer anderen zurückversetzt wird³¹. Allerdings ist die tatsächliche Existenz einer Vergleichsperson nicht erforderlich; die Formulierung des § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG („erfahren würde“) lässt auch die hypothetische Frage zu, wie eine Vergleichsperson in der konkreten Situation behandelt worden wäre³².

Für die Auswahlentscheidung des Vermieters vor Abschluss des Vertrags bedeutet dies:

- Eine Benachteiligung ist schon dann gegeben, wenn ein Bewerber mit Diskriminierungsmerkmalen nicht in die Auswahl einbezogen, sondern von vornherein abgelehnt wird³³.
- Wird der betreffende Bewerber bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt, so dürfen die Diskriminierungsmerkmale der §§ 1, 19 Abs. 1 AGG hierbei keine Rolle spielen; sie müssen vollständig ausgeblendet werden.
- Haben sich Interessenten mit und solche ohne Diskriminierungsmerkmale beworben, kann sich der Vermieter naturgemäß nur für einen von ihnen entscheiden. Erfolgt dies nach Kriterien, bei denen Diskriminierungsmerkmale keine Rolle spielen, so fehlt es an einer unmittelbaren Benachteiligung³⁴. Dabei dürfte es gleichgültig sein, ob die Auswahlentscheidung auf verstandesmäßigen oder gefühlsmäßigen Erwägungen beruht³⁵; auch eine Spontanauswahl unter mehreren Bewerbern, weil eben „die Chemie stimmt“, wird weiterhin zulässig sein³⁶.

2. Mittelbare Benachteiligung

a) Dem Anschein nach neutrale Norm

Eine mittelbare Diskriminierung i. S. des § 3 Abs. 2 AGG kommt in Betracht, wenn bei Abschluss, Durchführung oder Beendigung des Mietvertrags bestimmte Vorschriften, Kriterien oder Verfahren zur Anwendung gelangen, die zwar neutral formuliert sind, sich aber im Ergebnis benachteiligend auswirken³⁷. Vorschriften sind übergeordnete Regelungen, z.B. ein Vertrag über die Gewährung öffentlicher Mittel nach dem WoFG³⁸. Kriterien sind Unterscheidungsmerkmale, z.B. in einem Katalog zusammengestellte Fragen für das Auswahlgespräch mit dem Mietaspiranten. Verfahren sind Abläufe, die einer bestimmten Systematik gehor-

³⁰ S. auch *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 185; ders., *MietRB* 2006, 327; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 3 Rn. 19, 22.

³¹ *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 3 Rn. 7.

³² *AnwK-BGB/Annuß/Großkopf*, Antidiskriminierungs-Richtlinien, Rn. 38; *Nicolai* (Fn. 6), Rn. 55.

³³ so *BVerfG*, *NZA* 1994, 745 f.; *BAG*, *NZA* 2004, 540, 544, für die Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsrecht.

³⁴ *Schiess Rütimann*, *WuM* 2006, 12, 17.

³⁵ *Schmidt-Räntsch*, in: *FS Blank*, S. 381, 392.

³⁶ So *Adomeit/Mohr*, *NZA* 2007, 179, 182, für Bewerbungen auf Stellenausschreibungen.

³⁷ *Wendtland*, in: *Gaier/Wendtland* (Fn. 17), Rn. 83; *Nicolai* (Fn. 6), Rn. 62.

³⁸ *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 190; ders., *MietRB* 2006, 328.

chen³⁹.

Äußerlich neutral sind die genannten Vorgaben, wenn sie nicht an ein Diskriminierungsmerkmal anknüpfen. Nicht erforderlich ist, dass sie nach der Intention ihres Urhebers oder aus objektiver Sicht eine Benachteiligung bezwecken; es genügt, wenn sie tatsächlich eine benachteiligende Wirkung erzeugen⁴⁰. Damit wird der mittelbaren Benachteiligung zunächst einmal ein außerordentlich weiter Anwendungsbereich eröffnet.

b) Möglichkeit der Benachteiligung

Weitere Voraussetzung der mittelbaren Benachteiligung ist, dass die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines inkriminierten Merkmals gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Die Gesetzesinitiatoren gehen offenbar davon aus, dass hierzu die Bildung von Vergleichsgruppen erforderlich ist; jedenfalls findet sich in der amtlichen Begründung zu § 3 Abs. 2 AGG ein entsprechender Hinweis in einem Klammerzusatz⁴¹. Dies geht zurück auf die Rechtsprechung des EuGH und des BAG zur geschlechtsbedingten Diskriminierung im Arbeitsrecht. Nach der grundlegenden Entscheidung des EuGH vom 13.5.1986 (Bilka-Kaufhaus)⁴² beinhaltet eine Maßnahme eine mittelbare Diskriminierung, wenn sie wesentlich mehr Frauen als Männer trifft und nicht durch objektive Faktoren, die nichts mit dem Geschlecht zu tun haben, gerechtfertigt ist⁴³. Hieraus hat das BAG seine Vergleichsgruppen-Rechtsprechung abgeleitet⁴⁴. Danach kann eine mittelbare Diskriminierung nur anhand eines Vergleichs des zahlenmäßigen Verhältnisses der Geschlechter in einer von der Norm begünstigten Gruppe mit demjenigen in einer von der Norm benachteiligten Gruppe beurteilt werden. Dazu sind – wie das BAG in dem Urteil vom 10.12.1997 konkretisiert⁴⁵ – in einem ersten Schritt die Vergleichsgruppen zu ermitteln, indem die von der Norm Begünstigten und die von ihr Benachteiligten gegenüber gestellt werden. In einem zweiten Schritt ist innerhalb der Vergleichsgruppen jeweils das zahlenmäßige Verhältnis der Geschlechter zu bestimmen. Diese Geschlechterrelationen sind miteinander zu vergleichen. Stärker von der Regelung benachteiligt ist das Geschlecht, dessen Anteil an der benachteiligten Gruppe größer ist als an der begünstigten. Allerdings muss der Anteil dieser Geschlechtshaber in der benachteiligten Gruppe *wesentlich* größer sein; das Schrifttum zum früheren § 611a BGB hat dies ab einem Relationsunterschied von 75% bejaht⁴⁶.

³⁹ Vgl. Lützenkirchen (Fn. 10), B Rn. 190; ders., MietRB 2006, 328.

⁴⁰ Schwab, DNotZ 2006, 649, 662.

⁴¹ BT-Drs. 16/1780, S. 32 f.

⁴² NJW 1986, 3020 = NZA 1986, 599; ebenso EuGH, Urt. v. 30.11.1993 (Kirsammer-Hack), DB 1994, 50.

⁴³ NJW 1986, 3020 = NZA 1986, 599; s. auch BAGE 87, 272 = NZA 1998, 599.

⁴⁴ BAG, NZA 1987, 445; 1993, 367; ZTR 1994, 462.

⁴⁵ BAG, NZA 1998, 599, 602.

⁴⁶ Vgl. Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 6), § 3 Rn. 26 m. w. Nachw.

Fraglich ist, ob dieses Prüfungsschema auch zur Feststellung der mittelbaren Benachteiligung im Rahmen des § 3 Abs. 2 AGG heranzuziehen ist. Das wird im Schrifttum vielfach bejaht⁴⁷. Allerdings besteht zu der vormaligen, durch die Definition des EuGH bestimmten Rechtslage ein bedeutsamer Unterschied: § 3 Abs. 2 AGG lässt es ausreichen, dass die Vorschriften etc. Personen mit inkriminierten Merkmalen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen *können*; es genügt mithin die Gefahr einer Schlechterstellung. Deshalb wird die Rechtsprechung zu klären haben, ob es in jedem Fall eines statistisch fundierten Nachweises der potenziellen Benachteiligung bedarf, oder ob im Einzelfall auch andere plausible Begründungen zulässig sind⁴⁸. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass das vom BAG entwickelte Vergleichsgruppenmodell nicht einmal auf alle Merkmale nach §§ 1, 19 Abs. 1 AGG übertragbar ist. Denkbar wäre eine Anwendung nur bei solchen Merkmalen, die eine Person entweder trägt oder nicht trägt, wie z.B. eine bestimmte Hautfarbe, eine bestimmte ethnische Herkunft, eine bestimmte Religionszugehörigkeit, eine bestimmte sexuelle Identität. Hingegen treten bei dem Merkmal Alter Schwierigkeiten auf, weil innerhalb der Vergleichsgruppen keine klare Definition von Merkmalsträgern und Nicht-Merkmalsträgern erfolgen kann. Ob es hier genügt, das zahlenmäßige Verhältnis von Angehörigen bestimmter Altersgruppen (z.B. Mietbewerber über 60 Jahre und unter 60 Jahre) zu ermitteln, ist fraglich; denn dann würde der Ermittlende bereits eine Vorauswahl treffen und könnte auf das Ergebnis nach Belieben einwirken. Auch bei dem Merkmal Behinderung ließen sich zwar Vergleichsgruppen bilden, doch wären diese angesichts der vielfältigen Erscheinungsformen von Behinderungen wohl derart konturenlos, dass ihnen kaum eine Aussagekraft zukäme. Deshalb schlägt *Löwisch*⁴⁹ vor, bei den Benachteiligungsgründen Alter und Behinderung einen untrennbaren Zusammenhang des Auswahlkriteriums mit dem Merkmal genügen zu lassen. Doch dürfte dann nach dem oben Gesagten (s. III 1) bereits eine unmittelbare Diskriminierung vorliegen.

Zudem wird ein zuverlässiger Nachweis, ob die betreffende Vorschrift oder Vorgabe mehr Personen mit inkriminierten Merkmalen benachteiligt als begünstigt, regelmäßig statistische Erhebungen erfordern⁵⁰. Fehlt es daran, wird der abgelehnte Mietaspirant, von Evidenzfällen einmal abgesehen, meist schon nicht in der Lage sein, die Eingangsvoraussetzungen des § 3 Abs. 2 AGG zu beweisen. Im Übrigen unterscheiden sich die Fallgestaltungen, die den Entscheidungen des BAG zugrunde lagen, in einem weiteren Punkt deutlich von den hier zu beurteilenden Konstellationen. Während es dort um Vorschriften ging, die in einer Vielzahl

⁴⁷ So etwa *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 3 Rn. 25; *Nicolai* (Rn. 6). Rn. 62 f.; *Löwisch*, DB 2006, 1729, 1731; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1491.

⁴⁸ Zur Problematik auch *Nicolai* (Rn. 6). Rn. 67 ff.

⁴⁹ DB 2006, 1729, 1731.

⁵⁰ *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 3 Rn. 25; *Nicolai* (Rn. 6). Rn. 65.

von Vorgängen Anwendung fanden, sind die Auswahlkriterien des Vermieters oftmals individuell bemessen, so dass es bereits an der erforderlichen Zahl von Basisdaten fehlen wird, um Vergleichsgruppen von aussagefähiger Größe zu bilden. Schon aus diesem Grunde wird sich die Praxis vielfach damit begnügen müssen, im Rahmen einer typisierenden Bewertung festzustellen, dass das Auswahlkriterium des Vermieters Personen mit bestimmten Diskriminierungsmerkmalen i. S. der §§ 1, 19 Abs. 1 AGG stärker benachteiligt als andere Personen⁵¹.

c) Rechtmäßiges Ziel

Nach § 3 Abs. 2, 2. Teilsatz AGG begründet die Schlechterstellung von Personen mit inkriminierten Merkmalen gegenüber anderen Personen dann keine mittelbare Benachteiligung, wenn die Vorgaben des Vermieters durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Damit wird der außerordentlich weite Anwendungsbereich dieses Benachteiligungstatbestands deutlich eingeschränkt. Rechtmäßig ist ein Ziel bereits dann, wenn es aus objektiver Sicht billigenswert ist⁵². Darüber hinaus müssen die Mittel, mit denen der Vermieter dieses Ziel erreichen will, also seine Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, geeignet, erforderlich und angemessen sein; es ist also die übliche Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen⁵³. Im Ergebnis lässt sich der umständlich formulierte Rechtfertigungstatbestand des § 3 Abs. 2 AGG darauf reduzieren, dass ein sachlicher Grund für die Differenzierung erforderlich ist und die eingesetzten Mittel verhältnismäßig sein müssen⁵⁴.

Als „rechtmäßiges Ziel“ sind insbesondere alle wirtschaftlichen Gesichtspunkte anzuerkennen, die den Vermieter zur Vertragsverweigerung veranlassen⁵⁵. Denn die Verbotsbestimmungen des AGG wollen lediglich bestimmte, als besonders schutzbedürftig angesehene Bevölkerungsgruppen vor Benachteiligung und Ausgrenzung schützen, nicht aber dem Vertragspartner finanzielle Opfer abverlangen.

d) Beweislast

Besondere Schwierigkeiten treten bei der Frage nach der Beweislast für die mittelbare Benachteiligung auf. Grundsätzlich ist der Anspruchsteller für die Benachteiligung als solche in vollem Umfang beweispflichtig. Vielfach wird ihm dabei abverlangt, die „dem Anschein nach neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ vorzutragen. Doch wird er hierzu meist schon deswegen nicht in der Lage sein, weil er diese überhaupt nicht kennt. Somit muss es zunächst genügen, wenn der Anspruchsteller den Beweis dafür erbringt, dass er gegenüber

⁵¹ Vgl. auch *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 3 Rn. 28.

⁵² *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 3 Rn. 33.

⁵³ *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 3 Rn. 34. *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1491.

⁵⁴ So BT-Drs. 16/1780, S. 33; s. auch *Nicolai* (Fn. 6), Rn. 72; *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 194.

anderen Personen schlechter gestellt wurde; ferner muss er nach Maßgabe des § 22 AGG Indizien dafür vortragen, dass die Benachteiligung auf einem nach §§ 1, 19 Abs. 1 AGG verpönten Grund beruht (dazu VI 1). Nunmehr trifft den Anspruchsgegner eine sekundäre Darlegungslast⁵⁶ dafür, nach welchen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren er seine Entscheidung getroffen hat⁵⁷. Sodann ist es wiederum Sache des Anspruchstellers zu beweisen, dass diese Vorgaben Personen wegen eines inkriminierten Merkmals in besonderer Weise benachteiligen; dazu kann er sich – soweit vorhanden – insbesondere auf Statistiken beziehen; anderenfalls muss er die (konkrete) Gefahr einer erheblichen Schlechterstellung plausibel begründen.

Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, wem der Beweis für den Rechtfertigungstatbestand des § 3 Abs. 2 AGG obliegt. Teilweise wird die Beweislast auch insoweit beim Anspruchsteller gesehen; dieser müsse beweisen, dass die Maßnahme des Anspruchsgegners sachlich nicht gerechtfertigt sei, jedenfalls nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem von ihm verfolgten Ziel stehe⁵⁸. Sofern er das Ziel der betreffenden Vorgabe nicht ohne weiteres erkennen könne, stehe ihm insoweit ein Auskunftsanspruch zu⁵⁹. Für diese Ansicht spricht in der Tat die amtliche Begründung zu § 3 Abs. 2 AGG, in der es u.a. heißt:

„Dieser sehr weite Anwendungsbereich bedarf einer Einschränkung, für die der Anspruchsteller darlegungs- und beweispflichtig ist: Eine mittelbare Benachteiligung liegt nicht vor, wenn ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt und die eingesetzten Mittel erforderlich und angemessen sind.“⁶⁰

Indes hat der EuGH in dem Urteil vom 13.5.1986 (Bilka-Kaufhaus)⁶¹ im Fall der mittelbaren Frauendiskriminierung die Beweislast dafür, dass die Maßnahme objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig ist, beim Unternehmer gesehen. Für die Übertragung dieser Rechtsprechung auf den Tatbestand des § 3 Abs. 2 AGG sprechen insbesondere Art. 8 der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG und Art. 9 der Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt 2004/113/EG, nach denen die Mitgliedstaaten zu gewährleisten haben, „dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und ... Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es

⁵⁵ Rolfs, NJW 2007, 1489, 1491; Schiess Rütimann, WuM 2006, 12, 14.

⁵⁶ Dazu BGH, WuM 2005, 521 = ZMR 2005, 702.

⁵⁷ Lützenkirchen (Fn. 10), B Rn. 195.

⁵⁸ Lützenkirchen (Fn. 10), B 195; ders., MietRB 2006, 327, 328; Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 6), § 3 Rn. 37.

⁵⁹ Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 6), § 3 Rn. 37.

⁶⁰ BT-Drs. 16/1780, S. 33.

⁶¹ NJW 1986, 3020 = NZA 1986, 599.

dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat“. Auch die vorliegende Streitfrage wird allein der EuGH nach Vorlage durch ein Fachgericht klären können (vgl. Art. 234 EGV)⁶².

d. Typische Auswahlkriterien des Vermieters

Bewirbt sich ein ausländischer Interessent um eine inserierte Mietwohnung, werden den Vermieter namentlich folgende Gesichtspunkte interessieren; diese werden vielfach den Katalog seiner Auswahlkriterien bilden⁶³:

- Aufenthaltserlaubnis,
- Dauer des Mietverhältnisses,
- finanzielle Leistungsfähigkeit, gesicherter Arbeitsplatz,
- Schichtarbeit, Nachtarbeit,
- Anzahl der Kinder,
- häufige Besuche durch andere Familienmitglieder (Großfamilie),
- Religionszugehörigkeit, Feiern von religiösen Festen in der Wohnung,
- Möglichkeit der sprachlichen Verständigung (Mindestkenntnisse der deutschen Sprache),
- Einforderung der Installation einer Parabolantenne, insbesondere wenn Heimatsender nicht über das Kabelnetz zu empfangen sind,
- Haltung der übrigen Mitbewohner,
- Negative Vorerfahrungen.

aa) Wirtschaftliche Gesichtspunkte / Lärmvermeidung

Wird der ausländische Bewerber allein wegen der fehlenden Aufenthaltserlaubnis abgelehnt, so könnte darin u.U. eine unmittelbare Diskriminierung liegen. Dieses Kriterium dürfte mit seiner Ausländereigenschaft in einem untrennbaren Zusammenhang stehen⁶⁴. Anders verhält es sich, wenn der Vermieter die Ablehnung allein mit dem Kriterium der langfristigen Vertragsbindung begründet und er an dieser wegen der fehlenden Aufenthaltserlaubnis Zweifel hegt. Dann eröffnet sich die Frage, ob das vorgenannte Auswahlkriterium den ausländischen Bewerber gegenüber Inländern „in besonderer Weise benachteiligen“ kann. Einen statistisch fundierten Nachweis, dass dieses Kriterium wesentlich mehr Ausländer benachteiligt als begünstigt, wird der Bewerber voraussichtlich nicht beibringen können. Auch die konkrete Gefahr einer wesentlichen Schlechterstellung dürfte sich hier kaum plausibel begründen lassen.

⁶² Zum Auslegungsvorrecht des EuGH, Rs. 166/73 (Rheinmühlen), Slg. 1974, 33; s. auch EuGH, NJW 2004, 1647; instruktiv *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 8; *Börstinghaus*, in: Mietprax-Aktuell, E III.

⁶³ *Schiess Rütimann*, WuM 2006, 12, 13; *Börstinghaus*, in: Mietprax-Aktuell, C 1.

⁶⁴ Dagegen aber *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1491.

Anders verhält es sich bei den Kriterien: wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und gesicherter Arbeitsplatz; hier wird die besondere Benachteiligung von ausländischen Mietbewerbern sogar statistisch belegbar sein. Allerdings werden diese Gesichtspunkte stets einen sachlichen Differenzierungsgrund abgeben. Selbiges dürfte für alle Kriterien gelten, die den Geräuschpegel im Haus betreffen, so etwa die Anzahl der Kinder⁶⁵ sowie Nacht- oder Schichtarbeit des Bewerbers. Etwas problematischer könnte dies den Besuchen der Großfamilie sein, weil es sich hierbei um vorübergehende Erscheinungen handelt. Doch wird man mit Blick auf die stärkere Abnutzung von Wanddekoration, Bodenbelag und sanitären Einrichtungen einen sachlichen Ablehnungsgrund durchaus bejahen können, zumal die Mietkaution mit maximaler Höhe von drei Mieten ohne Vorauszahlung (vgl. § 551 Abs. 1 BGB) in der Praxis zur Absicherung bestehender Schadensersatzansprüche meist nicht ausreicht.

bb) Religionszugehörigkeit

Beim Kriterium der Religionszugehörigkeit ist zu beachten, dass Religion und ethnische Herkunft vielfach untrennbar miteinander verbunden sind. Oftmals definieren sich ethnische Gruppen gerade auch über die gemeinsame Religion ihrer Mitglieder. Demgemäß könnte eine auf die fremde Religion gestützte Ablehnung des ausländischen Bewerbers sogar eine unmittelbare Benachteiligung wegen seiner ethnischen Herkunft bedeuten⁶⁶. Anders verhält es sich, wenn es dem Vermieter allein darum geht, das Schächten von Tieren in dem Mietobjekt zu verhindern. In diesem Fall kommt lediglich eine mittelbare Benachteiligung in Betracht. Indes kann der Vermieter ohne weiteres auf einer Vertragsbestimmung bestehen, die ein solches Ritual untersagt. Sofern der Mietaspirant ein solches Verbot nicht akzeptieren will und der Vermieter aus diesem Grunde einen Vertragsschluss ablehnt, wäre dies durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt⁶⁷.

Auch im Hinblick auf die Wahrung des Hausfriedens wird der Vermieter nach der hier vertretenen Auffassung einen Bewerber wegen einer offensichtlich fanatischen religiösen Haltung ablehnen dürfen. Allein das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch die Mietbewerberin wird jedoch eine Gefährdung des Hausfriedens nicht befürchten lassen. Insoweit hat das BAG in seinem Urteil vom 10.10.2002, das eine Kündigung gegenüber einer Verkäuferin wegen Tragens des Kopftuchs während der Arbeitszeit betraf, ausgeführt, dass die Religionsfreiheit es dem Einzelnen überlasse, welche religiösen Symbole er anerkenne und verwende; sie könne nicht bereits auf einen möglichen „Verdacht“ hin eingeschränkt werden⁶⁸.

⁶⁵ Vgl. *Derleder/Sabetta*, WuM 2005, 3, 7; *Schiess Rütimann*, WuM 2006, 12, 14; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1491.

⁶⁶ Vgl. *Hinz*, in: *Mietprax*, F. 1 Rn. 185.

⁶⁷ *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 13.

cc) Deutschkenntnisse

Lehnt der Vermieter den ausländischen Mietaspiranten wegen mangelnder Beherrschung der deutschen Sprache ab, so könnte darin bereits eine unmittelbare Benachteiligung i. S. des § 3 Abs. 1 AGG liegen⁶⁹. Weil dieses Kriterium bei deutschen Bewerbern so gut wie nie relevant wird, könnte es in untrennbarem Zusammenhang mit der Ausländereigenschaft stehen. Andererseits lässt sich die deutsche Sprache erlernen und wird von zahlreichen Ausländern auch problemlos erlernt, so dass ihre mangelnde Kenntnis nicht zwingend an den Benachteiligungsgrund der ethnischen Herkunft anknüpft⁷⁰. Ob die Sprachkenntnisse des Bewerbers ein legitimes Auswahlkriterium darstellen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Während dies beim privaten Vermieter regelmäßig der Fall sein wird, kann man einem Wohnungsunternehmen sehr viel eher zumuten, die Kommunikation mit dem Mieter über Familienmitglieder oder Bekannte des ausländischen Mieters herzustellen⁷¹.

dd) Parabolantenne

Indes erscheint bei einer Vertragsablehnung zwecks Vermeidung von „Parabolantennen-Streitigkeiten“ die Verhältnismäßigkeit fraglich. Der BGH hat in drei Entscheidungen⁷² weitgehend geklärt, unter welchen Voraussetzungen der Mieter die Aufstellung einer solchen Anlage verlangen kann. Zumindest wenn diese prinzipiell nicht vorliegen, weil der Vermieter dem Bewerber fünf Heimatprogramme über Kabelnetz zur Verfügung stellen kann⁷³, dürfte eine Vertragsverweigerung nicht gerechtfertigt sein. Geringfügige optische Beeinträchtigungen ohne Substanzverletzung, wie etwa eine auf dem Fußboden des Balkons der Wohnung platzierte Satellitenschüssel, muss der Vermieter nach der Entscheidung des BGH vom 16.5.2007⁷⁴ hinnehmen.

ee) Haltung der Hausgemeinschaft

Besondere Schwierigkeiten treten auf, wenn der Vermieter die Haltung der übrigen Hausbewohner zum Auswahlkriterium für Neuvermietungen erhoben hat. Hier wird zu differenzieren sein: Lässt er sich allein von den ausländerfeindlichen Anschauungen innerhalb der Wohngemeinschaft leiten, so fehlt es bereits an einer objektiv neutralen Vorgabe; es liegt eine unmittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AGG) vor. Anders können die Dinge liegen, wenn der Vermieter bei Einzug des Ausländers ins Gewicht fallende wirtschaftliche Nachteile durch

⁶⁸ BAG, NJW 2003, 1685, 1687 = NZA 2003, 483, 486.

⁶⁹ So *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 1 Rn. 57.

⁷⁰ Im Erg. auch *Nicolai* (Fn. 6), Rn. 116.

⁷¹ *Hinz*, ZMR 2006, 742, 745; s. auch ders., in *Mietprax*, F. 1 Rn. 186; gegen eine solche Differenzierung *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1492.

⁷² BGH, NZM 2005, 335 = WuM 2005, 237 = ZMR 2005, 436; BGH, NZM 2006, 98 = WuM 2006, 28 = ZMR 2006, 195; BGH, Urt. v. 16.5.2007, VIII ZR 207/04 – bisher n.v.

⁷³ Vgl. BGH, NZM 2005, 335 = WuM 2005, 237 = ZMR 2005, 436.

⁷⁴ VIII ZR 207/04 – bisher n.v.

das Verhalten anderer Mieter ernstlich zu erwarten hätte. Das wäre etwa der Fall, wenn diese die sofortige Kündigung ihrer Mietverhältnisse über die ansonsten schwer vermietbaren Wohnungen zum nächstmöglichen Termin angedroht hätten⁷⁵. Ob ein solches Auswahlkriterium des Vermieters als legitim und verhältnismäßig anzusehen ist, wird man – je nach ideologischer Grundhaltung – durchaus unterschiedlich beantworten können⁷⁶. Zu bedenken ist, dass der Gesetzeszweck des AGG gerade darin liegt, ausländerfeindlichen Grundstimmungen, wie sie von den Mitbewohnern an den Tag gelegt werden, entgegenzuwirken. Dann aber erscheint es problematisch, wenn diese im Ergebnis doch zur Durchsetzung gelangen.

Andererseits weist die Situation des Vermieters Parallelen zu derjenigen bei der Druckkündigung auf⁷⁷. Nach der Rechtsprechung des BAG rechtfertigt das bloße Verlangen Dritter gegenüber dem Arbeitgeber, einem bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen, nicht ohne weiteres eine Kündigung⁷⁸. Fehlt es an einem objektiven Kündigungsgrund, hat sich der Arbeitgeber zunächst schützend vor den Arbeitnehmer zu stellen und alles ihm Zumutbare zu versuchen, um die Dritten von ihrer Drohung abzubringen. Haben aber alle Versuche des Arbeitgebers keinen Erfolg und verweigert die Belegschaft forthin ernsthaft die Zusammenarbeit mit dem betroffenen Arbeitnehmer, so kann eine Kündigung gerechtfertigt sein⁷⁹. Kann der Vermieter seine bisherigen Mieter trotz großer Bemühungen nicht von ihrem Vorhaben abbringen, bei Einzug des Ausländers umgehend zu kündigen und hätte er dann einen langzeitigen Leerstand zu erwarten, so spricht einiges dafür, dass er einen Vertragsschluss ablehnen darf⁸⁰. Das AGG will den Vermieter lediglich zu einer diskriminierungsfreien Praxis motivieren, nicht aber ihm Sonderopfer für die Integration von Ausländern auf dem Wohnungsmarkt abverlangen.

ff) Negative Vorerfahrungen

Im Schrifttum wird teilweise die Vertragsverweigerung gegenüber dem Ausländer auch dann als zulässig erachtet, wenn diese wegen negativer Vorerfahrungen erfolgt⁸¹. So ist es denkbar, dass ein Vermieter einen türkischen Bewerber deshalb ablehnt, weil der vorige Mieter ebenfalls türkischer Herkunft war und sich im Laufe des Vertragsverhältnisses Unregelmäßigkeiten eingestellt hatten, z.B. Zahlungsverzug, Gewalt oder Bedrohung gegenüber anderen Mietern oder eine unverhältnismäßig starke Abnutzung der Wohnung infolge von Besuchen der Großfamilie. Doch dürfte hierin bereits eine unmittelbare Benachteiligung des türkischen Bewerbers gem. § 3 Abs. 1 AGG liegen; dieser erfährt eine offene Zurückweisung

⁷⁵ *Derleder/Sabetta*, WuM 2005, 3, 7 f.

⁷⁶ Abl. etwa *Schiess Rütimann*, WuM 2006, 12, 14.

⁷⁷ Vgl. auch *Derleder/Sabetta*, WuM 2005, 3, 8.

⁷⁸ BAG, NZA 1987, 21, 22 = DB 1986, 2498; BAG, NZA 1996, 581, 584 = DB 1996, 990.

⁷⁹ BAG, NZA 1996, 581, 584 = DB 1996, 990.

⁸⁰ Zurückhaltender noch *Hinz*, ZMR 2006, 742, 745.

wegen seiner Herkunft, weil der Vermieter seine negativen Erfahrungen mit anderen Angehörigen der ethnischen Gruppe nunmehr auf ihn projiziert.

3. Anweisungen zur Benachteiligung

Als Benachteiligung gilt nach § 3 Abs. 5 AGG auch die Anweisung zur Benachteiligung einer Person, regelmäßig des Mieters oder auch bestimmter Gruppen von Mietinteressenten aus einem nach § 1 AGG verpönten Motiv. Die Anweisung muss vorsätzlich erfolgen⁸², wobei allerdings die Kenntnis der Verbotswidrigkeit nicht erforderlich ist, weil das Benachteiligungsverbot nach dem AGG kein Verschulden voraussetzt⁸³. Demgemäß muss sich der Anweisende nur seiner Anweisung sowie ihres tatsächlichen Inhalts bewusst sein, nicht hingegen der rechtlichen Folge, dass dieser gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 19 AGG verstößt.

Nach verbreiteter Auffassung setzt eine Anweisung das Bestehen eines Weisungsverhältnisses voraus, aufgrund dessen der Anweisende von dem Empfänger aus rechtlichen Gründen ein bestimmtes Verhalten verlangen kann⁸⁴. Damit würde sie der Weisung im arbeitsrechtlichen Sinne entsprechen. Das hätte die Konsequenz, dass etwa das Ansinnen des Vermieters gegenüber dem von der Verwaltung eingestellten Hausmeister, Mängelrügen des ausländischen Mieters zu ignorieren, keine Anweisung zur Benachteiligung wäre. Gegen diese Sichtweise lässt sich jedoch die (für arbeitsrechtliche Sachverhalte nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG konzipierte) Regelung des § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG ins Feld führen, nach der es genügt, wenn „eine Person zu einem Verhalten bestimmt“ wird. Diese Formulierung deutet eher auf eine Anlehnung an die strafrechtliche Figur der Anstiftung (§ 26 StGB) hin. Auch die Gesetzesmaterialien geben keine Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit eines Weisungsverhältnisses⁸⁵.

Unerheblich ist, ob die angewiesene Person die Benachteiligung tatsächlich ausführt. Es ist noch nicht einmal erforderlich, dass die Anweisung bei ihr den Tatentschluss weckt⁸⁶. Das ergibt sich aus § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG, der die potenzielle Benachteiligung durch das angeordnete Verhalten einer tatsächlich erfolgten Benachteiligung ausdrücklich gleichstellt („benachteiligen kann“).

⁸¹ *Derleder/Sabetta*, WuM 2005, 3, 6 f.; dagegen aber *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1491.

⁸² BT-Drs. 16/1780, S. 33.

⁸³ *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 3 Rn. 67; *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 199; ders., MietRB 2006, 327, 329.

⁸⁴ *Annuß*, BB 2006, 1629, 1632; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 3 Rn. 64; *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland* (Fn. 17), Rn. 84; wohl auch *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1089 f.; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1492; großzügiger *Hinz*, ZMR 2006, 742, 743; wohl auch *Warnecke*, DWW 2006, 268, 270; *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 199; ders., MietRB 2006, 327, 329.

⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 33.

Zweck des § 3 Abs. 5 AGG ist somit eine Vorverlagerung des Rechtsverstoßes auf den Zeitpunkt der Anweisung⁸⁷. Wird diese indes vom Angewiesenen ausgeführt und mündet sie in eine (unmittelbare oder mittelbare) Benachteiligung, so stellt regelmäßig Letztere den Anknüpfungspunkt für die diskriminierungsrechtliche Bewertung dar, eines Rückgriffs auf § 3 Abs. 5 AGG bedarf es dann nicht mehr⁸⁸. Nicht recht verständlich ist daher der Hinweis in der Begründung des Regierungsentwurfs, dass „im Bereich des allgemeinen Zivilrechts ... die in Absatz 5 geregelten Sachverhalte regelmäßig über die zivilrechtlichen Zurechnungsnormen zu erfassen (§§ 31, 278, 831 BGB)“ seien⁸⁹. Bei § 3 Abs. 5 AGG handelt es sich gerade nicht um eine Zurechnungsnorm, sondern um einen selbständigen Benachteiligungstatbestand neben denen des § 3 Abs. 1 bis 4 AGG. Demgemäß wird die Anwendbarkeit der §§ 31, 278 BGB im Rahmen des § 21 Abs. 2 Satz 1 AGG (s. dazu V 2 a bb) durch § 3 Abs. 5 AGG selbstverständlich nicht eingeschränkt⁹⁰; § 831 BGB bildet ohnehin eine selbständige deliktsrechtliche Anspruchsgrundlage.

IV. Mietrechtliche Ausnahmereiche

1. Stadt- und wohnungspolitische Gesichtspunkte

a) Allgemeines

Eine Differenzierung aus den nach § 19 Abs. 1 AGG relevanten Gründen ist bei Mietverhältnissen nach § 19 Abs. 3 AGG zulässig, wenn sie der Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen, ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse dient. Die Vorschrift soll der Wohnungswirtschaft ermöglichen, bei ihrer Vermietungspraxis den Grundsätzen einer sozialen Stadt- und Wohnungspolitik Rechnung tragen zu können. In der Begründung des Regierungsentwurfs des AGG heißt es:

„Die europäische Stadt setzt auf Integration und schafft damit die Voraussetzungen für ein Zusammenleben der Kulturen ohne wechselseitige Ausgrenzung. Je stärker der soziale Zusammenhalt, desto weniger kommt es zu Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft und aus anderen im Gesetz genannten Gründen.“⁹¹

⁸⁶ Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 6), § 3 Rn. 68.

⁸⁷ Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1090 f.

⁸⁸ Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 6), § 3 Rn. 68.

⁸⁹ BT-Drs. 16/1780, S. 33.

⁹⁰ Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1090; Gaier, in: Gaier/Wendtland (Fn. 17), Rn. 228.

⁹¹ BT-Drs. 16/1780, S. 42.

Sozial stabile Bewohnerstrukturen sind nach herkömmlichem Verständnis gegeben, wenn alle sozialen, ethnischen und kulturellen Gruppen über den zu bewohnenden Raum verteilt werden (Modell der sozialen Mischung)⁹².

b) Richtlinienkonformität

Gleichwohl könnte § 19 Abs. 3 AGG europarechtlich problematisch sein. Die Vorschrift erlaubt eine unmittelbare Benachteiligung des Bewerbers (§ 3 Abs. 1 AGG) wegen seiner ethnischen Herkunft, was nach der Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG gerade nicht zulässig ist⁹³; ein entsprechender Ausnahmetatbestand findet sich hier nicht. Teilweise ist versucht worden, die Regelung in § 19 Abs. 3 AGG als positive Maßnahme i. S. des § 5 AGG zu bewerten⁹⁴; eine solche ist in der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen (vgl. Art. 5 RL 2000/43/EG). Doch setzt eine positive Maßnahme die gezielte Förderung einer bestimmten Gruppe voraus, durch welche – gleichsam als Kehrseite der Medaille – andere Gruppen benachteiligt werden können⁹⁵. Als Beispiel ist die Vermietung an eine bestimmte Ethnie zu nennen, um deren Benachteiligung am Wohnungsmarkt auszugleichen (z.B. Vermietung von Wohnraum an Sinti und Roma)⁹⁶. Hingegen zielt § 19 Abs. 3 AGG gerade auf eine Durchmischung der Bewohnerschaft ab, so dass der Rekurs auf die positive Maßnahme nicht weiterhelfen dürfte.

Man könnte aber argumentieren, dass § 19 Abs. 3 AGG gar keinen klassischen Rechtfertigungsgrund zugunsten des Vermieters darstellt, sondern das Spannungsverhältnis zwischen einem weit reichenden Diskriminierungsschutz und dem übergeordneten Ziel eines friedvollen Zusammenlebens verschiedener Kulturen lösen will⁹⁷. Ist ein sozialer Frieden Voraussetzung für ein diskriminierungsfreies Klima, so ließe sich im Hinblick auf diese Zielsetzung eine Differenzierung bei der Wohnungsvergabe begründen. Im Übrigen orientiert sich die Vorschrift terminologisch an § 6 Satz 2 Nr. 3 und 4 WoFG. Wenn danach schon die Länder bei der Wohnraumförderung „die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen, ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse“ zu berücksichtigen haben, kann die Umsetzung dieser Vorgaben keine Diskriminierung bedeuten⁹⁸. Eine abschließende Entscheidung über die Richtlinienkonformität des § 19 Abs. 3 AGG wird allein der EuGH treffen können (vgl. Art. 234 EGV).

⁹² Ausf. dazu Metzger, WuM 2007, 47, 49.

⁹³ Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 12; Metzger, WuM 2007, 47, 49 f.; Börstinghaus, in: Mietprax-Aktuell, E I; Hinz, ZMR 2006, 826, 828; ders., in: Mietprax, F. 1 Rn. 199 f.

⁹⁴ Börstinghaus, in: Mietprax-Aktuell, E I.

⁹⁵ Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 6), § 5 Rn. 6.

⁹⁶ Vgl. Schmidt-Räntsch, in: FS Blank, S. 381, 392.

⁹⁷ Lützenkirchen (Fn. 10), B Rn. 260; ähnlich Roth, ZdW Bay 1/2997, 4, 10.

⁹⁸ Lützenkirchen (Fn. 10), B Fn. 261.

c) Übergeordnetes Vermietungskonzept

Adressaten des § 19 Abs. 3 AGG können dann aber nur größere Vermieter sein, die gezielt auf die Bewohner- oder Siedlungsstrukturen Einfluss nehmen können⁹⁹. Dazu bedarf es eines übergeordneten, also über die Belange des einzelnen Gebäudes hinausgehenden, wohnungspolitischen Konzepts des Vermieters, das sich auch auf empirische Daten stützt¹⁰⁰. Hat es beispielsweise in der Vergangenheit in dem betreffenden Mehrfamilienhaus Auseinandersetzungen zwischen türkischen und russischen Mietern gegeben, wird der Vermieter die Aufnahme weiterer Mitglieder der einen oder anderen Gruppe ablehnen dürfen, um die bestehenden kulturellen Spannungen nicht noch zu verstärken¹⁰¹. Problematisch wäre es hingegen, wenn der Vermieter solche Erfahrungen zum Anlass nähme, die Wohnungen des ersten Hauses nur an Deutsche, des zweiten Hauses nur an Russen und des dritten Hauses ausschließlich an Muslime zu vermieten. Ein solches Konzept intendiert gerade keine ethnische und kulturelle Mischung, sondern eine Segregation. Zudem erfährt eine Unterrepräsentanz bestimmter Gruppen – wie die Gesetzesbegründung ausdrücklich betont – durch § 19 Abs. 3 AGG ohnehin keine Rechtfertigung¹⁰². Auch eine bloße Zugangsbeschränkung für Migranten in bestimmten Häusern und Quartieren, etwa in Gestalt einer Ausländerquote von 50%, soll nicht zulässig sein¹⁰³. Allerdings führt nach den Erfahrungen der Wohnungswirtschaft bereits ein Migrantenanteil von mehr als 30% zum „Kippen des Hauses“; es entstehen regelmäßig soziale und kulturelle Spannungen, die über kurz oder lang in den Auszug der deutschen und integrierten ausländischen Bewohner münden. Deshalb muss es dem Vermieter nach der hier vertretenen Auffassung gestattet sein, solche Erkenntnis neben anderen Gesichtspunkten in das Belegkonzept mit einfließen zu lassen. Dabei sollte aber auch die besondere Situation in dem jeweiligen Quartier Berücksichtigung finden, insbesondere ob dieses von einer ethnischen Gruppe dominiert ist oder ob im Wesentlichen ausgeglichene Bewohnerstrukturen bestehen. Die Rechtsprechung wird zu klären haben, welche inhaltlichen Anforderungen an ein Vermietungskonzept zu stellen sind. Jedenfalls sollte dieses schriftlich abgefasst werden und tunlichst vorliegen, bevor der Vermieter von der Regelung des § 19 Abs. 3 AGG Gebrauch macht¹⁰⁴.

d) Anwendbarkeit bei Wohnungseigentümergeinschaften

Vielfach wird die Frage aufgeworfen, ob eine Wohnungseigentümergeinschaft ein Belegkonzept nach Maßgabe des § 19 Abs. 3 AGG beschließen kann. Soll das Konzept für sämtli-

⁹⁹ Vgl. *Warnecke*, DWW 2006, 268, 272 f.; u.U. enger *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1491: nur Großvermieter, die mit ihren Mietshäusern ganze Straßen oder sogar Stadtviertel dominieren.

¹⁰⁰ *Börstinghaus*, in: *Mietprax-Aktuell*, E I; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 19; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1491; *Roth*, ZdW Bay 1/2007, 4, 10; vgl. auch *Warnecke*, DWW 2006, 268, 272.

¹⁰¹ Vgl. auch *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 267.

¹⁰² BT-Drs. 16/1780, S. 42.

¹⁰³ *Metzger*, WuM 2007, 47, 50.

¹⁰⁴ *Roth*, ZdW Bay 1/2007, 4, 10; differenzierend *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 263.

che Wohnungseigentümer verbindlich sein, kann es u.U. zu einem Vermietungsverbot führen, nämlich wenn es die weitere Aufnahme von bestimmten Mietergruppen nicht mehr zulässt. Eine solche Regelung dürfte einen Eingriff in den Kernbereich des Wohnungseigentums bedeuten, weil die Vermietung des Objekts zum wesentlichen Inhalt der Nutzung gehört; ein darauf abzielender Mehrheitsbeschluss wäre nichtig¹⁰⁵. Anders verhält es sich, wenn das Belegkonzept dem einzelnen Wohnungseigentümer die unterschiedliche Behandlung von Mietinteressenten nach Maßgabe des § 19 Abs. 3 AGG freistellen würde. Doch dürfte eine dergestalt beliebige Vorgabe kaum geeignet sein, auf die Schaffung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen hinzuwirken, so dass sie schon aus diesem Grunde eine Ablehnung bestimmter ethnischer Gruppen nicht rechtfertigen könnte.

Denkbar wäre allenfalls die Aufnahme eines bestimmten Vermietungskonzepts in die Teilungsvereinbarung/-erklärung; das würde jedoch eine entsprechende Änderungsvereinbarung sämtlicher Wohnungseigentümer erfordern, die in aller Regel nicht zustande kommt. Zwar sieht die WEG-Novelle¹⁰⁶, die zum 01.07.2007 in Kraft getreten ist, in § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG n.F. einen Anspruch jedes einzelnen Wohnungseigentümers auf Anpassung der Teilungsvereinbarung/-erklärung vor, „soweit ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer, unbillig erscheint“. Allein das Fehlen eines wohnungspolitischen Konzepts dürfte jedoch ein Festhalten an der bisherigen Teilungsvereinbarung/-erklärung nicht als unzumutbar erscheinen lassen, zumal es einzelne Wohnungseigentümer in ihrer Vermietungsfreiheit einschränken kann. Eine andere Möglichkeit läge darin, das Vermietungskonzept schon bei Begründung des Wohnungseigentums in der Teilungsvereinbarung/-erklärung festzuschreiben. Allerdings dürfte es zu diesem frühen Zeitpunkt noch an den zur Begründung des Konzepts notwendigen Erfahrungen im Hinblick auf das konkrete Objekt fehlen. Ob ein auf allgemeine wohnungswirtschaftliche Erkenntnisse gestütztes Belegkonzept den Anforderungen des europarechtlich ohnehin problematischen Ausnahmetatbestands des § 19 Abs. 3 AGG gerecht wird, ist fraglich¹⁰⁷. All diese Gesichtspunkte bedürfen der weiteren Diskussion.

2. Besondere Nähe- und Vertrauensverhältnisse

a) Grundtatbestand

¹⁰⁵ BGH, NZM 2004, 227, 230 f. = WuM 2004, 165, 169 = ZMR 2004, 438, 442.

¹⁰⁶ Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 28.3.2007, BGBl. I, S. 370.

¹⁰⁷ S. dazu *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 263 f.

Die Vorschriften über den zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz finden gem. § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG keine Anwendung bei Schuldverhältnissen, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Die Einschränkung beruht auf Art. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt 2004/113/EG sowie dem Erwägungsgrund 4 der Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG. Die Bestimmungen lassen Ausnahmen vom Benachteiligungsverbot zum Schutz des Privat- und Familienlebens zu. Voraussetzung ist somit, dass der Vertragspartner mit dem Zugang zur Dienstleistung zugleich Berührungspunkte zur Privatsphäre oder zum Familienleben des Anbieters erlangt¹⁰⁸. Der Begriff der Angehörigen in § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG entspricht im Wesentlichen dem der engen Familienangehörigen i. S. d. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB¹⁰⁹.

b) Wohnraum auf demselben Grundstück

Ein Regelbeispiel für ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis nennt § 19 Abs. 5 Satz 2 AGG: Ein solches kann insbesondere bestehen, wenn Mieter und Vermieter (bzw. deren Angehörige) Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Im Schrifttum wurde zuweilen die Richtlinienkonformität dieser Bestimmung bezweifelt, weil sie vom Wortlaut her auch Tatbestände erfassen kann, bei denen infolge der Größe des Grundstücks sowie getrennter Zugänge keinerlei Berührungspunkte der Vertragsparteien bestehen können. Nach Auffassung von *Schmidt-Räntsch* müssen die Gerichte bei der Anwendung des § 19 Abs. 5 Satz 2 AGG in jedem Einzelfall klären, worin das Nähe- oder Vertrauensverhältnis liege; dabei seien insbesondere die örtlichen Gegebenheiten und die Anzahl der Wohnungen von Bedeutung. Als Leitbild schlägt er die private Eigenvermietung in einem vom Vermieter bewohnten Objekt mit bis zu vier Wohnungen vor¹¹⁰. Jedoch ist eine Beeinträchtigung der Privatsphäre des Vermieters bereits dann zu besorgen, wenn er mit dem aufgezwungenen Mieter in einer gewissen räumlichen Nähe auf demselben Grundstück leben muss, so dass nahezu tägliche Begegnungen unvermeidbar werden¹¹¹. Demgemäß lässt sich das gemeinsam bewohnte Grundstück als Ausgangspunkt für den Vermutungstatbestand ohne weiteres beibehalten. Sofern zwischen den Vertragsparteien infolge seiner Größe sowie selbständiger Zugänge, etwa von verschiedenen Straßen aus¹¹², tatsächlich keinerlei Berührungspunkte bestehen, ist die Regelvermutung für ein Näheverhältnis widerlegt. Darlegungs- und beweispflichtig für solche Umstände ist der Mietinteressent.

¹⁰⁸ Vgl. *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 11; *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland* (Fn. 17), Rn. 45 f.

¹⁰⁹ Dazu *Warnecke*, DWW 2006, 268, 271; *Hinz*, ZMR 2006, 826, 828 f.; ders., in: *Mietprax*, F 1 Rn. 202; jew. m. w. Nachw.

¹¹⁰ *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 11; noch restriktiver *Börstinghaus*, in: *Mietprax-Aktuell*, E III.

¹¹¹ *Horst*, MDR 2006, 1266, 1267; *Hinz*, ZMR 2006, 826, 829; ders., in: *Mietprax*, F. 1 Rn. 201.

¹¹² Vgl. *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 274.

Fraglich ist indes, ob der Begriff des Grundstücks katastermäßig oder wirtschaftlich zu verstehen ist. Ein Grundstück im wirtschaftlichen Sinne liegt nach Auffassung von *Rolfs*¹¹³ vor, wenn es aufgrund seiner Lage, Bebauung und natürlichen oder künstlichen Abgrenzung von außen betrachtet als Einheit erscheint. *Lützenkirchen*¹¹⁴ stellt darauf ab, ob der Vermieter bei der täglichen Nutzung zwangsläufig mit dem Mieter zusammentrifft oder zusammentreffen kann. Zur Konkretisierung könnte u.U. auf die Grundsätze der Wirtschaftseinheit rekurriert werden; erforderlich wäre dann eine einheitliche Verwaltung der Grundstücke, ein unmittelbarer örtlicher Zusammenhang, ein annähernd gleicher Wohnwert sowie die gleiche Nutzungsart¹¹⁵. Für eine wirtschaftliche Sichtweise spricht, dass die katastermäßige Situation oftmals von Zufälligkeiten abhängt. So werden Doppel- und Reihenhausgrundstücke mitunter realgeteilt, vielfach wird aber auch auf einem katastermäßig einheitlichen Grundstück Wohnungseigentum gebildet. Geht man von einer wirtschaftlichen Betrachtung aus, so läge „Wohnraum auf demselben Grundstück“ i. S. des § 19 Abs. 5 Satz 2 AGG auch dann vor, wenn Vermieter und Mieter benachbarte Doppelhaushälften auf realgeteilten Grundflächen nutzen¹¹⁶. Anderenfalls wäre der Vermutungstatbestand hier nicht einschlägig; es käme dann ein Näheverhältnis nach § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG in Betracht, für dessen Vorliegen allerdings der Vermieter beweispflichtig wäre.

3. Kleinvermieterklausel

§ 19 Abs. 5 Satz 3 AGG stellt im Wege einer widerlegbaren Vermutung klar, dass die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch in der Regel kein massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. AGG) ist¹¹⁷. Damit enthält die Vorschrift keinen eigentlichen Ausnahmetatbestand zum zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot, wenngleich sie gesetzessystematisch wie ein solcher behandelt wird. Keine Anwendung findet sie bei den Diskriminierungsmerkmalen Rasse und ethnische Herkunft; diese erfahren über §§ 19 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 AGG einen vollen Diskriminierungsschutz, unabhängig davon, ob es sich um ein Rechtsgeschäft i. S. des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG handelt. Fraglich ist indes, ob die Vorschrift im Falle einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Geschlechts anwendbar ist. Dies wird vielfach deswegen bezweifelt, weil die Unisex-Richtlinie 2004/113/EG für den Bereich des Vertragsrechts, nämlich für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, geschlechtsspezifische Diskriminierungen verbietet (vgl. Art. 1 RL)¹¹⁸. Allerdings beschränkt Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie deren Geltungsbereich auf „alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der

¹¹³ *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1490; in diesem Sinne auch *Warnecke*, DWW 2006, 268, 271.

¹¹⁴ Fn. 6, B Rn. 276.

¹¹⁵ Vgl. OLG Koblenz, ZMR 1990, 297, 298.

¹¹⁶ *Warnecke*, DWW 2006, 268, 271.

¹¹⁷ BT-Drs. 16/2022, S. 6 f.

Öffentlichkeit *ohne Ansehen der Person* zur Verfügung stehen (Hervorh. d. d. Verf.)“. Es geht also allein um Massengeschäfte, zu denen Mietverträge über Wohnraum nicht gehören (s.o. bei II 1 a). Bei diesen kann es sich allenfalls um massengeschäftsähnliche Geschäfte handeln. Hat der nationale Gesetzgeber die Unisex-Richtlinie insoweit überschießend umgesetzt, als er den Schutz vor geschlechtsspezifischen Diskriminierungen auch auf massengeschäftsähnliche Geschäfte erstreckt hat, blieb es ihm unbenommen, diesen Begriff für die Wohnraumvermietung restriktiv zu fassen. Ein Verstoß gegen die Unisex-Richtlinie dürfte darin nicht zu sehen sein; die vom Autor bislang vertretene Auffassung¹¹⁹ wird hiermit in Frage gestellt¹²⁰.

V. Ansprüche des Benachteiligten

1. Abwehransprüche

a) Allgemeines

§ 21 Abs. 1 AGG gewährt dem Benachteiligten zunächst einen quasi-negatorischen Abwehranspruch, gerichtet auf Beseitigung der Beeinträchtigung (Satz 1), sodann einen Anspruch auf Unterlassung, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind (Satz 2). Als Vorbild hat insoweit der Entstörungsanspruch des Eigentümers gem. § 1004 Abs. 1 BGB gedient. Passivlegitimiert ist bei den Abwehransprüchen nach § 21 Abs. 1 AGG ebenso wie bei § 1004 BGB der Störer. Allerdings erfolgt die Benachteiligung stets durch ein bestimmtes Verhalten, nämlich durch eine weniger günstige Behandlung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG), durch die Anwendung von anscheinend neutralen Vorschriften etc. (§ 3 Abs. 2 AGG) oder durch die in § 3 Abs. 3 bis 5 AGG bezeichneten Beeinträchtigungen. Anders als bei § 1004 BGB kommt somit nur eine Handlungsstörung, nicht hingegen eine Zustandsstörung in Betracht. Handlungsstörer ist, wer die Benachteiligung durch seine Handlung oder pflichtwidrige Unterlassung adäquat verursacht¹²¹. Während der unmittelbare Störer die Benachteiligung durch seine eigene Handlung oder Unterlassung bewirkt, verursacht der mittelbare Störer diese in adäquater Weise durch das Verhalten eines Dritten¹²². Eine mittelbare Störung kann etwa vorliegen, wenn die Mieterin durch andere Hausbewohner permanent wegen ihrer Hauptfarbe gemobbt oder gar sexuell belästigt wird und der Vermieter in der Lage ist, diese Beeinträchtigungen abzustellen. Hier trifft den Vermieter die Beweislast dafür, dass er alles ihm Zumutbare unternommen hat, um derartige Belästigungen zu unterbinden¹²³.

¹¹⁸ *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 12; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085; *Hinz*, ZMR 2006, 826; ders., in Mietprax F. 1 Rn. 191.

¹¹⁹ S. *Hinz*, ZMR 2006, 826; ders., in Mietprax F. 1 Rn. 191.

¹²⁰ Zu den weiteren Problemen der Kleinvermieterklausel s. *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 280 ff.; ders., MietRB 2006, 249 ff.; *Hinz*, ZMR 2006, 826 ff.; ders., in Mietprax F. 1 Rn. 190 ff.

¹²¹ BGH, NJW 2005, 1366.

¹²² BGH, NJW 2000, 2901.

¹²³ *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland* (Fn. 17), Rn. 190.

b. Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags?

aa) Grundlagen

Keine ausdrückliche Regelung trifft das AGG darüber, ob der diskriminierte Bewerber vom Vermieter den Abschluss eines Mietvertrags verlangen kann. Die Frage ist streitig. Nach inzwischen wohl überwiegender Auffassung hat der benachteiligte Bewerber zunächst einen Folgenbeseitigungsanspruch aus § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG, gerichtet auf eine diskriminierungsfreie Entscheidung über das von ihm abgegebene Vertragsangebot¹²⁴. Das hätte folgende Konsequenzen:

- Wäre das Vertragsangebot unter den gegebenen Umständen auch ohne Diskriminierung abgelehnt worden, kann der Bewerber den Abschluss eines Vertrags nicht verlangen.
- Anders verhält es sich hingegen, wenn nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit einer Vermietung des in Rede stehenden Objekts an den Bewerber zu rechnen gewesen wäre. Dann erwächst diesem auch ein Anspruch auf Abschluss eines entsprechenden Vertrags. Das wäre aber bereits dann zweifelhaft, wenn sich zumindest ein weiterer Interessent um die betreffende Wohnung beworben hätte¹²⁵. In diesem Fall müsste der abgelehnte Bewerber beweisen, dass er bei diskriminierungsfreier Auswahl vorzugswürdig gewesen wäre. Das dürfte ihm kaum gelingen, zumal – nach der hier vertretenen Auffassung (s. o. III 1) – auch die intuitive Entscheidung des Vermieters für einen Bewerber möglich ist. Zudem muss der Vermieter noch in der Lage sein, dem abgelehnten Bewerber die betreffenden Räumlichkeiten zu überlassen. Hat er diese inzwischen weiter vermietet und dem Dritten den Besitz daran übertragen, so kommt ein Anspruch auf Vertragsabschluss nicht mehr in Betracht. Zwar wäre es dem Vermieter u.U. möglich, den entgegenstehenden Mietvertrag gegen Zahlung einer mit dem Dritten auszuhandelnden Entschädigung zu beenden, das Mietobjekt gleichsam „freizukaufen“; doch dürfte dies meist mit einem grob unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sein (vgl. § 275 Abs. 2 BGB)¹²⁶.

bb) Einstweiliger Rechtsschutz?

¹²⁴ Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 13; s. auch ders., in: FS Blank, S. 381, 393; Thüsing/von Hoff, NJW 2007, 21; Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1098; Gaier, in: Gaier/Wendtland (Fn. 17), Rn 207 f.; Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 6), § 21 Rn. 6; Schwab, DNotZ 2006, 649, 667; Warnecke, DWW 2006, 268, 274; Hinz, ZMR 2006, 826, 830 f.; ders., in: Mietprax, F1 Rn. 219; im. Erg. auch Rolfs, NJW 2007, 1489, 1493; Maier-Reimer, NJW 2006, 2577, 2582; Eisenschmid, WuM 2006, 475, 478; gegen einen Kontrahierungszwang: Armbrüster, NJW 2007, 1494 ff.; Eimers, GE 2006, 1078, 1079 f.; Zorn, WuM 2006, 591, 593; Börstinghaus, in: Mietprax-Aktuell, Anm. G II 1; tendenziell auch Nicolai (Fn. 6), Rn. 849.

¹²⁵ Thüsing/von Hoff, NJW 2007, 21, 24.

¹²⁶ Vgl. Schmidt-Räntsch, in: FS Blank, S. 381, 394; Rolfs, NJW 2007, 1489, 1494; Thüsing/von Hoff, NJW 2007, 21, 24 f.; Derleder/Sabetta, WuM 2005, 3, 6; vgl. auch Armbrüster, NJW 2007, 1494, 1496.

Es stellt sich somit die Frage, ob der Mieter einen Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags sowie die anschließende Überlassung der Wohnung im Wege der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) sichern kann. Die Probleme sind hier ähnlich gelagert wie in den Fällen der Doppelvermietung. In Betracht kommt zunächst eine Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO, gerichtet auf Untersagung der Besitzüberlassung an den Dritten (vgl. § 938 Abs. 2 ZPO)¹²⁷. Eine Leistungsverfügung auf Überlassung des Mietobjekts an den Antragsteller wäre wegen der darin liegenden Vorwegnahme der Hauptsache regelmäßig unzulässig¹²⁸.

Sofern der Vermieter dem Konkurrenten die Wohnung nach Abschluss eines Mietvertrags bereits überlassen hat, besteht für eine Sicherungsverfügung ohnehin kein Raum mehr. Aber selbst wenn die Überlassung noch nicht erfolgt ist, dürfte es dem diskriminierten Bewerber an einem Rechtsschutzbedürfnis fehlen; denn er kann nicht verhindern, dass der Konkurrent ebenfalls eine entsprechende Verbotserfügung erwirkt. Zwar können kollidierende Überlassungsverbote den Vermieter dazu bewegen, die Mieträume bis zur Entscheidung in der Hauptsache keinem der Konkurrenten zu überlassen, jedoch verhindern sie nicht deren Wettlauf in der Hauptsache. Diesen gewinnt derjenige, der als erster einen Titel auf Überlassung der Räumlichkeiten erlangt. Damit fehlt einem einstweilig verfügten Überlassungsverbot die erforderliche Sicherungswirkung¹²⁹.

Zu überlegen wäre jedoch, ob der abgelehnte Mietaspirant dem Vermieter im Wege der einstweiligen Verfügung bereits den Abschluss eines Mietvertrags über die betreffenden Räumlichkeiten mit einem Dritten untersagen kann¹³⁰. Eine dergestalt einschneidende Maßnahme wäre mit Blick auf den Grundsatz der Privatautonomie nur gerechtfertigt, wenn besondere Umstände vorliegen, die darauf hindeuten, dass der Vermieter auch den zunächst bestehenden Folgenbeseitigungsanspruch auf diskriminierungsfreie Entscheidung nicht erfüllen wird. Das wäre z.B. der Fall, wenn der Vermieter mit dem Drittinteressenten kollusiv zusammenwirkt, um den Erstbewerber zu benachteiligen. Aber auch eine vorsätzliche unmittelbare Diskriminierung aus einem nach § 19 Abs. 1 AGG relevanten Grund könnte u.U. die Nichterfüllung des daraus resultierenden Folgenbeseitigungsanspruchs erwarten lassen. Solche Umstände müsste der abgelehnte Bewerber als Antragsteller glaubhaft machen.

Zu beachten ist allerdings, dass die Vollstreckung einer den Abschluss von Mietverträgen untersagenden Verbotserfügung allein nach § 890 ZPO erfolgen kann. Die Drohung eines Ordnungsgeldes wird den Vermieter aber möglicherweise nicht davon abhalten, die Woh-

¹²⁷ Ausf. dazu *Hinz*, NZM 2005, 841, 843 = WuM 2005, 615, 617.

¹²⁸ *Katzenstein*, ZZP 2003, 459, 468 Fußn. 39; *Deleder/Pellegrino*, NZM 1998, 550, 557.

¹²⁹ *Ulrici*, ZMR 2002, 881, 884; *Hinz*, NZM 2005, 841, 844 = WuM 2005, 615, 618.

¹³⁰ Dazu *Hinz*, NZM 2005, 841, 845 = WuM 2005, 615, 619.

nung gleichwohl weiterzuvermieten, um sie nicht dem abgelehnten Erstbewerber überlassen zu müssen. Eine Unwirksamkeit des Mietvertrags wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) wäre nur bei einem kollusiven Zusammenwirken von Vermieter und Dritten zu Lasten des Mietaspiranten anzunehmen. Dies wird (im Rahmen des Hauptsacheverfahrens) kaum beweisbar sein.

2. Schadensersatzansprüche

a) Ersatz des materiellen Schadens

aa) Wesen des Anspruchs

Der Schadensersatzanspruch nach § 21 Abs. 2 AGG ist an die allgemeine Vorschrift des § 280 Abs. 1 BGB angelehnt, ist aber insoweit *lex specialis*. Demgemäß löst jede Benachteiligung die Verpflichtung zum Ersatz des hierdurch verursachten Vermögensschadens aus. Die Vorschrift umfasst sowohl Verletzungen im Bereich der Vertragsanbahnung (vgl. § 311 Abs. 2 BGB, früher *culpa in contrahendo*) als auch solche im Rahmen des laufenden Schuldverhältnisses. Auf die nach § 280 Abs. 2 und 3 BGB anwendbaren weiteren Bestimmungen der §§ 281, 286 BGB dürfte es nicht ankommen, weil § 21 Abs. 2 Satz 1 AGG funktionell an die Stelle der §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB tritt¹³¹. Sofern der Benachteiligte Schadensersatz statt der primären vertraglichen Leistung – der Wohnungsüberlassung – gelten machen will, kann er dies unter den Voraussetzungen des § 282 BGB, nämlich wenn ihm die Leistung durch den Schuldner infolge des diskriminierenden Verhaltens nicht mehr zuzumuten ist¹³². Der Umfang des zu ersetzenden Schaden richtet sich nach § 249 BGB¹³³.

bb) Exkulpation

Nach § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG haftet der Vermieter nicht, wenn er die Benachteiligung nicht zu vertreten hat. Neben dem eigenen Verschulden (§ 276 BGB) hat er ein Verschulden von gesetzlichen Vertretern und Erfüllungsgehilfen nach Maßgabe des § 278 BGB zu vertreten. Die Anwendbarkeit des § 278 BGB wird durch § 3 Abs. 5 AGG nicht berührt (s.o. III 3). Der Vermieter trägt somit die Beweislast für ein fehlendes Verschulden. Dieser Entlastungsbeweis wird im Falle einer unmittelbaren Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AGG) kaum zum Tragen kommen, weil hier regelmäßig vorsätzliches Verhalten des Vermieters anzunehmen ist. Anders verhält es sich hingegen in den Fällen der mittelbaren Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG). Hier kommt eine Exkulpation des Vermieters in Betracht, wenn für ihn auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht erkennbar war, dass die scheinbar neutralen Maßnahmen im Ergebnis zu einer unzulässigen Benachteiligung führen.

¹³¹ *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 14; *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland* (Fn. 17), Rn. 225.

¹³² Vgl. *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland* (Fn. 17), Rn. 225.

¹³³ Zum Ersatz des Mietdifferenzschadens s. *Hinz*, ZMR 2006, 826, 830; ders., in: *Mietprax*, F 1 Rn. 210.

Zu diskutieren ist, ob die in § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG eröffnete Exkulpationsmöglichkeit europarechtskonform ist. Das könnte deswegen fraglich sein, weil der EuGH in den Entscheidungen vom 8.11.1990 (Dekker)¹³⁴ und vom 22.04.1997 (Draehmpaehl)¹³⁵ hinsichtlich der Richtlinie 76/207/EWG (Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt)¹³⁶ dekretiert hat, dass diese einer innerstaatlichen Regelung entgegensteht, die für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung ein Verschulden verlangt. Dahinter steht der Gedanke, dass die europäischen Richtlinien die Mitgliedstaaten dazu verpflichten, für den Fall des Verstoßes Sanktionen festzulegen, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind und auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können (vgl. Art. 8d RL 76/207/EWG, Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 14 RL 2004/113/EG). Wird die Haftung des Diskriminierenden indes durch ein Verschuldenserfordernis eingeschränkt, so betrachtet der EuGH die praktische Wirksamkeit der von der Richtlinie intendierten Grundsätze als erheblich beeinträchtigt¹³⁷.

Allerdings darf nicht außer Acht bleiben, dass sich die Haftung für diskriminierendes Verhalten im allgemeinen Zivilrecht – anders als im Arbeitsrecht (vgl. § 15 AGG) – nicht auf Schadensersatzansprüche beschränkt; dem Benachteiligten steht ein verschuldensunabhängiger Folgenbeseitigungsanspruch zu, der u.U. zu einem Kontrahierungszwang führen kann. Das dürfte als abschreckende Sanktion ausreichen¹³⁸. Ohnehin verlangen die europäischen Antidiskriminierungs-Richtlinien nicht die Regelung von Schadensersatzansprüchen, sondern stellen die Art der Sanktionen dem nationalen Gesetzgeber anheim: Sie müssen eben nur wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Diese Vorgabe wird bereits durch den in § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG geregelten Folgenbeseitigungsanspruch gewahrt.

b) Ersatz des immateriellen Schadens

aa) Wesen des Anspruchs

Nach § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG kann der benachteiligte Mieter oder Mietaspirant wegen des erlittenen immateriellen Schadens eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Fraglich ist, ob diese Vorschrift lediglich eine Klarstellung im Hinblick auf § 253 BGB oder eine selbständige Anspruchsgrundlage beinhaltet. Im erstgenannten Fall ergäbe sich auch der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens nur unter den Voraussetzungen des §

¹³⁴ NJW 1991, 628.

¹³⁵ NJW 1997, 1839 = BB 1997, 1481 = MDR 1997, 845.

¹³⁶ ABI. EG Nr. L 39, S. 40.

¹³⁷ EuGH, NJW 1991, 628, 629.

¹³⁸ Ebenso *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1099; zurückhaltender *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland* (Fn. 17), Rn. 226, der allerdings darauf hinweist, dass der Entlastungsbeweis regelmäßig nicht gelingen wird.

21 Abs. 2 Satz 1 und 2 AGG und wäre damit einer Exkulpation zugänglich¹³⁹. Anderenfalls bestünde ein selbständiger verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch¹⁴⁰.

Ein Argument für einen einheitlichen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch nach § 21 Abs. 2 AGG lässt sich zunächst den Gesetzesmaterialien entnehmen; in der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es: „Absatz 2 regelt die Verpflichtung des Benachteiligten, bei einem Verstoß den Vermögensschaden zu ersetzen bzw. eine angemessene Entschädigung für die Beeinträchtigung zu leisten, die nicht Vermögensschaden ist. – Satz 1 und 2 entsprechen strukturell § 280 Abs. 1 Satz 1 und 2: ... – Satz 3 regelt im Hinblick auf § 253 Abs. 1 BGB den Ersatz des durch die Benachteiligung eingetretenen immateriellen Schadens: ...“¹⁴¹ Allerdings entspricht der zivilrechtliche Entschädigungsanspruch vom Wortlaut her exakt der entsprechenden arbeitsrechtlichen Vorschrift in § 15 Abs. 2 AGG. Diese setzt jedoch – ebenso wie die Vorgängerbestimmung in § 611a Abs. 2 BGB – nach allgemeiner Ansicht kein Verschulden voraus¹⁴². So formuliert die Begründung des Regierungsentwurfs:

*„Der Anspruch auf Entschädigung erfüllt die Forderungen der Richtlinien sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nach einer wirksamen und verschuldensunabhängig ausgestalteten Sanktion bei Verletzung des Benachteiligungsverbotes durch den Arbeitgeber. Der aus § 611a BGB bekannte Grundgedanke wird hier auf alle Tatbestände einer Benachteiligung übertragen.“*¹⁴³

Ein Unterschied zwischen § 15 Abs. 2 AGG und § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG besteht lediglich in der gesetzessystematischen Stellung der Normen. Während die erstgenannte einen selbständigen Absatz innerhalb der arbeitsrechtlichen Haftungsbestimmung erhalten hat, ist die zivilrechtliche Entschädigungsregelung in den umfassenden Schadensersatztatbestand des § 21 Abs. 2 AGG eingebettet. Ob das eine unterschiedliche Interpretation der ansonsten völlig gleich lautenden Normen zulässt, wird die Rechtsprechung zu klären haben.

bb) Bemessung der Entschädigung

¹³⁹ So Gaier, in: Gaier/Wendtland (Fn. 17), Rn. 232; wohl auch Lützenkirchen (Fn. 10), B Rn 330 f.; Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 15; Warnecke, DWW 2006, 268, 274; Schwab, DNotZ 2006, 649, 665.

¹⁴⁰ So Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1098; Rolfs, NJW 2007, 1489, 1494; Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 6), § 21 Rn. 12; zur Problematik auch Roth, ZdW Bay 1/2007, 4, 6.

¹⁴¹ BT-Drs. 16/1780, S. 46.

¹⁴² Vgl. nur Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1991; Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 6), § 15 Rn. 32; Gaier, in: Gaier/Wendtland (Fn. 17), Rn. 232.

¹⁴³ BT-Drs. 16/1780, S. 38.

Nach der amtlichen Begründung ist eine Entschädigung angemessen, wenn sie dem Benachteiligten Genugtuung für die zugefügte Herabsetzung oder Zurücksetzung verschaffen kann¹⁴⁴. Dabei wird auf die Rechtsprechung zum Entschädigungsanspruch bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Bezug genommen¹⁴⁵. Allerdings gewährt diese einen Entgeltentschädigungsanspruch nur bei schwerwiegenden und anderweitig nicht auszugleichenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen¹⁴⁶. Überträgt man diese Grundsätze auf den Entschädigungsanspruch nach § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG, dürfte sich sein Anwendungsbereich im Wesentlichen auf vorsätzliche Diskriminierungen beschränken. Indes betont *Gaier*¹⁴⁷, dass kein Grund bestehe, an das Erfordernis einer erheblichen Beeinträchtigung strenge Anforderungen zu stellen; namentlich bei Verletzungen des Diskriminierungsverbots durch Benachteiligung oder Belästigung werde einem Menschenbild Ausdruck verliehen, das zu dem des Grundgesetzes in offenem Widerspruch stehe. Andererseits dürften fahrlässig erfolgte mittelbare Benachteiligungen in der Regel nicht geeignet sein, Ansprüche auf Ersatz des immateriellen Schadens zu begründen¹⁴⁸. Diskutiert wird im Übrigen eine Begrenzung der Entschädigung analog § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG¹⁴⁹.

c) Deliktische Ansprüche

Nach § 21 Abs. 3 AGG bleiben Ansprüche aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) unberührt. Bei schuldhafter Verletzung des Benachteiligungsverbots ergeben sich zum einen Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht, zum anderen Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB; denn § 19 Abs. 1 und 2 AGG sind als Schutzgesetze zu qualifizieren, weil sie dazu dienen, gerade den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen Verletzungen ihrer Rechtsgüter zu schützen¹⁵⁰. Darüber hinaus kommt bei vorsätzlichem Handeln auch ein Anspruch aus § 826 BGB in Betracht¹⁵¹. Dem Anspruchsteller obliegt hier der volle Beweis für das Vorliegen des haftungsbegründenden Tatbestands; die Beweiserleichterung des § 22 AGG ist nicht anwendbar¹⁵². Zudem muss sich der Anspruchsgegner das Verschulden von Hilfspersonen nicht nach § 276 BGB zurechnen lassen; er haftet insoweit nur für ein vermutetes Organisationsverschulden nach § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB.

¹⁴⁴ BT-Drs. 16/1780, S. 46.

¹⁴⁵ Vgl. BGH, NJW 1996, 984, 985.

¹⁴⁶ BGH, NJW 1995, 861, 864; 1996, 984, 985; 1996, 985, 986 f.

¹⁴⁷ Gaier/Wendtland (Fn.17), Rn. 233.

¹⁴⁸ *Hinz*, ZMR 2006, 826, 830.

¹⁴⁹ Vgl. *Börstinghaus*, in: Mietprax-Aktuell, Anm. G II 43; *Hinz*, ZMR 2006, 826, 830; ders., in: Mietprax, F. 1 Rn. 213 f.

¹⁵⁰ *Gaier*, in: Gaier/Wendtland (Fn. 19), Rn. 241; *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 334.

¹⁵¹ Vgl. *Gaier*, in: Gaier/Wendtland (Fn. 17), Rn. 241; ferner *Deinert*, DB 2007, 398, 399.

Sind deliktische Ansprüche nach alledem schwächer ausgestaltet als solche nach § 21 Abs. 2 AGG, dürften sie wohl nur in den Fällen Relevanz erlangen, in denen der Benachteiligte die Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 AGG (s. dazu V 3) versäumt hat. Diese betrifft nach dem Gesetzeswortlaut nur Ansprüche nach § 21 Abs. 1 und 2 AGG. Allerdings vertritt *Lützenkirchen*¹⁵³ die Auffassung, dass auch die damit konkurrierenden Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB erfasst würden; nur wenn diese wegen zusätzlicher Auswirkungen der Benachteiligung, etwa wegen einer Beleidigung (§§ 823 Abs. 2 BGB; 185 StGB), geltend gemacht würden, blieben sie unberührt. Die hinter dieser Ansicht stehende Intention ist nachvollziehbar; es soll dem Anspruchsteller die Möglichkeit genommen werden, die Ausschlussfrist mit Hilfe von deliktischen Ansprüchen zu umgehen. Gleichwohl ist fraglich, ob sich diese Differenzierung mit dem Wortlaut des § 21 Abs. 5 AGG vereinbaren lässt, der allein auf Ansprüche nach § 21 Abs. 1 und 2 AGG verweist und solche nach Abs. 3 ausdrücklich nicht mit einbezieht.

3. Ausschlussfrist

Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (§ 21 Abs. 1 AGG) sowie Schadensersatzansprüche (§ 21 Abs. 2 AGG) müssen nach § 21 Abs. 5 Satz 1 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Entstehung des Anspruchs geltend gemacht werden; das gilt natürlich auch für einen Anspruch auf Vertragsabschluss. Nach Ablauf dieser Frist kann eine Geltendmachung nur erfolgen, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert war (§ 21 Abs. 5 Satz 2 AGG). Entstanden ist der Anspruch, sobald er im Wege der Klage geltend gemacht werden kann, was grundsätzlich die Fälligkeit voraussetzt (vgl. § 271 BGB)¹⁵⁴. Auf die Kenntnis des Anspruchsberechtigten kommt es insoweit nicht an. Allerdings dürfte der Anspruch bereits mit Abschluss der benachteiligenden Entscheidung des Vermieters entstehen; dieser Zeitpunkt wird dem abgelehnten Bewerber regelmäßig unbekannt sein¹⁵⁵.

Sofern der Bewerber erst nach Ablauf von zwei Monaten nach Entstehung des Anspruchs Kenntnis von der erfolgten Benachteiligung erhalten hat, fehlt es aber meist an einem Verschulden hinsichtlich der Fristversäumung, so dass eine spätere Geltendmachung des Anspruchs möglich ist. Nach überwiegender Auffassung wird ihm hierzu eine erneute Zwei-Monatsfrist eingeräumt¹⁵⁶. Es wird aber auch die Ansicht vertreten, dass eine Geltendmachung von Ansprüchen nach Fristablauf unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) nach Erlangung der Kenntnis oder dem Wegfall eines anderen Hin-

¹⁵² Vgl. *Lützenkirchen* (Fn. 10), B Rn. 334.

¹⁵³ Fn. 10, B Rn. 337.

¹⁵⁴ BGHZ 55, 340, 341; NJW 2001, 1724, 1725.

¹⁵⁵ *Eimers*, GE 2006, 1080.

¹⁵⁶ *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 16; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1098; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 6), § 21 Rn. 16.

dernisses erfolgen muss¹⁵⁷; als Obergrenze wird eine Frist von zwei Wochen anzunehmen sein¹⁵⁸.

Eine bestimmte Form der Geltendmachung von Ansprüchen nach § 21 Abs. 1 und 2 AGG ist nicht erforderlich, insbesondere handelt es sich hier nicht um eine Klagefrist¹⁵⁹. Es läuft im Übrigen bei allen Ansprüchen wegen Verletzung des Benachteiligungsverbots die regelmäßig dreijährige Verjährungsfrist gem. § 195 BGB¹⁶⁰.

VI. Beweislast

1. Voraussetzungen der Beweiserleichterung

Beweist eine Partei Indizien, die eine Benachteiligung aus einem verpönten Motiv vermuten lassen, so trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Das bedeutet zunächst, dass derjenige, der sich benachteiligt fühlt, im Prozess grundsätzlich die zur Stützung seines Anspruchs maßgeblichen Tatsachen beweisen muss. Demgemäß hat er zunächst den vollen Beweis dafür zu erbringen, dass er gegenüber einer anderen Person ungünstig behandelt worden ist. Eine Beweiserleichterung erfolgt nur hinsichtlich des Vorliegens einer unzulässigen Benachteiligung¹⁶¹. Hier genügt es, wenn der Kläger Indizien (Hilfstatsachen), also tatbestandsfremde Umstände darlegt und ggf. beweist¹⁶², die eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung aus einem nach §§ 1, 19 AGG relevanten Grund begründen. Eine bloße Glaubhaftmachung im Wege der eidesstattlichen Versicherung (§ 294 Abs. 1 ZPO) reicht jedoch nicht aus¹⁶³.

Sache des Vermieters ist es, den gegen ihn sprechenden ersten Anschein einer Diskriminierung zu widerlegen, indem er den vollen Beweis dafür erbringt, dass ein Verstoß gegen die Bestimmungen des AGG nicht vorgelegen hat. Dazu kann er insbesondere

- den Beweis der Indizien entkräften oder deren Eignung widerlegen¹⁶⁴,
- ein legitimes Ziel i. S. des § 3 Abs. 2 AGG sowie die Verhältnismäßigkeit der Mittel nachweisen (s. aber o. III 2 d) oder

¹⁵⁷ Gaier, in: Gaier/Wendtland (Fn. 17), Rn. 252; Rolfs, NJW 2007, 1489, 1494; Hinz, ZMR 2006, 826, 832.

¹⁵⁸ Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1990, 523.

¹⁵⁹ Börstinghaus, in: Mietprax-Aktuell, H II; Horst, MDR 2006, 1266, 1269.

¹⁶⁰ Vgl. Gaier, in: Gaier/Wendtland (Fn. 17), Rn. 244; Eimers, GE 2006, 1078, 1080.

¹⁶¹ Vgl. Warnecke, DWW 2006, 268, 274; Hoentzsch, DB 2006, 2631, 2634; Thüsing/von Hoff, NJW 2007, 21, 23; Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 14), vor § 535 Rn. 161a.

¹⁶² Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses ist in diesem Punkt etwas unklar, wenn sie allein darauf abstellt, dass „ergänzend Vermutungstatsachen vorgetragen werden“ müssen, vgl. BT-Drs. 16/2022, S. 13.

¹⁶³ BT-Drs. 16/2022, S. 13; Warnecke, DWW 2006, 268, 274; Hoentzsch, DB 2006, 2631, 2634.

- einen Ausnahmetatbestand (insbesondere nach §§ 5, 19 Abs. 3, Abs. 5 Satz 1 und 2 AGG) darlegen und beweisen¹⁶⁵.

2. Europarechtliche Situation

Auch bei § 22 AGG wird die Frage thematisiert, ob die Bestimmung europarechtskonform ist¹⁶⁶. Das könnte deswegen problematisch sein, weil die maßgeblichen Richtlinien 2000/43/EG (Art. 8 Abs. 1 RL) und 2004/113/EG (Art. 9 RL) lediglich eine Glaubhaftmachung von Tatsachen fordern, die eine Diskriminierung vermuten lassen. Die identischen Bestimmungen lauten:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.“

Allerdings wird der Begriff der Glaubhaftmachung in den Richtlinien dahingehend verstanden, dass der Kläger mit dem zivilprozessualen Instrumentarium des jeweiligen Mitgliedsstaats zunächst Tatsachen beweisen muss, die sodann eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die verbotswidrige Benachteiligung begründen¹⁶⁷. Dies geht zurück auf das Urteil des EuGH vom 27.10.1993 in der Rechtssache Enderby¹⁶⁸; danach kehrt sich die Beweislast um, wenn ein Arbeitnehmer, der dem ersten Anschein nach diskriminiert worden ist, sonst kein wirksames Mittel hätte, um seine Rechte durchzusetzen¹⁶⁹. Dem ist auch das BAG gefolgt. Nach dem Urteil vom 5.2.2004¹⁷⁰ geht es auch bei dem vormaligen § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB nicht um eine Glaubhaftmachung i. S. des § 294 ZPO; die Vorschrift sei so zu verstehen, „dass der klagende Arbeitnehmer eine Beweislast des Arbeitgebers dadurch herbeiführen kann, dass er Hilfstatsachen darlegt und ordnungsgemäß unter Beweis stellt, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen. Hierzu genügt die Überzeugung des Gerichts von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Geschlechtszugehörigkeit und Nachteil. Solche Vermutungstatsachen können in Äußerungen

¹⁶⁴ Vgl. auch *Warnecke*, DWW 2006, 268, 275, der zu Recht darauf hinweist, dass dem Beklagten auch der Beweis möglich sein muss, dass eine Benachteiligung gar nicht stattgefunden hat.

¹⁶⁵ *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582; *Börstinghaus*, in: *Mietprax-Aktuell*, H I.

¹⁶⁶ Skeptisch insoweit *Eimers*, GE 2006, 1078, 1081; dagegen aber *Hoentzsch*, DB 2006, 2631, 2634.

¹⁶⁷ *Hoentzsch*, DB 2006, 2631, 2632.

¹⁶⁸ Slg. 1993, I-5535.

¹⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 47.

¹⁷⁰ NJW 2004, 2112 = DB 2004, 1944.

des Arbeitgebers bzw. anderen Verfahrenshandlungen begründet sein, die die Annahme einer Benachteiligung wegen des Geschlechts nahe legen.“¹⁷¹ Nach alledem bestehen gegen § 22 AGG aus europarechtlicher Sicht keine Bedenken¹⁷²

VII. Schlussbemerkung

In den unzähligen Diskussionen um das AGG wurde immer wieder die Frage aufgeworfen, wie ein dergestalt kompliziertes Gesetz in der Praxis überhaupt etwas bewirken soll¹⁷³, es gebe doch nach wie vor unzählige Möglichkeiten, den Vertragsschluss mit einem unerwünschten Bewerber zu vermeiden. Zudem werde kein erfahrener Vermieter so unklug sein, den Ausländer oder das Homosexuellenpaar gerade wegen dieser Eigenschaften abzulehnen. Das mag richtig sein. Doch liegt das Ziel des AGG auch nicht darin, Vermietern im europäischen Rechtsraum Vertragspartner aufzuzwingen, die ihnen nicht genehm sind. Die Vertragsabschlussfreiheit bleibt im Grundsatz erhalten. Es soll dem Vermieter aber vor Augen geführt werden, aus welchen Motiven heraus er den Vertragsschluss ablehnt. Mit diesen wird er sich fortan genauer auseinandersetzen müssen.

Er wird sich im Falle einer ablehnenden Entscheidung auch die Frage stellen müssen, warum er die Person mit dem inkriminierten Merkmal denn nun wirklich nicht will, ob es tatsächlich die Herkunft oder gar die Hautfarbe ist, was ihn stört, oder ob es letztlich doch ganz andere Motive sind. Solche kann er auch unter der Herrschaft des AGG ohne weiteres offenbaren. Sollten es hingegen die erstgenannten Gründe sein, so wird der Vermieter selbst in diesem Fall einem Vertragsschluss oder einer Sekundärhaftung mit etwas Geschick entgehen können – allerdings nicht ohne mit seiner Haltung konfrontiert zu werden. Und damit wäre das Ziel des AGG erreicht.

¹⁷¹ BAG, NJW 2004, 2112, 2114 = DB 2004, 1944.

¹⁷² Ebenso *Hoentzsch*, DB 2006, 2631, 2634.

¹⁷³ Vgl. auch die Kritik von *Horst*, MDR 2005, 1266. 1270.