

Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Mietrecht

Von RiBGH Dr. Jürgen Schmidt-Räntsch

Vortrag auf der Herbstveranstaltung des Deutschen Mietgerichtstages
28.9.2006 in Hamburg

Mit dem Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 14. August 2006¹ hat sich der Gesetzgeber sehr schwer getan. Die Widerstände gegen das Vorhaben waren und sind erheblich.² Sie entzündeten sich an der Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit. Dabei gerät leicht aus dem Blick, was das Gesetz vorschreibt. Dem soll hier, bezogen auf das Mietrecht, nachgegangen werden.

I. Vorbemerkung

Die ersten Vorüberlegungen für den Erlass eines Allgemeinen Antidiskriminierungs- oder Gleichbehandlungsgesetzes sind schon zu Beginn der 14. Wahlperiode angestellt worden. Sie wurden aber von den Arbeiten der EU-Kommission an Entwürfen für Antidiskriminierungsrichtlinien überholt, deren Ergebnis zunächst abgewartet wurde. Bei Aufnahme ihrer Arbeiten durch die EU-Kommission Ende 1999 war die Europäische Union in einer schwierigen Lage, weil sich in einigen Mitgliedstaaten ausländerfeindliche Äußerungen mehrten und sogar zur vorübergehenden politischen Isolierung eines Mitgliedstaats führten. In dieser Situation waren nicht nur die EU-Kommission, sondern auch das Europäische Parlament und der Rat daran interessiert, möglichst rasch ein politisches Zeichen zu setzen. Die von der EU-Kommission vorgeschlagenen beiden Antidiskriminierungsrichtlinien gelangten deshalb auch nach kurzer Beratungszeit zur Verabschiedung. Bei ihrer späteren Ergänzung durch eine Frauengleichstellungsrichtlinie für den Bereich des Vertragsrechts stellte sich heraus, dass die Einbeziehung des Vertragsrechts in solche Richtlinien eine differenziertere Regelung erforderlich machte, als sie die ersten Antidiskriminierungsrichtlinien vorsahen. Eine Anpassung dieser Richtlinien an den neuen Erkenntnisstand unterblieb.

II. EG-rechtlicher Rahmen

¹ AGG – BGBl. I S. 1897, das durch Art. 8 des Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze v. 2. Dezember 2006, BGBl. I S. 2742 geändert werden wird.

² Vgl. etwa Kamphausen, DRiZ 2006, 269, 271; Jünemann, DRiZ 2006, 270.

1. Richtlinienlage

Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU knüpfen aus historischen Gründen nicht an Diskriminierungssituationen, sondern an die mit Art. 13 EG inkriminierten Diskriminierungsmerkmale an. Sie folgen sämtlich dem Modell der Frauengleichstellungsrichtlinie³, der sie nahezu wörtlich entsprechen. Sie sehen einige technische Verbesserungen vor, die mit der Richtlinie 2002/73/EG⁴ in die Frauengleichstellungsrichtlinie übernommen wurden, und gelten im Kern für das Arbeits- und Sozialrecht. Sie unterscheiden sich praktisch nur durch die jeweils angesprochenen Diskriminierungsmerkmale. Gegenstand der Richtlinie 2000/43/EG⁵ sind Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft. Mit Diskriminierungen wegen Religion und Weltanschauung, Alters, Behinderung oder sexueller Identität befasst sich die Richtlinie 2000/78/EG⁶. Mit der Richtlinie 2004/113/EG⁷ ist das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts aus der Frauengleichstellungsrichtlinie inhaltlich auf den Bereich des Vertragsrechts erstreckt worden. Außer dieser Richtlinie befasst sich nur die Richtlinie 2000/43/EG auch mit dem Vertragsrecht. Die Fristen zur Umsetzung dieser Richtlinien waren zum Teil schon vor Erlass des AGG abgelaufen⁸, was aber Bedeutung nur für Übergangsfälle hat.

2. Umsetzung

Zur Umsetzung dieser Richtlinien war zunächst an bereichsspezifische Regelungen gedacht worden, die für das Vertragsrecht ihren Platz im Allgemeinen Teil des Schuldrechts des BGB hätten finden sollen.⁹ Der Vorteil einer solchen Lösung hätte in der stärkeren Verknüpfung mit dem Vertragsrecht des BGB bestanden. Dieser Plan ist aber zugunsten einer integrierten Lösung aufgegeben worden. Der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien dient nunmehr allein das AGG, das auch die §§ 611a, 611b, 612a BGB ablöst. Der Vorteil dieser Lösung besteht darin, dass die Antidiskriminierungsvorschriften einheitlich, aber – und das ist ein Nachteil –

³ Richtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1976, ABl EG Nr. L 39 S. 40.

⁴ ABl. EG Nr. L 269 S. 15.

⁵ ABl. EG Nr. L 180 S. 22.

⁶ ABl. EG Nr. L 302 S. 16.

⁷ ABl. EG Nr. L 373 S. 37.

⁸ Richtlinie 2000/43/EG (Rasse und ethnische Herkunft): 19. Juli 2003; Richtlinie 2000/78/EG (Religion, Weltanschauung, Alter, Behinderung, sexuelle Identität): 2. Dezember 2003, aber für Deutschland nach ihrem Art. 18 Abs. 2 verlängert bis 2. Dezember 2006; Richtlinie 2002/73/EG: 5. Oktober 2005; Richtlinie 2004/113/EG: 21. Dezember 2007.

⁹ Diskussionsentwurf des BMJ für ein Gesetz zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht vom 10. Dezember 2001, Az. 3420/20-1.

nicht notwendig aus der Perspektive des allgemeinen Vertragsrechts ausgelegt werden. Die Auslagerung der vertragsrechtlichen Antidiskriminierungsvorschriften aus dem BGB in das AGG ändert zudem nichts daran, dass sie inhaltlich § 311 Abs. 1 BGB einschränken und §§ 226, 241 Abs. 2, 280, 826, 253 BGB erweitern. Diese Sondervorschriften machen zwar einen Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften des BGB oft entbehrlich. Sie bauen aber auf ihnen auf, weshalb auf diese, wie auch sonst, zur Ausfüllung von Lücken und auch im Rahmen der Anspruchskonkurrenz zurückgegriffen werden kann.

3. EG-konforme Auslegung

a) Grundsatz

Die Pflicht (Deutschlands) zur Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien endete, wie stets, nicht mit dem Erlass des AGG. Vielmehr haben alle dazu berufenen nationalen (deutschen) Stellen bei der Anwendung des AGG sicherzustellen, dass die Vorgaben und Ziele der Richtlinien erreicht werden. Das sind im Bereich des Vertragsrechts vor allem die ordentlichen Gerichte. Sie sind bei der Auslegung der zur Umsetzung von Richtlinien erlassenen Vorschriften und damit auch bei der Auslegung des AGG indessen nicht frei. Sie können solche Vorschriften nicht autonom so auslegen, wie das aus nationaler deutscher Sicht empfehlenswert oder geboten ist. Sie haben sie vielmehr unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH EG-konform auszulegen.¹⁰ Dabei ist allerdings auch zu berücksichtigen, inwieweit sich der zu entscheidende Fall von den in der Rechtsprechung des EuGH bereits entschiedenen Fällen unterscheidet.¹¹

b) Gespaltene Auslegung

aa) EG-rechtliche Vorgaben

Eine EG-konforme Auslegung bereitet bei Vorschriften keine Schwierigkeiten, die ausschließlich Fälle betreffen, die von den Richtlinien erfasst werden. Das ist regelmäßig bei Sondergesetzen der Fall, die zur Umsetzung einzelner Richtlinien erlassen werden. Anders liegt es aber bei allgemeinen oder besonderen Vorschriften, die auch auf Fälle anwendbar sind, die von den Richtlinien selbst nicht erfasst werden. Ein Beispiel hierfür sind die mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuld-

¹⁰ Dazu Roth in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch, 2006, § 14 Rdn. 40 ff.; und Schmidt-Räntsch *ibid.* § 23 Rdn.75-77.

¹¹ Z.B. den Fall Zulassungsnummer III, BGH, NJW-RR 2003, 327, 328.

rechts¹² umgestalteten Vorschriften des Leistungsstörungs- und Kaufrechts, die nicht nur für Verbrauchsgüterkäufe im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gelten, sondern schlechthin für alle Kaufverträge und auch für ganz andere Verträge.¹³ Zu diesen Vorschriften gehört auch das AGG. Es ist zwar ein Sondergesetz, geht aber über die Umsetzungspflichten aus den Richtlinien hinaus, weil es das Diskriminierungsverbot im Bereich des Vertragsrechts nicht nur für die EG-rechtlich vorgegebenen Diskriminierungsmerkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht, sondern darüber hinaus auch für die Merkmale Religion¹⁴, Alter, Behinderung und sexuelle Identität einführt. In solchen Fällen besteht eine Verpflichtung zur EG-konformen Auslegung nur, soweit es sich um Fälle handelt, die von den Richtlinien erfasst werden. Im Übrigen aber besteht eine EG-rechtliche Pflicht zur EG-konformen Auslegung nicht.¹⁵ Sicherzustellen ist nach der Rechtsprechung des EuGH lediglich, dass der Rechtsanwender klar erkennen kann, wie die von der Richtlinie erfassten Fälle behandelt werden sollen.¹⁶ Das bedeutet, dass überschneidende nationale Umsetzungsvorschriften EG-rechtlich gespalten ausgelegt werden können, nämlich EG-konform für die von den Richtlinien erfassten Fälle und autonom im Übrigen.¹⁷

b) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Eine solche gespaltene Auslegung ist aber nur möglich, wenn sie den nationalen Vorgaben genügt. Sie darf also nicht im Widerspruch zu dem im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers und zur Systematik des Gesetzes stehen¹⁸. Außerdem muss für eine unterschiedliche Behandlung der Fallgruppen ein sachlicher Grund gegeben sein. Es lässt sich zwar nicht ausschließen, dass diese Vorgaben in dem einen oder anderen Fall erfüllt sind.¹⁹ In der Regel wird es daran aber fehlen. Es wäre zum Beispiel nicht möglich, den Begriff des geringfügigen

¹² V. 26. November 2001, BGBl. I S. 3138.

¹³ Dazu Schmidt-Räntsch, FS Wenzel S. 409 ff., 413 f.

¹⁴ Entgegen ursprünglichen Überlegung nicht für die Weltanschauung, die in § 20 Abs. 1 AGG zunächst versehenlich nicht gestrichen worden war und jetzt mit dem eingangs erwähnten Änderungsgesetz formell gestrichen worden ist.

¹⁵ Einzelheiten dazu bei Schmidt-Räntsch, in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch, 2006, § 23 Rdn. 80 f.

¹⁶ EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 ICI, Slg. 1998, I-4695 Rn. 34 = EuZW 1999, 21.

¹⁷ Eingehend dazu Habersack/Mayer in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch, 2006, § 15 Rdn. 40-48.

¹⁸ Habersack/Mayer in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch, 2006, § 15 Rdn. 39; Prütting in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Einl. Rn. 35 a. E.; Roth in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 25 ff., 34 f.

¹⁹ Habersack/Mayer in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch, 2006, § 15 Rdn. 40-43

Mangels bei Verbrauchsgüterkäufen anders auszulegen als bei Immobilienkäufen²⁰ oder das Widerrufsrecht nach den Vorschriften über Haustürgeschäfte nur bei Realkreditverträgen, nicht aber auch bei Personalkreditverträgen zu geben.²¹ Das hat Auswirkungen auch auf die Auslegung des AGG. Das AGG sieht für den Bereich des Vertragsrechts ein Diskriminierungsverbot vor, das mit Ausnahme der Weltanschauung²² alle EG-rechtlich relevanten Diskriminierungsmerkmale umfasst. Bei der Ausgestaltung im Einzelnen unterscheidet das AGG nach Diskriminierungsmerkmalen und -situationen. Diese Unterscheidungen sind zwar durch die Vorgaben der Antidiskriminierungsrichtlinien motiviert. Eine solche Unterscheidung nach den Vorgaben von EG-Richtlinien ist zwar regelmäßig ein sachlicher Grund für eine Differenzierung. Darauf allein abzustellen, würde aber dem Zweck des AGG nicht entsprechen. Dieses strebt die Beseitigung der Diskriminierung wegen aller nach Art. 13 EG inkriminierten Merkmale mit Ausnahme der Weltanschauung an. Dem würde eine Differenzierung widersprechen, die ihren Grund nicht in der Sache selbst, sondern nur in dem formalen Aspekt hat, ob es eine EG-Richtlinie im Hintergrund gibt. Hinzukommt, dass eine solche Unterscheidung im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts nicht möglich ist, weil dieser vollständig durch die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU abgedeckt wird. Deshalb werden die einzelnen Diskriminierungsverbote unterschiedlich nur verstanden werden können, wenn es für die Unterscheidung auch tragfähige inhaltliche Gründe gibt.

4. Grenzen der Auslegung

Die Grenze der EG-konformen Auslegung bildet zwar grundsätzlich der Wortlaut des nationalen Umsetzungsrechts.²³ Die Gerichte der Mitgliedstaaten haben aber alle ihnen zu Gebote stehenden Mittel der Auslegung zu nutzen, um ein der Richtlinie entsprechendes Rechtsanwendungsergebnis zu erzielen. Sie müssen deshalb die Techniken, mit denen im nationalen Kontext Normenkonflikte vermieden werden, auch in einem Konflikt des nationalen mit dem EG-Recht anwenden.²⁴ Dieses Anforderungsprofil relativiert die Wortlautgrenze stark.²⁵ In der Rechtssache Man-

²⁰ Schmidt-Räntsch, FS Wenzel, S. 415f; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH, ZIP 2006, 904, 905 Rn. 11

²¹ BGH, NJW 2002, 1881, 1883; BGH, BB 2004, 2711, 2712.

²² § 19 AGG ist damit enger als die Grundnorm in § 1 AGG.

²³ BGH, NJW-RR 2005, 354, 355; BGH, NJW 2004, 153, 154; BGH, WM 2003, 2186, 2187.

²⁴ EuGH v. 5.10.2004 – verb.Rs. C-397/01 bis C-403/01 Pfeiffer u.a., Slg. 2004, I-8835 Rn. 113 f. = ZIP 2004, 2342, 2343; ähnlich auch BGHZ 150, 248, 253.

²⁵ Riesenhuber/Domröse, RIW 2005, 47, 51f.; BGHZ 160, 134, 140 und BGH, NJW 2004, 2971 (fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen) sprechen von „berichtigender Auslegung“, die der BGH aber in casu verneint; sehr weit geht bei der Auslegung von § 5 Abs. 2 HTWG auch BGHZ 150, 248, 253.

gold²⁶ ist der EuGH über diese Grundsätze hinausgegangen. Die Kernaussage lautet:

„77. Es obliegt daher dem nationalen Gericht, bei dem ein Rechtsstreit über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters anhängig ist, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, zu gewährleisten und die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1978, 629 [= NJW 1978, 1741] Rdnr. 21 - Simenthal, und Slg. 1998, I-937 [= NZG 1998, 277 Rdnr. 30 = EuZW 1998, 736 L] - Solred).“

Das bedeutet, dass EG-widrige Vorschriften des nationalen Rechts notfalls auch unangewendet bleiben müssen.²⁷ Eine solche Notwendigkeit kann sich teilweise auch bei dem AGG ergeben.

5. Verfahrensfragen

a) Auslegungsvorrecht des EuGH

Die Auslegung des AGG obliegt naturgemäß je nach dem Gegenstand den Gerichten der ordentlichen und der Arbeitsgerichtsbarkeit, aber durchaus auch der öffentlichen Gerichtsbarkeiten. Ihre Auslegungskompetenz ist indessen, wie bei allen Gesetzen, die EG-Rechtsakte umsetzen, beschränkt. Unbeschränkt auslegen können sie nur den nationalen Umsetzungsakt, also das AGG. Die Kompetenz zur Auslegung der dem Gesetz zugrunde liegenden Richtlinien haben sie dagegen nicht. Diese Frage stellt sich nicht nur im Verhältnis Deutschlands zur EU, etwa dann, wenn es in einem Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission nach Art. 226 EG darum geht, ob Deutschland seine Umsetzungspflichten erfüllt hat. Sie kann und wird oft auch bei der Anwendung des AGG selbst auftreten, weil seine Vorschriften EG-konform auszulegen sind. Dann muss das nationale Gericht zunächst den Inhalt der Richtlinie feststellen. Die verbindliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts ist aber nach Art. 234 Abs. 1 EG Sache des EuGH.²⁸ Ihm allein steht es zu, den Vertrag und das Sekundärrecht auszulegen und die Gültigkeit²⁹ von Handlungen der Organe zu überprüfen. Handlungen der Organe sind im vorliegenden Kontext vor allem die Verordnung, die Richtlinie, die Entscheidung³⁰ (des Rates oder der

²⁶ EuGH Rs. C-144/04 Mangold Slg. 2005 I 9981 = NJW 2005, 3695

²⁷ Vgl. zB OVG Münster, Urt. v. 13. Oktober 2005, 1 A 2724/04, veröff. bei juris.

²⁸ EuGH Rs. 166/73 Rheinmühlen w. Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide, Slg. 1974, 33

²⁹ Z.B. BGH, GRUR 2000, 392, 393 ff. – Omeprazol.

³⁰ Z.B. BGHZ 146, 153.

Kommission) und, nach Maßgabe von Art. 35 EU, auch der Rahmenbeschluss³¹ nach Art. 34 EU.

b) Anwendungskompetenz der nationalen Gerichte

Von der Auslegung des Gemeinschaftsrechts ist seine Anwendung auf den konkreten Einzelfall zu unterscheiden.³² Diese Unterscheidung hat der EuGH im Fall *Freiburger Kommunalbauten*³³ noch einmal herausgearbeitet. In jenem Fall hatte der VII. Zivilsenat des BGH dem EuGH die Frage vorgelegt, ob das Klauselwerk einer Bürgschaft nach der MaBV mit der Klauselrichtlinie in Übereinstimmung steht.³⁴ Diese Vorlage hat der EuGH als unzulässig zurückgewiesen. Er hat dabei in Abgrenzung zu seiner *Océano*-Entscheidung³⁵ entschieden, dass es bei der Auslegung des Rechts im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens, wie im nationalen Recht, im Wesentlichen darum geht, die für die Subsumtion eines Einzelfalls unter das Gesetz erforderlichen Obersätze und ihren Inhalt festzustellen. Ob aber im Einzelfall die Erfordernisse des so konkretisierten EG-Rechts erfüllt sind oder nicht, sei, so der EuGH,³⁶ nicht mehr eine Frage der Auslegung des EG-Rechts, sondern seiner Anwendung auf den Einzelfall, die den Gerichten der Mitgliedstaaten obliege.

III. Erfasste Mietverhältnisse

1. Vorbemerkung

Das AGG lehnt sich in seiner Struktur eng an die Antidiskriminierungsrichtlinien an. Diese aber beschreiben ihren sachlichen Anwendungsbereich nicht, wie es deutscher Tradition entspräche, nach den einzelnen Rechtsbereichen. Sie knüpfen vielmehr bei den Kompetenzen der EU an. Das sind aber Querschnittskompetenzen, die die EU zu einer an den Grundfreiheiten der Marktbürger ausgerichteten, problembezogenen Rechtssetzung ermächtigen, die sich weder an den Kompetenzen der nationalen Parlamente noch an der nationalen Struktur der Rechtsgebiete der Mitgliedstaaten ausrichtet. Deshalb legen die Antidiskriminierungsrichtlinien fest, für welche der Marktfreiheiten das Diskriminierungsverbot gelten soll. Diese Festlegung übernimmt § 2 Abs. 1 AGG nahezu wörtlich. Danach gilt auch das deutsche Dis-

³¹ Zu dessen Wirkungen: EuGH v. 16. 6. 2005 – Rs. C-105/03 Maria Purpino Slg. 2005, I-05285 = EuZW 2005, 433, 434; Adam, EuZW 2005, 558, 560

³² Groeben/Schwarze-Gaitanides, Art. 234 EGV Rn. 32.

³³ EuGH v. 1.4.2004 – Rs. C-237/02 *Freiburger Kommunalbauten*, Slg. 2004, I-3403 Rn. 22.

³⁴ BGH, BGH-Report 2002, 835, 836.

³⁵ EuGH v. 27.6.2000 – verb.Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano*, Slg. 2000, I-4941 Rn. 21–24.

³⁶ EuGH v. 1.4.2004 – Rs. C-237/02 *Freiburger Kommunalbauten*, Slg. 2004, I-3403 Rn. 22.

kriminierungsverbot in erster Linie für den Zugang zu unselbständiger, aber auch selbständiger Arbeit, einschließlich des beruflichen Aufstiegs und des Arbeitsentgelts. Dabei geht es, was das Zivilrecht betrifft, in erster Linie um den Abschluss und die Änderung von Arbeitsverträgen. Auch der uns hier interessierende Bereich des allgemeinen Vertrags- und des Mietrechts wird im AGG nicht nach Vertragstypen oder Rechtsbereichen bezeichnet, die aus dem nationalen Kontext geläufig sind. Aus dem Blickwinkel des EG-Vertrags handelt es sich hierbei nämlich um den Ausdruck der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit.³⁷ Deshalb beschreibt § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG diesen Bereich als Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Beide Begriffe nehmen auf die Marktfreiheiten Bezug und sind in diesem Sinne auszulegen. Das ist vor allem für den Begriff der Dienstleistung bedeutsam. Er umfasst nicht nur Dienst-, Werk- und Geschäftsbesorgungsverträge, sondern jede Form der Zurverfügungstellung von Wohnraum.³⁸ Das ist im deutschen Recht vor allem der Abschluss von Wohnraummietverträgen. Dazu würden, was hier aber nicht vertieft werden soll, auch andere Formen der Zurverfügungstellung von Wohnraum etwa im Rahmen einer Wohnraumzuweisung nach Sozialrecht gehören. Die Richtlinie 2000/43/EG stellt dies ausdrücklich klar. Auch das nimmt § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG wörtlich auf. Von dieser Terminologie löst sich indessen § 19 Abs. 1 AGG, der den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots beschreibt. Er spricht, ganz in Übereinstimmung mit der Terminologie des BGB, von (zivilrechtlichen) Schuldverhältnissen. Das führt auch zu einer, wenn auch nicht überzubewertenden, inhaltlichen Ausweitung, da nicht jedes Schuldverhältnis als Ausdruck der Güterverkehrs- oder Dienstleistungsfreiheit oder der Arbeitnehmerfreizügigkeit qualifiziert werden kann.

2. Abgrenzung nach der Art des Angebots

Während Arbeitsverträge dem AGG und dem arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot uneingeschränkt unterliegen, unterliegen andere schuldrechtliche Verträge im Allgemeinen und Mietverträge im Besonderen dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot nur unter besonderen Voraussetzungen. Diese Voraussetzungen sind in den zugrunde liegenden Antidiskriminierungsrichtlinien unterschiedlich geregelt. Sie unterscheiden, anders als das deutsche Recht, nicht nach der Art der Verträge

³⁷ Ähnlich für Versicherungsverträge: Armbrüster, VersR 2006, 1297.

³⁸ Das folgt aus Art. 50 Abs. 1 EG; BT-Drucks. 14/4538 S. 29; BT-Drucks 16/297 S. 30; AnwKomm-BGB/Annus/Großkopf, Bd. 2, Antidiskriminierungsrichtlinien Rdn. 14 meinen, es handele sich um den Zugang zu Gütern, also die Warenverkehrsfreiheit. Zugang soll aber bei der Vermietung von Wohnraum nur zu deren Besitz, nicht zu deren Eigentum verschafft werden.

oder nach den Beteiligten. Es kommt also nicht darauf an, ob es sich um Verbraucherverträge handelt oder um Wohnraum- oder andere Mietverträge. Entscheidend ist allein, wie sie angeboten werden. Nach Art. 3 Abs. 1 Buchstabe h der Richtlinie 2000/43/EG unterliegen sie dem Diskriminierungsverbot, wenn sie den Zugang zu oder die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen darstellen, die „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Demgegenüber werden solche Verträge von dem Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG erfasst, wenn sie „der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, und die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden“. Diese Grenzen übernimmt das AGG mit gewissen Modifikationen und entwickelt daraus eine fein ausdifferenzierte Beschreibung des Anwendungsbereichs des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots.

3. Regelungsstruktur

Es läge nahe, bei der Beantwortung der Frage, welche Mietverträge dem zivilrechtlichen Benachteiligungsgebot unterfallen, bei § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG anzusetzen, der den Anwendungsbereich des AGG im Bereich des allgemeinen Vertragsrechts beschreibt. Diese Vorschrift wird aber durch § 19 Abs. 1 AGG verdrängt, der den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots eigenständig regelt und enger fasst. Danach werden insbesondere die hier interessierenden Mietverträge nur erfasst, wenn sie Massen- oder vergleichbare Geschäfte im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG sind. Damit bliebe das AGG aber hinter der Richtlinie 2000/43/EG zurück, was diese nicht zuließe. Deshalb gelten in deren Anwendungsbereich nach § 19 Abs. 2 AGG nicht die engeren Grenzen des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, sondern die weiteren Grenzen des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG. § 19 Abs. 5 AGG nimmt mit unterschiedlicher Reichweite bestimmte Mietverhältnisse aus dem Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots aus. Das führt dazu, dass die Anwendung des AGG auf Mietverträge nicht nur davon abhängt, wie sie angeboten werden, sondern auch von der Diskriminierungssituation, die im konkreten Fall bewältigt werden soll.

3. Öffentlich verfügbare Mietverträge

a) Öffentliche Verfügbarkeit

Mietverträge werden von dem AGG nach dessen § 19 Abs. 2, § 2 Abs. 1 Nr. 8 unter anderem dann erfasst, wenn sie der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Was dieses aus der Richtlinie 2000/43/EG übernommene Kriterium bedeutet, ist umstritten. Der Öffentlichkeit steht eine Dienstleistung nach einer Ansicht nur zur Verfügung, wenn sie wie das Angebot eines Kaufhauses einer unbestimmten Zahl von Personen (im untechnischen Sinne) angeboten wird und auch in einem vergleichbaren Umfang zur Verfügung steht.³⁹ Das würde bedeuten, dass das Diskriminierungsverbot von vornherein nur bei den sog. Massengeschäften des täglichen Lebens greift. Sämtliche Geschäfte von Privatpersonen wären nicht erfasst, weil sie entweder gar nicht für eine unbestimmte Zahl von Personen bestimmt sind oder nur in geringem Umfang zur Verfügung stehen. Die Vermietung von Wohnraum wäre bei diesem Verständnis der Norm nur erfasst, wenn größere Wohnungsgesellschaften Wohnraum anbieten. Man könnte sogar zu dem Ergebnis gelangen, dass nur die Vermietung größerer Bestände, selbst bei großen Wohnungsgesellschaften nicht die Nachvermietung einzelner Wohnungen erfasst würde. Die Richtlinienverfasser waren demgegenüber der Meinung, dass eine Dienstleistung der Öffentlichkeit schon dann zur Verfügung steht, wenn sie öffentlich, also etwa in einer Tageszeitung, angeboten wird.⁴⁰ Auf die Größe der angesprochenen Öffentlichkeit kommt es danach ebenso wenig an wie auf die Breite des zur Verfügung stehenden Dienstleistungsangebots. Diese Sicht liegt allen Entwürfen für ein ADG oder ein AGG zugrunde.⁴¹ Welche Sicht zutrifft, wird der EuGH zu entscheiden haben. Der Vergleich der Richtlinien bestätigt jedenfalls die Sicht der Richtlinienverfasser. Die EU-Kommission hatte in Art. 1 Abs. 2 ihres Vorschlags für die Richtlinie 2004/113/EG die Formulierung aus Art. 3 Abs. 1 Buchstabe h der Richtlinie 2000/43/EG übernommen.⁴² Damit konnte sie sich im Rat aber nicht durchsetzen, der den Anwendungsbereich nach den Erfahrungen bei der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG enger fassen wollte. Das findet seinen Niederschlag in dem neu gefassten Art. 3 Abs. 1 der beschlossenen Richtlinie 2004/113/EG. Dass die Sprachjuristen bei der Schlussredaktion nicht daran gedacht haben, Erwägungsgrund 13 der Richtlinie an den beschlossenen Stand anzupassen, ändert daran nichts. Dem folgt das AGG. Der in § 19 Abs. 2 AGG aufgenommene Verweis auf § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG liefe leer,

³⁹ Thüsing, NJW 2003, 3441, 3442 f.; Meier-Reimer, NJW 2006, 2577, 2580; ähnlich auch Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., Anh. § 319 BGB Art. 3 RL 2000/43/EG Rdn. 6.

⁴⁰ Horst MDR 2006, 1266, 1267; Schmidt-Räntsch, FS Blank (2006) S. 381, 390 unter Hinweis auf die Beratungen des Kommissionsentwurfs in der Ratsarbeitsgruppe; Wendtland in Gaier/Wendtland, AGG, § 2 Rdn. 29, 31; in diesem Sinne Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529 f.; wohl auch AnwKomm-BGB/Annus/Großfeld, Bd. 2, Antidiskriminierungsrichtlinien Rd. 15.

⁴¹ 14. Wahlperiode: BMJ-Entwurf vom 10. 12. 2001 (Az. 3420/20-1) S. 39, abrufbar unter www.schmidt-raentsch.de; 15. Wahlperiode: Koalitionsentwurf in BT-Drucks. 15/4538 S. 29; 16. Wahlperiode: Regierungsentwurf in BT-Drucks 16/1780 S. 32, 42.

⁴² Vorschlag der Kommission v. 5. 11. 2003 KOM (2003) 657 endg.

wäre § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG nicht weiter als § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG.⁴³ Danach steht Wohnraum auch dann der Öffentlichkeit zur Verfügung, wenn er nicht durch große Wohnungsgesellschaften, sondern durch Private angeboten wird. Es kommt allein darauf an, dass sie in einer Tageszeitung oder sonst öffentlich angeboten werden. Die Streubreite der Werbung ist dabei ebenso unerheblich wie die Größe des Angebots, also die Zahl der Wohnungen.

b) Situativer Anwendungsbereich

Darauf, ob der Wohnraum in dem vorbeschriebenen Sinne zur Verfügung steht, kommt es nach §§ 19 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG nur an, wenn es um Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft⁴⁴ geht. Geht es um Diskriminierungen aus anderen Gründen, ist der engere § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG maßgeblich. Da sich nicht vorhersehen lässt, welche (potenziellen) Diskriminierungslagen sich ergeben, wird sich der Vermieter an das Diskriminierungsverbot halten müssen, sobald er Mietverträge öffentlich anbietet. Er kann sich nicht darauf zurückziehen, dass sein Mietangebot keine Massegeschäfte sind.

4. Massenmietverträge

a) Begriff des Massenmietvertrags

Das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot gilt nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von Massengeschäften. Massengeschäfte sind Schuldverhältnisse, die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen und bei denen das Ansehen der Person entweder typischerweise keine Rolle spielt oder eine nachrangige Bedeutung hat. Angesprochen sind damit zunächst Kaufhäuser und ähnliche Unternehmungen. Erfasst werden aber auch kleinere Unternehmer. Entscheidend ist die Ausrichtung des Geschäfts. Ein Massengeschäft kann nur angenommen werden, wenn es auf die vertragsgemäße Erfüllung des Vertrags, aber nicht auf die Person des Vertragspartners ankommt. Diese Voraussetzungen können auch bei Vermietern vorliegen. Ob ein Angebot ohne Ansehen der Person erfolgt, wird man objektiv, nach dem Charakter des angebotenen Mietgegenstands und des in Aussicht genommenen Vertrags beurteilen müssen. Bei der Vermietung beweglicher Sachen wird die Person des Mieters

⁴³ Hinz, ZMR 2006, 742, 743; übersehen von Meier-Reimer, NJW 2006, 2577, 2581.

⁴⁴ zu dem Inhalt dieser Merkmale Hinz, ZMR 2006, 742, 743 f., Horst MDR 2006, 1266, 1267; Wendtland in Gaier/Wendtland, AGG § 2 Rdn 62-67.

meist eine nur untergeordnete Rolle spielen. Beispiele sind Auto-, Fahrrad- oder Strandkorbvermietungen. Ähnlich wird es meist bei unbeweglichen Sachen liegen, die nur für kurze Zeit vermietet werden sollen. Beispiel für diese Fallgruppe ist die Vermietung von Hotelzimmern und Ferienhäusern. Bei Wohnungen, die für einen längeren Zeitraum oder auf unbestimmte Zeit vermietet werden sollen, kann und wird die Person des Mieters (aber auch des Vermieters) demgegenüber regelmäßig von Bedeutung sein. Die Bedeutung ist allerdings unterschiedlich. Sie hängt zunächst davon ab, ob der Wohnraum für einen bestimmten Personenkreis bestimmt ist. Das kann der Vermieter nicht willkürlich festlegen, weil er damit das Abweichungsverbot der §§ 21 Abs. 4, 31 AGG umgehen würde. Entscheidend ist vielmehr die Art der Wohnung. Eine Wohnung in einem Wohnblock weist keine besonderen Merkmale auf, die ihr Angebot zu Vermietung als auf einen beschränkten Personenkreis gerichtet erscheinen lassen. Anders kann es dagegen bei zweckgebundenem Wohnraum wie etwa Wohnungen in einem Schwesternheim oder einem Studentinnenwohnheim liegen. Im Übrigen kommt es auf die objektiven Vermietungsinteressen des Vermieters an. Bei einem privaten Vermieter wird das Interesse an der Person des Mieters eher ausgeprägt und der von ihm angebotene Mietvertrag nicht als Massen- oder massengeschäftsähnliches Geschäft anzusehen sein. Bei größeren Vermietern wird die Bedeutung der Person des Mieters zwar schon eine Rolle spielen, aber jedenfalls in der Mehrzahl der Fälle hinter dem Interesse an der vertragsgemäßen Erfüllung des Vertrags zurücktreten und eine nur nachrangige Bedeutung haben. Die von ihnen angebotenen Mietverträge stünden dann einem Massengeschäft gleich. Entscheidend sind dabei vorbehaltlich der noch zu erörternden Kleinunternehmerklausel die objektiven Rahmenbedingungen in dem Unternehmen des Vermieters, jedoch nicht die formale Größe seines Unternehmens. Man kann danach aber davon ausgehen, dass professionelle Wohnungsunternehmen grundsätzlich dem Diskriminierungsverbot unterliegen. Das bestätigt auch die Kleinunternehmerklausel, die andernfalls unnötig wäre.

b) Situativer Anwendungsbereich

Auf die Frage, ob die Vermietung in dem vorbeschriebenen Sinne ein Massen- oder massengeschäftsähnliches Geschäft ist, kommt es nach § 19 Abs. 2 und § 2 AGG nur an, wenn es um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der sexuellen Identität, des Alters, der Behinderung oder der Religion,⁴⁵ nicht aber der Welt-

⁴⁵ Zum Inhalt dieser Merkmale Hinz, ZMR 2006, 742, 746 f.; Horst MDR 2006, 1266, 1267 f.; Wendtland in Gaier/Wendtland, AGG § 2 Rdn. 68-80.

anschauung geht. Bei einer Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft kommt es dagegen, wie ausgeführt, nur darauf an, ob der Mietvertrag eine Dienstleistung darstellt, die der Öffentlichkeit zur Verfügung steht.

5. Adressat des Verbots

Das AGG legt nicht ausdrücklich fest, wer Adressat des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots ist. Nach § 19 Abs. 1 AGG besteht das Verbot „bei“ dem Abschluss, der Durchführung oder der Beendigung eines Schuldverhältnisses. Es richtet sich damit an alle Beteiligten. Konkret angesprochen sind aber meist nicht alle Beteiligten, sondern diejenigen, bei denen ein Diskriminierungspotenzial liegt. Das muss, wie der Abschluss eines Dienstvertrags zeigt, nicht immer der sein, der die Sachleistung erbringt. Es kann auch der andere Vertragspartner sein. Dasselbe gilt für Mietverträge. Angesprochen sind dort regelmäßig die Vermieter, weil sie gewöhnlich wirtschaftlich darüber entscheiden, ob und mit wem der angebotene Mietvertrag zustande kommt. Das kann aber auch hier anders sein. Mietinteressenten mit entsprechender Marktmacht können zwischen mehreren Anbietern auswählen. Dann ist es nicht der Vermieter, sondern der Mieter, der über das Zustandekommen des Vertrags entscheidet und sich diskriminierungsfrei zu verhalten hat. Nichts anderes ergibt sich, wenn es nach § 19 Abs. 2 AGG darauf ankommt, ob der Mietvertrag eine Dienstleistung ist, die im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Der dienstleistungsbezogene Ansatz dieser Vorschrift lässt zwar in erster Linie an den Leistungserbringer, also den Vermieter, denken. Die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG steht aber nicht nur den Erbringern von Dienstleistungen zu, sondern auch, als Gegenstück, dem Empfänger.⁴⁶

6. Ausnahmereiche

a) Besonderes Nähe- und Vertrauensverhältnis (§ 19 Abs. 5 Satz 1 AGG)

aa) EG-rechtliche Grundlage

Nach § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG finden die Bestimmungen über das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot keine Anwendung auf Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Diese Ausnahme gilt für den gesamten Abschnitt 3, damit nicht nur in den Fällen des § 19 Abs. 1 AGG, sondern auch in den Fällen des § 19 Abs. 2

⁴⁶ Streinz/Müller-Graff, EUV/EGV, Art. 49 EGV Rdn. 53.

AGG. Diese Ausnahme ist EG-rechtlich zulässig. Für die Richtlinie 2004/113/EG ergibt sich aus einer entsprechenden Ausnahme in ihrem Art. 3 Abs. 1. Eine vergleichbare Regelung findet sich im regelnden Teil der Richtlinie 2000/43/EG zwar nicht. Sie betont aber in Satz 2 ihres Erwägungsgrunds 4 die Wichtigkeit, im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen den Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte zu wahren. Das rechtfertigt die Ausnahme.

bb) Einzelheiten

Ein Nähe- oder Vertrauensverhältnis wird durch ein Schuldverhältnis begründet, wenn der eine Vertragspartner dem anderen als Folge oder Voraussetzung der Dienstleistung Zugang zu seinem persönlichen oder geschäftlichen Bereich oder seinem Vermögen verschafft. Beispiele sind Pflege-, Bewachungs- oder Verträge über die Verwaltung des Vermögens oder Teile davon. Auch Mietverträge können dazu gehören. Dazu reicht es allerdings nicht, dass es sich überhaupt um die (einzige) Mietwohnung eines privaten Eigentümers handelt. Zwar gehört die Verwaltung des eigenen Vermögens zum Privatleben. Zu den im Kontext des Privatlebens stattfindenden Transaktionen, wie es Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG und Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2000/43/EG formulieren, gehört die Vermietung einer Wohnung nur, wenn sich der Vermieter in diesem Kontext hält. Das ist nicht immer der Fall, wenn die Wohnung an einen Dritten vermietet werden soll.⁴⁷ Ein Nähe- und Vertrauensverhältnis kann vielmehr nur angenommen werden, die Vermietung von Wohnraum einen objektiven Bezug zur Privatsphäre hat.⁴⁸ Das bringt der Gesetzgeber durch das Regelbeispiel des § 19 Abs. 5 Satz 2 AGG zum Ausdruck. Danach kann ein Nähe- oder Vertrauensverhältnis vorliegen, wenn die Partei oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Diese Formulierung spricht in erster Linie die Untervermietung und die Vermietung einer Einliegerwohnung an.⁴⁹ Der Tatbestand würde aber auch Wohnungen in einem Mehrfamilienhaus ansprechen, von denen eine der Vermieter oder z. B. eines seiner Kinder selbst bewohnt. Hier hält der Gesetzgeber ein Nähe- oder Vertrauensverhältnis für möglich, aber nicht für zwingend. In einem Rechtsstreit müsste deshalb aufgeklärt werden, worin sich ein Nähe- oder Vertrauensverhältnis in solchen Fällen aus-

⁴⁷ Schmidt-Räntsch, FS Blank, 2006, S. 381 ff., 391.

⁴⁸ Wendtland in Gier/Wendtland, AGG, § 2 Rdn. 47 f.

⁴⁹ In diesem Sinne die Ansicht der Regierungskoalition der 15. WP in BT-Drucks. 15/4538 S. 40; Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529 f.; zweifelnd Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., Anh § 319 BGB Art. 2 RL 2000/43/EG Rdn. 6. a. M. Nickel, NJW 2001, 2668, 2669 f. d. Fall, dass sie öffentlich angeboten werden.

drückt. Dabei haben die Zahl der Wohnungen und die örtlichen Verhältnisse eine wesentliche Bedeutung. Man wird als „Daumenregel“ annehmen dürfen, dass eine private Eigenvermietung in Anwesen mit bis zu vier Wohnungen durch den dort wohnenden Vermieter ein Näheverhältnis begründet, in größeren Anwesen dagegen nicht. Bei größeren Anlagen wird ein Näheverhältnis vielmehr eingehender begründet werden müssen.

Die Ausnahme greift bei der An- und Vermietung von und durch Unternehmer regelmäßig nicht. Zwar lässt sich auch bei solchen Vermietungen die Begründung eines Nähe- und Vertrauensverhältnisses nicht von vornherein ausschließen. Sie ist aber die Ausnahme. Bei der Vermietung von Wohnraum kann man sie regelmäßig verneinen.

b) Kleinanbieterklausel (§ 19 Abs. 5 Satz 3 AGG)

aa) Widerlegbare gesetzliche Vermutung

Nach § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG ist die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch in der Regel kein Geschäft im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, wenn der Vermieter nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet. Damit werden Kleinanbieter von Wohnraum nicht kraft Gesetzes von der Anwendung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots freigestellt, was auch inhaltlich nicht vertretbar wäre. Vielmehr wird nur eine Vermutung dafür begründet, dass bei den von ihnen angebotenen Wohnraummietverträgen das Ansehen der Person weder keine noch auch nur nachrangige Bedeutung hat. Diese Vermutung ist, wie sich aus der Formulierung „in der Regel“ ergibt, widerlegbar.⁵⁰ Ob das gelingt, wird entscheidend von dem Vermietungskonzept des Unternehmens abhängen. Vermietet es tatsächlich ohne Ansehen der Person, dann muss es sich auch an das Verbot halten. Etwas anderes gilt dagegen, wenn das Unternehmen auf die Person des Mieters auch dann entscheidenden Wert legt, wenn es sich nicht um Träger der inkriminierten Merkmale handelt. Die Vermutung gilt nur für Wohnungsvermieter, nicht auch für andere „Kleinunternehmen“. Sie gilt auch nur für die Vermietung von Wohnraum für den nicht nur vorübergehenden Gebrauch, also nicht für Ferienwohnungen und Hotels. Nicht ganz eindeutig ist, ob sich die Größe von 50 Wohnungen nach dem vorhandenen oder nach dem vermieteten Bestand oder nach dem Angebot an vermietbaren Wohnungen richtet. Nur der vorhandene Bestand bildet allerdings einen

⁵⁰ BT-Drucks. 16/2022 S. 13.

verlässlichen Anknüpfungspunkt; das gerade verfügbare Angebot wäre ein vom Zufall bestimmter Anknüpfungspunkt und wenig überzeugend.⁵¹

bb) Situative Reichweite

Die Vermutung gilt nur für die Fälle des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Das sind Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, des Alters, der Behinderung oder der Religion. Sie gilt dagegen nicht für die Fälle des § 19 Abs. 2 AGG, also Fälle einer Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft. An einer Einbeziehung auch dieser Fälle sah sich der Gesetzgeber – zu Recht – durch die Richtlinie 2000/43/EG gehindert, die Raum dafür nicht bietet.⁵² Übersehen worden ist dabei, dass auch die Richtlinie 2004/113/EG keine Möglichkeit eröffnet, das Diskriminierungsverbot durch eine Vermutung für das Vorliegen einer Ausnahme einzuschränken. Das führt nach der Rechtsprechung des EuGH dazu, dass die Vermutung auch für Benachteiligungen aus Gründen des Geschlechts nicht anzuwenden ist.⁵³ Sie hat hier, von den oben angesprochenen Sonderfällen (Schwesternwohnheim usw.) einmal abgesehen, auch in der Sache keine Berechtigung. Nach der sachlichen Berechtigung der Vermutung kann man sich aber auch bei den übrigen Diskriminierungsmerkmalen fragen. Ein sachlicher Grund hierfür und vor allem auch für die Differenzierung zwischen den einzelnen inkriminierten Merkmalen wird sich, von den Gestaltungsmöglichkeiten des EG-Rechts einmal abgesehen, nur schwer darstellen lassen. Auch kleinere Wohnungsunternehmen werden, jedenfalls wegen der ausdrücklich geregelten und der EG-rechtlich gebotenen Ausnahmen und der Unvorhersehbarkeit der Diskriminierungslagen, gut daran tun, das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot einzuhalten und sich nicht auf die Vermutung zu verlassen.

IV. Vertragsverweigerung

1. Benachteiligung

Das Diskriminierungsverbot wird in erster Linie durch Vertragsverweigerung verletzt. Eine Vertragsverweigerung führt nach § 19 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG zu einem Verstoß gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot, wenn sie wegen eines der mit § 19 Abs. 1 AGG inkriminierten Merkmale zu einer Behandlung des

⁵¹ Im Ergebnis genauso: Horst MDR 2006, 1266, 1267.

⁵² BT-Drucks. 16/2022 S. 13.

⁵³ A M – allerdings ohne Auseinandersetzung mit dem Argument – Horst, MDR 2006, 1266, 1267.

Vertragsinteressenten führt, die weniger günstig ist als die anderer Vertragsinteressenten in einer vergleichbaren Situation. Damit ist nicht schon die Verweigerung des Vertragsschlusses an sich ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot.⁵⁴ Weder die Antidiskriminierungsrichtlinien noch das AGG zwingen einem Vertragsinteressenten den Abschluss eines Vertrags mit einem anderen oder eine bestimmte Vertragsgestaltung auf und streben dies auch nicht an. Jeder kann sich nach wie vor frei für oder gegen einen Vertrag oder eine bestimmte Vertragsgestaltung oder -abwicklung entscheiden und soll dies auch tun dürfen. Ziel des AGG ist es auch nicht, die Vertragsbeteiligten dazu zu bringen, solche Entscheidung nur noch überlegt und „vernünftig“ zu treffen. Das AGG hat - wie die Richtlinien⁵⁵ - vielmehr ein tendenziell pädagogisches Anliegen: Die Beteiligten sollen durch das Verbot der inkriminierten Merkmale zur Reflexion darüber veranlasst werden, warum sie sich wirklich für oder gegen den Anderen entscheiden. Sie sollen auf die Person des Anderen und den Inhalt des Vertrags, aber eben nicht darauf abstellen, ob das Gegenüber zufällig schwarze oder weiße Hautfarbe hat usw. Ob die Entscheidung für oder gegen den Vertragsschluss vernünftig ist oder nicht, ob sie Verstands- oder gefühlsbestimmt ist, ist dann unerheblich. Es trifft also nicht zu, dass „Bauchentscheidungen“ nicht mehr zulässig seien.⁵⁶ Diesen Zusammenhang bringt Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG deutlich zum Ausdruck. Er lautet:

Diese Richtlinie berührt nicht die freie Wahl des Vertragspartners, durch eine Person, solange diese Wahl nicht vom Geschlecht des Vertragspartners abhängig gemacht wird.“

Diese Aussage gilt nicht nur für die Diskriminierung wegen des Geschlechts, sondern auch für die Diskriminierung aus den anderen mit § 19 Abs. 1 AGG inkriminierten Gründen. Oft wird die Entscheidung für oder gegen den Vertragsschluss auf einem Bündel von Motiven und Überlegungen beruhen. Es stellt sich dann die Frage, ob eine Verletzung des Diskriminierungsverbots schon dann vorliegt, wenn eines der inkriminierten Merkmale überhaupt eine Rolle gespielt hat oder ob es überwiegen muss. Für die Beurteilung dieser Frage kann auf die Rechtsprechung zu dem früheren § 611a BGB zurückgegriffen werden. Danach kommt es nicht darauf an, ob das inkriminierte Merkmal überwog; es reicht vielmehr, dass es eine Rolle gespielt hat.⁵⁷ Eine Diskriminierungsabsicht ist wie bei § 611a BGB a. F. nicht erforderlich.⁵⁸

⁵⁴ Hinz, ZMR 2006, 742, 744.

⁵⁵ Schmidt-Räntsch in FS Blank, 2006, S. 381 ff., 382.

⁵⁶ so aber Horst MDR 2006, 1266, 1269.

⁵⁷ BVerfG, NJW 1994, 647, 648; BAG, NJW 2004, 2112, 2115; AnwKomm-BGB/Annuß/Großkopf, Bd. 2, Antidiskriminierungsrichtlinien Rdn. 37 und Franzen ibid. § 611a BGB Rdn. 9; Palandt/Heinrichs,

2. Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung

Die Benachteiligung kann unmittelbar oder mittelbar erfolgen. Beide Formen der Benachteiligung sind untersagt. Ihre Voraussetzungen sind unterschiedlich. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 AGG vor, wenn der Träger eines der inkriminierten Merkmale deshalb schlechter behandelt werden soll, weil er (auch) Träger eines solchen Merkmals ist. Eine mittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 2 AGG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren zu einer schlechteren Behandlung der Träger eines der inkriminierten Merkmale gegenüber Personen führen, die das Merkmal nicht tragen. Das gilt nach § 3 Abs. 2 Habsatz 2 AGG nicht, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien und Verfahren ein legitimes Ziel verfolgen und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.⁵⁹ In dieser Einschränkung liegt der entscheidende Unterschied zur unmittelbaren Diskriminierung. Beide Formen der Diskriminierung sind auch bei Mietverträgen vorstellbar. Eine unmittelbare Diskriminierung läge hier etwa vor, wenn ein Mietinteressent von einem Mietwagen- oder einem Wohnungsunternehmen abgewiesen wird, weil er Schwarzer oder türkischer Abstammung ist. Eine mittelbare Diskriminierung könnte etwa vorliegen, wenn ein türkischstämmiger Gewerbemietinteressent zwar nicht wegen seiner ethnischen Herkunft, wohl aber z. B. deshalb abgewiesen wird, weil er schächtet. Ob das der Fall ist, hängt naturgemäß in erster Linie von den Motiven des Vermieters ab. Einen Rückschluss auf sie erlaubt aber sein äußeres Vorgehen. Das Schächten kann von einem Vermieter als Ausdruck der ethnischen Herkunft, aber auch als unter hygienischen, ethischen oder anderen Gründen ohne Diskriminierungsgehalt zu missbilligender Vorgang angesprochen werden. Im ersten Fall läge mangels sachlichen Grundes eine mittelbare Diskriminierung vor, im zweiten dagegen wegen eines sachlichen Grundes nicht. Welche der beiden Alternativen vorliegt, kann man z. B. am Verlauf der Verhandlungen erkennen: Ein Vermieter, dem es darum geht, das Schächten von Tieren auf seinem Anwesen zu verhindern, wird gewöhnlich ein entsprechendes Verbot in den Mietvertrag aufnehmen und den Abschluss des Mietvertrags erst ablehnen, wenn der Mieter (, der die Bonitätsanforderungen usw. erfüllt,) ein solches Verbot nicht akzeptieren will. Wenn der Vermieter den Mieter dagegen nur fragt, ob er schächtet, und bei einer positiven Antwort den Abschluss des Ver-

BGB, 65. Aufl., Anh § 319 BGB Art. 2 RL 2000/43/EG Rdn. 1 ebenso Weidenkaff ibid. § 611a BGB Rdn. 9.

⁵⁸ AnwKomm-BGB/Franzen, § 611a Rdn. 9; Meier-Reimer, NJW 2006, 2577, 2579.

⁵⁹ Armbrüster, VersR 2006, 1297, 1301; Hinz, ZMR 2006, 742, 745.

trags verweigert, spricht das demgegenüber eher dafür, dass es ihm nicht darum geht, das Schächten zu verhindern, sondern um das Auffinden von Anzeichen für eine ethnische Herkunft, von der er seine Vertragsentscheidung abhängig machen will. Andere Beispiele können, je nach Situation, die Frage nach einer großen Zahl von Kindern oder Verwandten, nach der Einhaltung des Ramadan oder danach sein, ob die Frau des Mieters einen Schador trägt.⁶⁰

3. Ausnahmen vom Verbot

a) Sachlicher Gründe (§ 20 Abs. 1 AGG)

Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG ist eine Verletzung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung ein sachlicher Grund besteht. Dieser kann insbesondere in den in § 20 Abs. 1 Satz 2 AGG aufgeführten Fällen gegeben sein. Eine solche Möglichkeit der Rechtfertigung von Diskriminierungen besteht nicht bei allen Diskriminierungssituationen, sondern nur bei Diskriminierungen aus Gründen der Religion, der Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts. Bei Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft besteht diese Möglichkeit der Rechtfertigung nicht. Der Grund für diesen Unterschied liegt darin, dass die Richtlinie 2000/43/EG eine solche Rechtfertigung nicht zulässt. Das allerdings gilt nicht nur für diese beiden Merkmale, sondern auch für eine Diskriminierung wegen des Geschlechts. Denn die Richtlinie 2004/113/EG sieht eine solche Rechtfertigung ebenfalls nicht vor. Nach der erwähnten Mangold-Rechtsprechung des EuGH werden daher auch aner kennenswerte sachliche Gründe jedenfalls bei der Vermietung eine Diskriminierung wegen des Geschlechts nicht rechtfertigen können. Differenzierungen sind hier nur danach möglich, ob die Person des Mieters nach dem Vermietungskonzept des Vermieters für ihn eine mehr als nur nachrangige Bedeutung hat. Diskriminierungen aus Gründen der Religion, des Alters, der Behinderung und der sexuellen Identität können dagegen durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Bei Mietverträgen werden die in § 20 Abs. 1 Satz 2 AGG bestimmten Regelbeispiele nur selten vorliegen. Das schließt allerdings eine Rechtfertigung nicht in jedem Fall aus. Sie wird allerdings gerade bei Wohnraum auch im Hinblick auf § 554a BGB nicht leicht fallen.

b) Soziale Bewohnerstrukturen (§ 19 Abs. 3 AGG)

⁶⁰ Vgl. Hinz ZMR 2006,742, 744.

Nach § 19 Abs. 3 AGG können Diskriminierung bei der Vermietung von Wohnraum mit dem Ziel gerechtfertigt werden, sozial stabile Bewohnerstrukturen zu schaffen und zu erhalten. Dieser – allerdings auch nicht zwingend anzunehmende („können“) - Rechtfertigungsgrund⁶¹ zielt vor allem auf Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft. Gerade hier sind unterschiedliche Behandlungen aber nach der Richtlinie 2000/43/EG nicht zulässig, auch wenn sie verständlich sind. Auch die Richtlinie 2004/113/EG (Geschlecht) lässt solche Differenzierungen nicht zu. Deshalb ist bei der gebotenen EG-konformen Auslegung die mit § 19 Abs. 3 AGG grundsätzlich eröffnete Rechtfertigungsmöglichkeit bei Diskriminierungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft und des Geschlechts nicht gegeben. Ob sich ein sinnvoller Anwendungsbereich für die übrigen möglichen Diskriminierungsmerkmale finden lässt, erscheint zweifelhaft.

c) Positive Actions

Eine Differenzierung ist nach § 5 AGG auch gerechtfertigt, wenn sog. positive actions durchgeführt werden sollen. Das sind Maßnahmen, die diskriminierte Gruppen fördern sollen. Sie sind nach § 5 AGG nicht in jeder Form, wohl aber dann zulässig, wenn sie bestehende Nachteile durch geeignete und angemessene Maßnahmen verhindern oder ausgleichen. Diese Bedingungen werden bei Vermietungen selten gegeben sein und setzen auch ein entsprechendes Vermietungskonzept voraus. Denkbare Anwendungsfälle im Mietrecht wären die Vermietung von Wohnungen in einem Frauenhaus oder in einem Schwestern- oder Studentinnenwohnheim nur an Frauen.

4. Kumulation von Merkmalen

Es kann sein, dass in der Person eines Bewerbers mehrere inkriminierte Merkmale zusammentreffen. Diesen Fall regelt § 4 AGG. Danach können Differenzierungen nur gerechtfertigt werden, wenn sich ein Rechtfertigungsgrund für alle einschlägigen Diskriminierungsmerkmale finden lässt. Bewerben sich Träger verschiedener Diskriminierungsmerkmale, so gilt nicht § 4 AGG. Es kommt vielmehr darauf an, ob sich eine Differenzierung gegenüber dem einzelnen Bewerber nach dem bei ihm gegebenen Diskriminierungsmerkmal rechtfertigen lässt.

⁶¹ Es fehlt nicht etwa am Tatbestand der Benachteiligung, so aber o. Begr. Meier-Reimer, NJW 2006, 2577, 2580.

5. Rechtsfolgen

a) Vorbemerkung

Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots kann sich als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen und würde dann nach Maßgabe von § 823 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz und entsprechend § 1004 BGB zur Unterlassung führen. Man kann in der Verletzung des Diskriminierungsverbots auch die Verletzung einer Schutzpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB sehen, die dann zu einem Schadensersatzanspruch bei vermutetem Verschulden nach § 280 Abs. 1 BGB führt. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, Ansprüche aus unerlaubter Handlung unberührt zu lassen (§ 21 Abs. 3 AGG) und den an sich gegebenen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten eigenständig zu regeln und auszubauen. Deshalb sieht § 21 Abs. 2 AGG einen Schadensersatzanspruch vor, der inhaltlich § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB entspricht, einen Rekurs auf diese Vorschriften aber überflüssig macht. Daneben stellt er in § 21 Abs. 1 einen neuartigen Folgenbeseitigungsanspruch, der das Opfer einer Diskriminierung in die Lage versetzt, nicht nur die Diskriminierung zu dulden und zu liquidieren, sondern die Einhaltung des Diskriminierungsverbots durchzusetzen.

b) Folgenbeseitigungsanspruch

aa) Konzept

Beim Abschluss eines Vertrages oder der Übernahme einer einseitigen schuldrechtlichen Verpflichtung entstehen keine Leistungspflichten. Bis dahin können nur Schutzpflichten entstehen, deren Ziel es ist, eine Schädigung des anderen Vertragspartners oder derjenigen zu vermeiden, mit denen der Verpflichtete in geschäftlichen Kontakt getreten ist. Ihrem Zweck entsprechend zieht die Verletzung einer Schutzpflicht aber nur die Verpflichtung zum Schadensersatz und nicht einen Erfüllungsanspruch des anderen Teils nach sich. Das ist bei dem Diskriminierungsverbot anders. Es zielt zwar auch darauf, eine materielle oder immaterielle Schädigung der Träger inkriminierter Merkmale zu vermeiden. In erster Linie bezweckt es aber, die Unterscheidung nach den inkriminierten Merkmalen selbst zu verhindern. Dieses Ziel ist mit dem Instrument des vertraglichen Erfüllungsanspruchs nicht zu erreichen, weil es an einer klar umrissenen Leistungsverpflichtung fehlt. Der Gesetzgeber hat deshalb mit § 21 Abs. 1 AGG einen

eigenständigen Folgenbeseitigungsanspruch geschaffen. Er ist im Vertragsrecht ein Novum, unserer Rechtsordnung aber durchaus nicht fremd. Ist ein Verwaltungsakt rechtswidrig, aber schon vollzogen, so kann das Verwaltungsgericht nach § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO auf Antrag auch aussprechen, dass und wie die Verwaltungsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat. Einen ähnlichen Gedanken formuliert § 1004 BGB für eine Störung des Eigentums, deren Beseitigung der Eigentümer von dem Störer verlangen kann. An diese Vorschrift lehnt sich § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG konzeptionell an. Dies wird Rücksicht darauf in Zweifel gezogen, das Entwurf und AGG in Abweichung von dem in dem Diskussionsentwurf des BMJ vom 10. Dezember 2001 vorgeschlagenen § 319e BGB-E nicht mehr einen Anspruch auf Folgenbeseitigung, sondern nur einen Anspruch auf Beseitigung vorsehen.⁶² Zu bedenken ist allerdings, dass der Diskussionsentwurf den Anspruch auf Folgenbeseitigung als Fortschreibung des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB (analog) abgeleitet hatte⁶³ und § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG den Anspruch unter fast wörtlicher Anlehnung an § 1004 BGB beschreibt. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, auf die Auslegung dieser Vorschrift in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurückzugreifen. Danach beschränkt sich die Beseitigung der Störung nicht darauf, die störende Einwirkung selbst zu beseitigen. Vielmehr muss der frühere Zustand wiederhergestellt werden.⁶⁴ Hat also etwa die Wurzel des Baums auf dem Grundstück des Nachbarn die Gehwegplatten angehoben, so ist diese Störung nicht schon dann beseitigt, wenn die Wurzeln des Baumes auf dem Nachbargrundstück gekappt werden. Vielmehr ist erforderlich, die Wurzeln aus dem Boden zu entfernen und die Gehwegplatten in ihren früheren Zustand zu versetzen.⁶⁵ Nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Zweck des § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG legen es nahe, sich hieran zu orientieren. Oft wird eine Beseitigung der durch eine Diskriminierung bewirkten Beeinträchtigung auch gar nicht anders möglich sein. Als Beispiel mag ein Gast dienen, der in einem Restaurant wegen seiner schwarzen Hautfarbe nicht bedient wird. Eine solche Beeinträchtigung lässt sich kaum durch eine bloße Entschuldigung des Gastwirts oder seine Zusage, künftig nicht mehr auf die Hautfarbe zu achten, beseitigen. Das kann vielmehr nur erreicht werden, wenn der Gast behandelt wird wie alle anderen Gäste, also wenn er bedient wird.

⁶² Gaier in Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 4 Rdn. 191.

⁶³ S. 50 des Entwurfs.

⁶⁴ BGH BGHZ 135, 235, 238 f.; NJW 2005, 1366, 1367 f., 2004, 603, 604; Wenzel, NJW 2005, 241, 243.

⁶⁵ BGH NJW 2003, 603, 604.

bb) Konkretisierung

Das Beispiel zeigt auch, dass die Übertragung der zu § 1004 BGB entwickelten Grundsätze auf § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG auf eine wesentliche Schwierigkeit stößt, nämlich die Feststellung des Maßstabs. Was zur Beseitigung der Störung gehört, lässt sich bei Grundstücken dadurch feststellen, dass man den früheren mit dem heutigen Zustand des Grundstücks vergleicht. Bei § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG kommt als Maßstab nur das diskriminierungsfreie Verhalten des in Anspruch Genommenen in Betracht. Beseitigung bedeutet dann, das Opfer einer Diskriminierung so zu stellen, wie es bei diskriminierungsfreiem Verhalten gestanden hätte. Das ist nicht immer einfach festzustellen. Allerdings können die Art der angebotenen Leistung und das Verhalten des Diskriminierenden gegenüber anderen Interessenten oder Kunden einen Anhalt dafür geben, wie er sich diskriminierungsfrei verhalten hätte.

Bei der Übertragung der zu § 1004 BGB entwickelten Grundsätze auf § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG ergibt sich noch eine weitere Schwierigkeit. Die Wiederherstellung des Grundstücks in den früheren Zustand ist in aller Regel rechtlich und tatsächlich möglich und dann auch geschuldet. So liegt es bei einer Diskriminierung durch Vertragsverweigerung, wenn der verweigerte Vertrag noch geschlossen werden kann. Kann der Vertrag aber nur einmal abgeschlossen werden und ist er mit einem Dritten geschlossen worden, dann scheidet eine Beseitigung durch Nachholung des Vertragsschlusses aus. Der Vertrag mit dem Dritten ist nämlich, wenn nicht ein Fall der Kollusion gegeben ist, wirksam, weil das AGG die Vertragsverweigerung aus den inkriminierten Gründen, nicht aber den Abschluss des Vertrags mit einem Dritten schlechthin verbietet. Eine Beseitigung ist dann nach dem auch auf die Verpflichtung nach § 21 Abs. 1 AGG anwendbaren § 275 BGB nicht geschuldet.

cc) Anspruch auf Abschluss eines Vertrages

Aus dem Vorgesagten ergibt sich, dass als Folgen der Beseitigung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG auch der Abschluss eines Vertrages geschuldet sein kann. Voraussetzung hierfür ist, dass es zu dem Vertragsschluss bei diskriminierungsfreiem Verhalten gekommen wäre⁶⁶ und dass der Vertragsschluss jetzt noch möglich ist.

⁶⁶ In diesem Sinne § 22 Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs eines ADG aus der 15. Wahlperiode in BT-Drucks 15/4538 S. 9, 43 f.

c) Schadensersatz

aa) Grundlagen

Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 AGG kann der Benachteiligte von dem Benachteiligenden Ersatz seiner Schäden verlangen. Der Anspruch setzt Verschulden voraus, das aber mit § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG nach dem Muster des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB gesetzlich vermutet wird. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs sind in § 21 Abs. 2 AGG abschließend geregelt. Es bedarf anders als bei § 280 BGB keiner Einordnung der geltend gemachten Schäden als einfacher, Verzögerungs- oder Schadensersatz statt der Leistung. Man kann sich allerdings die Frage stellen, ob § 284 BGB auf diesen Schadensersatzanspruch entsprechend angewendet werden kann. Die Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift wird sich nicht häufig stellen. Die Verweigerung eines Mietvertrages kann aber Anlass hierfür sein. Die Frage hängt davon ab, ob der Schadensersatzanspruch nach § 21 Abs. 2 AGG dem Schadensersatz statt der Leistung insofern vergleichbar ist. Auf den ersten Blick würde man diese Frage verneinen, da § 21 Abs. 2 AGG in erster Linie die Haftung aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB funktionell ersetzt. Zu berücksichtigen ist aber, dass das Diskriminierungsverbot von dem Gesetzgeber nicht nur als Verletzung einer Schutzpflicht behandelt, sondern mit einem dem Leistungsanspruch vergleichbaren Folgenbeseitigungsanspruch unterlegt wird. Das rechtfertigt die Anwendung von § 284 BGB. Falls man diese Analogie ablehnt, ergäbe sich ein inhaltlich entsprechender Anspruch, allerdings in den Grenzen der heute in § 284 BGB aufgegangenen⁶⁷ Rechtsprechung des BGH zur sog. Rentabilitätsvermutung,⁶⁸ unmittelbar aus § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG.

Neben den Ansprüchen aus § 21 Abs. 2 AGG kann die Diskriminierung auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung auslösen, die nach § 21 Abs. 3 AGG unberührt bleiben. In Betracht kommt die Verletzung absoluter Rechtsgüter, insbesondere des Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB). Denkbar ist auch, dass sich eine Diskriminierung als vorsätzlich sittenwidrige Schädigung im Sinne von § 826 BGB darstellt. Ansprüche aus unerlaubter Handlung kennen die Beweislastumkehr beim Verschulden nicht. Die zusätzlichen Voraussetzungen müssten dargelegt und bewiesen werden.

⁶⁷ BGHZ 163, 381, 386.

⁶⁸ BGH BGHZ 114, 193, 197; 143, 41, GuT 2004, 54, 55.

bb) Materielle Schäden

§ 21 Abs. 2 Satz 1 AGG verpflichtet den Diskriminierenden zum Ersatz aller materiellen Schäden. Der Umfang richtet sich, wie stets, nach § 249 BGB. Danach ist der Benachteiligte grundsätzlich so zu stellen, wie er bei diskriminierungsfreiem Verhalten stehen würde. Wäre dann ein Vertrag abgeschlossen worden, käme als Naturalrestitution auch die Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages in Betracht. Große Bedeutung wird dieses Element des Schadensersatzes jedoch nicht haben, da sich ein Anspruch auf Vertragsschluss unter dieser Voraussetzung auch als Folgenbeseitigung darstellt und nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG verschuldensunabhängig beansprucht werden kann. Bedeutung hat der Schadensersatzanspruch in den Fällen, in denen bei diskriminierungsfreiem Verhalten ein Vertrag nicht zustande gekommen wäre oder der Abschluss eines Vertrages an der Vergabe des Vertrages an einen Dritten scheitert.

cc) Immaterieller Schaden

Bei Diskriminierungen wird oft ein materieller Schaden nicht bestehen oder nur gering sein. Die wesentliche Beeinträchtigung des Opfers der Diskriminierung wird regelmäßig in seiner Erniedrigung bestehen. Deshalb sieht § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG vor, dass auch der Nichtvermögensschaden immer in Geld zu ersetzen ist. Diese Regelung lehnt sich an den allerdings verschuldensunabhängigen⁶⁹ Art. 5 EMRK an. Sie ist aber günstiger als ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung. In diesem Rahmen können zwar immaterielle Schäden nach § 253 BGB ersetzt werden. Eine Aussetzung hierfür ist aber, dass der immaterielle Schaden anders nicht ausgeglichen werden kann, was nicht immer der Fall ist.⁷⁰ Die Frage, ob diese Rechtsprechung bei Diskriminierungsfällen im Interesse einer effektiven Sanktion überdacht werden muss, stellt sich angesichts von § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG nicht mehr.

V. Andere Formen der Diskriminierung

1. Ungleiche Vertragsbedingungen

⁶⁹ BGH MDR 2006, 1284, 1285.

⁷⁰ BGH BGHZ 161, 33, 36 f.

Diskriminierungsverbote können nicht nur durch Vertragsweigerung, sondern auch durch Vertragsbedingungen verletzt werden.⁷¹ Solche Vertragsbedingungen sind, da auch § 138 Abs. 1 BGB im Lichte der Richtlinie auszulegen und anzuwenden ist, sittenwidrig und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.⁷² Sollten solche Vertragsbedingungen einseitig vorformuliert sein, dürften sie auch eine unangemessene Benachteiligung darstellen und deshalb nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Die Nichtigkeit einzelner Klauseln wird dem Betroffenen aber nur weiterhelfen, wenn die Diskriminierung mit der Unwirksamkeit der Klausel zu beseitigen ist. Das ist etwa bei einer diskriminierenden Nutzungsbeschränkung im Mietvertrag der Fall. Liegt die Diskriminierung aber gerade darin, dass die in dem Mietvertrag enthaltene Klausel als solche nicht verzichtbar ist, ist mit der Nichtigkeit der Klausel nur etwas gewonnen, wenn die Klausel eine an sich geltende Gesetzesregelung abbildungen hat. Ist das nicht der Fall oder müsste das Gesetz bei diskriminierungsfreier Vertragsgestaltung anders abbildungen werden, führt die Nichtigkeit der Klausel nicht weiter. Dem Betroffenen ist nur geholfen, wenn er eine diskriminierungsfreie Vertragsgestaltung erreichen kann. Das ist möglich.

Man könnte die durch die Nichtigkeit entstandene Vertragslücke in entsprechender Anwendung von §§ 315, 316 BGB füllen. Grundlage hierfür bietet die Rechtsprechung zu den Folgen von Vertragslücken, die durch einen Verstoß einzelner Klauseln gegen die Vorschriften über die Kontrolle von AGB entstehen.⁷³ Notwendig ist ein solcher Rückgriff aber nicht. Die Nichtigkeit der Klausel ist die Folge einer Benachteiligung. Deren Folgen werden durch die Nichtigkeit in den angesprochenen Fällen nicht (vollständig) beseitigt. Sie kann das Opfer einer Diskriminierung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG aber gerade verlangen. Deshalb ist der Diskriminierende verpflichtet, an einer entsprechenden Vertragsänderung mitzuwirken. Maßstab ist der Inhalt des Vertrags bei diskriminierungsfreiem Verhalten. Dabei können die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung einen Anhalt geben.

2. Ungleiche Vertragshandhabung

Speziell in Wohnanlagen kann das Diskriminierungsverbot auch durch die tatsächliche Handhabung von Verträgen verletzt werden, deren Bedingungen diskriminie-

⁷¹ Wendtland in Gaier/Wendtland, AGG, § 2 Rdn 16.

⁷² Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., Anh § 319 Art. 2 RL 2000/43/EG Rdn. 9.

⁷³ BGHZ 90, 69, 75; 96, 18, 26; 107, 273, 276; 117, 92, 98 f.; 137, 153, 157; 143, 104, 120.

rungsfrei sind.⁷⁴ Beispiel hierfür ist die Benutzung der Waschküche, die nach den Verträgen jedem Mieter möglich ist, aber z. B. durch den Hausmeister Mietern, bei denen eines der inkriminierten Merkmale vorliegt, weniger oft oder nur zu ungünstigeren Zeiten gestattet wird. Hier wird nicht das Bedingungsmerkmal des Vertrags nichtig sein. Vielmehr wird in der Schlechterbehandlung der Mieter mit den inkriminierten Merkmale eine Beechtigung zu sehen sein, die der Vermieter nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG abzustellen hat.

3. Ungleiche Behandlung bei Kündigung und anderen Maßnahmen

Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots ist grundsätzlich auch durch den Ausspruch einer Kündigung, durch die einseitige Wahrnehmung von Bestimmungsrechten, die Verweigerung von Untervermietungsereulabnissen, die Verweigerung besonderer Formen der Wohnungsnutzung wie z. B. das Anbringen einer Parabolantenne und andere einseitige Rechtsakte des Vermieters möglich.⁷⁵ Sie wird regelmäßig schon den Maßstäben des allgemeinen Mietrechts nicht standhalten, wäre im Übrigen aber an denselben Maßstäben zu messen wie diskriminierende Vertragsbedingungen. Auch hier besteht ein Anspruch nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG.

4. Belästigung

Zu den Formen der Verletzung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots gehört auch die Belästigung. Dies ergibt sich daraus, dass § 19 Abs. 1 und 2 AGG von Benachteiligung spricht und damit in vollem Umfang auf § 3 AGG Bezug nimmt, der in Absatz 3 die Belästigung als eine Form der Benachteiligung definiert. Sie liegt vor, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem inkriminierten Merkmal in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterung, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Für die sexuelle Belästigung wird dies in § 3 Abs. 4 AGG näher ausgeformt. Praktische Bedeutung erlangt dieses Benachteiligungsverbot vor allem im arbeitsrechtlichen Umfeld. Es gilt aber auch im Zivilrecht, und auch im Zivilrecht lassen sich Fälle vorstellen, in denen dies praktisch wird. Als Beispiel mag eine Wohnanlage dienen, in welcher schwarze Mieter von der Hausverwal-

⁷⁴ Ebenso Wendtland in Gaier/Wendtland, AGG, § 2 Rdn. 17, der allerdings darauf hinweist, dass eine Diskriminierung schon eine Schlechterfüllung sein kann.

⁷⁵ Armbrüster, VersR 2006, 1297, 1301 f. für Versicherungsverträge.

tung und dem Personal der Vermietungsgesellschaft unwürdig behandelt und schikaniert werden.

VI. Vereinbarungen

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot als solches kann ebenso wenig abbedungen werden wie die gesetzlichen Rechtsfolgen. Dies ergibt sich aus § 21 Abs. 5 und § 31 AGG.

VII. Übergangsregelung

1. Grundsatz

Die Vorschriften des AGG gelten im Bereich des Vertragsrechts nach § 33 Abs. 3 Satz 1 AGG grundsätzlich nur für Schuldverhältnisse, die nach dem 1. Dezember 2006 begründet werden. Dazu rechnen nach § 33 Abs. 3 Satz 2 AGG nicht Schuldverhältnisse, die vorher begründet und nachher geändert werden. Eine Ausnahme gilt nach § 33 Abs. 2 Satz 1 AGG für Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft. Insoweit ist das Gesetz schon auf Schuldverhältnisse anwendbar, die nach dem 18. August 2006 begründet worden sind. Auch dazu zählen aber nach § 33 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht Schuldverhältnisse, die vorher begründet und nachher geändert werden. Das bedeutet, dass das AGG auf die meisten Altmietverträge nicht anzuwenden ist.

2. Problem: RL 2000/43/EG

Zu berücksichtigen ist aber, dass die Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG nicht erst mit dem Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006⁷⁶ begann, sondern schon am 1. Juli 2003 abgelaufen ist. Ab diesem Zeitpunkt sind die Wertungen der Richtlinie bei der Auslegung der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften und insbesondere auch bei der Auslegung des Mietrechts zu berücksichtigen. Die Gerichte haben, wie oben ausgeführt, alle ihnen zugänglichen Auslegungsspielräume zu nutzen, um das Gebot der Richtlinie durchzusetzen. Praktisch bedeutet das, dass die wesentlichen Grundsätze des AGG in diesem Rahmen schon ab dem 1. Juli 2003 zu berücksichtigen sind.

⁷⁶ Art. 4 des Artikelgesetzes.

3. Problem: Änderung von Altverträgen

Nicht gesichert ist ferner, ob die Ausnahmen für spätere Änderungen von Altverträgen in § 33 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 AGG EG-rechtlich abgesichert sind. Weder die Richtlinie 2004/113/EG noch die Richtlinie 2000/43/EG sieht eine Ausnahme für Altverträge vor. Beide Richtlinien zwingen zwar auch nicht dazu, die neuen Vorgaben uneingeschränkt auf Altverträge anzuwenden. Es spricht aber einiges dafür, dass eine Änderung bestehender Rechtsverhältnisse jedenfalls selbst diskriminierungsfrei erfolgen muss. Sollte also die Änderung eines Altschuldverhältnisses ihrerseits benachteiligend sein, wäre sie EG-rechtlich schon an den Vorgaben der Richtlinie zu messen.

VIII. Rechtsdurchsetzung

1. Ausschlussfrist, § 21 Abs. 5 AGG

Die Ansprüche nach § 21 AGG unterliegen wie alle anderen Ansprüche auch der Verjährung nach Maßgabe des BGB. Daneben gibt es eine besondere Ausschlussfrist, die in § 21 Abs. 5 AGG geregelt ist. Danach müssen die Ansprüche innerhalb einer Frist von zwei Monaten gegenüber dem Diskriminierenden geltend gemacht werden. Dazu ist anders als bei der Hemmung der Verjährung nach § 204 BGB keine gerichtliche Geltendmachung erforderlich. Es genügt, wenn an den Diskriminierenden ein Schreiben gerichtet oder der Anspruch in anderer Weise geltend gemacht wird. Solche Ausschlussfristen sind aus dem früheren § 611a BGB und § 651g BGB bekannt. Das Besondere an der Ausschlussfrist nach § 21 Abs. 5 Satz 1 AGG besteht darin, dass sie eine für Ausschlussfristen untypische Wiedereinsetzung in der vorigen Stand kennt. Nach § 21 Abs. 5 Satz 2 AGG kann der Anspruch auch nach Ablauf der Zweimonatsfrist noch geltend gemacht werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war.

2. Beweislastregelung (§ 22 AGG)

Nach dem Vorbild des früheren § 611a Abs. 1 Satz 3 sieht § 22 AGG zugunsten des Opfers eine Benachteiligung eine Beweisregelung vor. Für ihre Auslegung wird auf die Auslegung des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB zugegriffen werden können. Nach § 22 AGG führt die Darstellung eines Sachverhalts durch den Benachteiligten, der eine Diskriminierung vermuten lässt, dazu, dass der andere Teil nachweisen muss, dass

er nicht diskriminiert hat. Das gilt aber nur, wenn der Anknüpfungssachverhalt selbst unbestritten ist. Im praktischen Ergebnis kommt dies einem Beweis des ersten Anscheins sehr nahe.

3. Dokumentationsproblem

Die meisten Vermieter werden ihre Vermietungsentscheidung nicht von den inkriminierten Kriterien abhängig machen und deshalb in der Sache das Diskriminierungsverbot einhalten. Sie brauchen auch keine besonderen Vorkehrungen zu treffen, um einen diskriminierungsfreien Entscheidungsfindungsprozess auch in einem etwaigen Rechtsstreit darstellen zu können. Auch bei Anwendung der Beweiserleichterung des § 21 Abs. 2 Satz 1, § 22 AGG muss der Betroffene einen Sachverhalt schildern, der den Rückschluss auf eine Diskriminierung erlaubt. Ein solcher Sachverhalt kann sich vor allem aus Hinweisen auf eine Diskriminierung in der Werbung für die Wohnung und bei den Gesprächen mit den Mietinteressenten ergeben. Anhaltspunkte für eine Diskriminierung können sich aber auch aus den Vermietungsergebnissen ergeben. Wenn etwa in einer Wohnanlage Schwarzafrikaner immer wieder abgelehnt werden, könnte das ein Anzeichen für eine Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft sein. Solche Anhaltspunkte werden sich bei einem offen und transparent angelegten Auswahlverfahren nicht ergeben. Es wird dann meist auch kein Grund bestehen, solche Punkte für den Fall eines Rechtsstreits zu dokumentieren oder das Auswahlverfahren gar zu formalisieren. Je nach der Attraktivität des Wohnungsbestands und der Zahl der Interessenten kann es allerdings im Einzelfall gleichwohl angezeigt sein, die Auswahl intern zu dokumentieren.