

Immobilien Jahrbuch 2005

Auswirkungen des Antidiskriminierungsgesetzes auf die Immobilienwirtschaft

Rechtsanwalt und Notar Uwe Bethge, Hannover
Rechtsanwalt Menke Marquardt, Hannover

Gliederung:

- I. Einführung
- II. Das Antidiskriminierungsgesetz im Überblick
- III. Auswirkungen auf die Immobilienwirtschaft
 - 1. Öffentliches Angebot
 - 2. Besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis
 - 3. Massengeschäft und vergleichbares Schuldverhältnis
 - 4. Untergrenze der „Vielzahl von Fällen“
 - 5. Täter
 - 6. Schaden
 - 7. Die Beweislastverteilung
 - 8. Verhaltensmaßregeln
- IV. Ausblick

I. Einführung

Es ist sicher, dass ein Antidiskriminierungsgesetz kommen wird. Auslöser ist geltendes EU-Recht. Mit der Umsetzung der Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft ist der deutsche Gesetzgeber bereits seit dem 19. Juli 2003 in Verzug. Ferner sind die EU-Richtlinien 2000/78/EG vom 27. November 2000 und 2002/73/EG vom 23. September 2002 zu weiteren Grundsätzen der Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung und Beruf umzusetzen.

Der von der Bundesregierung nunmehr vorgelegte „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsvorschriften“ (BT-Dr 15/4538 vom 16. Dezember 2004) steht kurz vor der Verabschiedung. Das Gesetz – und mit ihm als Artikel 1 das „Antidiskriminierungsgesetz“ – soll in der zweiten Jahreshälfte 2005 in Kraft treten.

Der Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes (ADG-E) berücksichtigt auch bereits die ebenfalls kurz vor der Verabschiedung stehende EU-Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Europarechtlich nicht geboten, aber durch das Antidiskriminierungsgesetz vorgesehen ist im Zivilrechtsverkehr darüber hinaus ein Benachteiligungsverbot wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

II. Das Antidiskriminierungsgesetz im Überblick

Für die Immobilienwirtschaft von Bedeutung sind die zivilrechtlichen Benachteiligungsverbote des § 20 Abs. 2 und Abs. 1 Nr. 1 und 2 ADG-E.

Nach § 20 Abs. 2 ADG-E ist eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft bei Begründung, Durchführung und Beendigung bestimmter zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8 ADG-E unzulässig und damit auch generell bei Schuldverhältnissen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E, nämlich in Bezug auf *„den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“*.

Ziel des Gesetzes ist ein Diskriminierungsschutz aber nicht nur wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, sondern auch wegen des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (§ 1 ADG-E).

Wegen dieser sechs weiteren Merkmale sind unter anderem bei vorgenannten zivilrechtlichen Schuldverhältnissen Benachteiligungen ferner dann unzulässig, wenn es sich um Schuldverhältnisse handelt, die *„typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“* (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 ADG-E). Dasselbe Verbot gilt auch bei Schuldverhältnissen, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E).

Zum Begriff der Benachteiligung definiert und differenziert das Gesetz nach unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines der in § 1 ADG-E genannten Merkmale *„eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“* (§ 3 Abs. 1 Satz 1 ADG-E). Eine mittelbare Benachteiligung ist gegeben, wenn *„dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“* Personen wegen eines der in § 1 ADG-E genannten Merkmale gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich (§ 3 Abs. 2 ADG-E).

Vom zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot generell ausgenommen sind Schuldverhältnisse, bei denen *„ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird“* (§ 20 Abs. 5 Satz 1 ADG-E). Dies kann bei Mietverhältnissen insbesondere der Fall sein, wenn *„die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen“* (§ 20 Abs. 5 Satz 2 ADG-E).

Bei den sechs Merkmalen des Geschlechts, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist nach § 21 Satz 1 ADG-E eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ferner nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung ein sachlicher Grund vorliegt. Nach den – nicht abschließenden – gesetzlichen Beispielen des § 21 Satz 2 Nr. 1 bis 5 ADG-E kann dies *„insbesondere der Fall sein“*, wenn die unterschiedliche Behandlung *„der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient“* (§ 21 Satz 2 Nr. 1 ADG-E), *„dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt“* (§ 21 Satz 2 Nr. 2 ADG-E) oder *„besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt“* (§ 21 Satz 2 Nr. 3 ADG-E). Die beiden weiteren gesetzlichen Beispiele regeln die zulässige unterschiedliche Behandlung, die *„an die Religion oder Weltanschauung“* des Benachteiligten anknüpft und durch die eigenen religiösen oder weltanschaulichen Motive des Benachteiligenden gerechtfertigt ist (§ 21 Satz 2 Nr. 4 ADG-E), sowie bei privatrechtlichen Versicherungsver-

trügen den Fall, dass eines der sechs vorgenannten Diskriminierungsmerkmale „*ein bestimmender Faktor bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ist*“ (§ 21 Satz 2 Nr. 5 ADG-E).

Im Falle eines Verstoßes kann der Betroffene die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung klagen (§ 22 Abs. 1 ADG-E). Er hat auch Anspruch auf Abschluss eines verweigerten Vertrages, wenn der Abschluss ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre (§ 22 Abs. 2 ADG-E). Ferner ist der Benachteiligende dem Betroffenen zum Schadensersatz verpflichtet, es sei denn, den Benachteiligten trifft an der Pflichtverletzung kein Verschulden. Ein zu leistender Schadensersatz umfasst sowohl Vermögensschäden als auch immaterielle Schäden (§ 22 Abs. 3 ADG-E).

Vom gesetzlichen Benachteiligungsverbot kann nicht durch Vereinbarung abgewichen werden (§ 22 Abs. 5 ADG-E).

In § 23 ADG-E ist die Beweislast für den Fall der gerichtlichen Auseinandersetzung geregelt: Macht der Betroffene Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung wegen eines der Diskriminierungsmerkmale vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass entweder von vornherein andere als in § 1 ADG-E genannte, sachliche Gründe die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder die unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 ADG-E genannten Grundes nach Maßgabe der übrigen Vorschriften des ADG-E zulässig ist.

Gemäß § 24 Abs. 4 Satz 1 ADG-E können Betroffene ihre Schadensersatzforderungen abtreten. Antidiskriminierungsverbänden wird im Rahmen ihres Satzungszwecks die Besorgung von Rechtsangelegenheiten Benachteiligter gestattet (§ 24 Abs. 3 ADG-E) und insbesondere auch die Befugnis sowohl zur außergerichtlichen als auch zur gerichtlichen Einziehung von an sie abgetretenen Schadensersatzforderungen eingeräumt (§ 24 Abs. 4 Satz 2 ADG-E).

Im Übrigen wird eine Antidiskriminierungsstelle des Bundes errichtet (§ 26 ADG-E). Diese unterstützt Betroffene bei der Durchsetzung ihrer Rechte zum Schutz vor Benachteiligungen, insbesondere durch Information, Vermittlung einer Beratung durch andere Stellen und Schlichtungsbemühungen zwischen den Beteiligten (§ 28 Abs. 2 ADG-E). Weitere Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle sind Öffentlichkeitsarbeit, Durchführung von Präventionsmaßnahmen und Durchführung wissenschaftlicher Untersuchungen (§ 28 Abs. 3 ADG-E).

III. Auswirkungen auf die Immobilienwirtschaft

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot ist bezüglich der Merkmale der Rasse oder der ethnischen Herkunft (§ 20 Abs. 2 ADG-E) auch von der Immobilienwirtschaft in jedem Falle zu beachten. Für Benachteiligungen wegen des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität gilt es nur unter den noch zu erörternden, weiteren Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 ADG-E.

Während bei lediglich mittelbaren Benachteiligungen generell Sachgrund und Verhältnismäßigkeitsprinzip den Verletzungstatbestand ausschließen können (§ 3 Abs. 2 ADG-E), ist im Bereich unmittelbarer Benachteiligungen ebenfalls nach den Diskriminierungsmerkmalen zu unterscheiden: Bei den Merkmalen des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität können Benachteiligungen durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden (§ 21 ADG-E). Bei unmittelbaren Benachteiligungen wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft ist dagegen überhaupt keine Rechtfertigungsmöglichkeit vorgesehen. Insoweit sind die letztgenannten Merkmale vorbehaltlich des allgemeinen Ausschlussstatbestandes des § 20

Abs. 5 ADG-E immer zu beachten. Man kann sie deshalb auch als „starke Merkmale“ bezeichnen.

Zu beachten ist ferner, dass Benachteiligungen in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen – „*einschließlich von Wohnraum*“ – von vornherein nur dann dem Anwendungsbereich des ADG-E unterfallen, wenn sie „*der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen*“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E).

Der allgemeine Ausschlussstatbestand des § 20 Abs. 5 Satz 1 ADG-E nimmt vom zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot insgesamt jene Schuldverhältnisse aus, bei denen ein „*besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen*“ begründet wird, was nach Satz 2 dieser Vorschrift bei Mietverhältnissen insbesondere dann der Fall sein kann, wenn „*die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen*“. Wird kein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis begründet, ist somit zunächst einmal das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft einschlägig. Wegen der Merkmale des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität kommt es auf die weiteren Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 ADG-E an.

Nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E ist zum einen jedes Schuldverhältnis erfasst, das eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand hat. Zum anderen sind Schuldverhältnisse erfasst, die zu vergleichbaren Bedingungen in einer „*Vielzahl*“ von Fällen „*typischerweise ohne Ansehen der Person*“ zustande kommen. Dies definiert das Gesetz als „*Massengeschäft*“ (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ADG-E). Handelt es sich um ein Schuldverhältnis, das zwar nicht typischerweise ohne Ansehen der Person zustande kommt, bei dem aber das Ansehen der Person „*nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat*“ und kommt auch dieses zu vergleichbaren Bedingungen in einer „*Vielzahl*“ von Fällen zustande, ist es genauso betroffen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ADG-E).

1. Öffentliches Angebot

Steht das Gut oder die Dienstleistung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E nicht „*der Öffentlichkeit zur Verfügung*“, ist der Anwendungsbereich des ADG-E nicht eröffnet. Für das Merkmal der „*Öffentlichkeit*“ ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass der Verfügungsberechtigte die Leistung in einer Zeitungsanzeige, einem Aushang, im Internet oder sonst öffentlich angeboten hat.

Im Übrigen war schon zur maßgeblichen EU-Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000, die in Artikel 3 Abs. 1 h) dieselbe Formulierung enthält, unklar, ob von vornherein nur Leistungen gemeint sind, die von einem Unternehmer öffentlich angeboten werden, nicht aber Angebote von nicht gewerblich handelnden Privatpersonen. Es war deshalb erwogen worden, klarstellend eine weiter gefasste Formulierung zu verwenden. In der Begründung des Gesetzesentwurfs (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 2 Abs. 1) ist dann auch davon die Rede, dass die EU-rechtliche Vorgabe durch die abweichende Formulierung „*die öffentlich zum Vertragsschluss angeboten werden*“ dem deutschen Privatrecht angepasst werde. Tatsächlich übernimmt der Entwurf in § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E aber doch die EU-rechtliche Vorgabe, wobei es sich daher um einen redaktionellen Fehler handeln könnte. Allerdings heißt es an anderer Stelle der Begründung (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 20 Abs. 1) wiederum, dass mit § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E die EU-Richtlinie „*wörtlich*“ übernommen werde. Abzuwarten bleibt, ob der Wortlaut bis zur Verabschiedung noch geändert wird. Jedenfalls ist es weiterhin ausweislich der Entwurfsbegründung Intention des Gesetzes, dass auch Angebote nicht gewerblich handelnder Privatpersonen erfasst werden. Denn es heißt es dort ferner, dass es nicht darauf ankomme, wie groß die angesprochene Öffentlichkeit ist, sondern nur darauf, dass die Erklärung über die „*Privatsphäre*“ des Anbietenden hinaus gelangt (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 2 Abs. 1).

Das Merkmal der „*Öffentlichkeit*“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E trifft also nicht nur auf gewerbliche, sondern auch auf private Anbieter zu, soweit nicht lediglich im privaten Bereich offeriert wird.

2. Besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis

Schuldverhältnisse, bei denen ein „*besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis*“ der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird, unterfallen nicht den Einschränkungen des ADG-E (§ 20 Abs. 5 Satz 1 ADG-E) und genießen somit weiterhin volle Vertragsfreiheit. Nach der Entwurfsbegründung soll damit dem „*Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens*“ Rechnung getragen werden (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 20 Abs. 5). Das besondere Nähe- oder Vertrauensverhältnis „*erfordert eine Beziehung, die über das hinausgeht, was ohnehin jedem Schuldverhältnis an persönlichem Kontakt zugrunde liegt. Dies kann beispielsweise darauf beruhen, dass es sich um ein für die durch das Benachteiligungsverbot verpflichtete Person besonders bedeutendes Geschäft handelt, oder dass der Vertrag besonders engen oder lang andauernden Kontakt der Vertragspartner mit sich bringen würde*“ (ebd.).

Misst man den **Kauf** oder **Verkauf** von Immobilien an diesen Erwägungen, wird hier regelmäßig kein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis begründet sein. Dieses Tätigkeitsfeld der Immobilienwirtschaft ist daher zumindest nicht verbotsfrei. Vorstellbar sind allenfalls Ausnahmekonstellationen, zum Beispiel die Veräußerung eines Privathauses, bei dem sich der Verkäufer ein Wohnrecht vorbehält.

Dagegen ist beim **Verwaltervertrag** (Haus-/Wohnungsverwaltung und WEG-Verwaltung) sowohl die persönliche als auch die zeitliche Komponente erfüllt, so dass Eigentümer und Verwalter wechselseitig auch in Zukunft ihre Vertragspartner einschränkungslos werden auswählen können.

Der **Immobilien-Makler** bleibt in eigener Sache zumindest dann ebenfalls abschlußfrei, wenn der Kundenauftrag sich nicht ausschließlich auf Nachweistätigkeit beschränkt. Denn die Übernahme auch einer Vermittlungstätigkeit führt aufgrund der damit einhergehenden, besonderen Interessenbindung zum geforderten Nähe- und Vertrauensverhältnis. Dies gilt gleichermaßen bei Verkauf und Ankauf sowie für beide Vertragsseiten bei Vermietung und Verpachtung. Im Übrigen ist zwar anerkannt, dass zwischen Makler und Auftraggeber auch generell ein besonderes Treueverhältnis besteht, welches den Makler verpflichtet, im Rahmen des Zumutbaren die Interessen des Auftraggebers zu wahren, und dem insbesondere die Aufklärungspflicht des Maklers über alle ihm bekannten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse entspringt, die sich auf den beabsichtigten Hauptvertragsschluss beziehen und für die Willensentscheidung des Auftraggebers von Bedeutung sein können. Gleichwohl wird man für den bloßen Nachweismakler nur im Ausnahmefall die Begründung eines besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnisses im Sinne des § 20 Abs. 5 ADG-E annehmen können.

Bei **Mietverhältnissen** ist die Frage, ob ein „*besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis*“ vorliegt, allerdings besonders praxisrelevant und problematisch. Nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 5 Satz 1 ADG-E könnte man unter Heranziehung der Gesetzesbegründung diesen Ausschlussbestand grundsätzlich unter Hinweis darauf bejahen, dass bei der Raummiete (und Verpachtung) stets ein Objekt von gewissem Wert für längere Zeit in fremde Obhut gegeben wird. Dagegen spricht jedoch bereits, dass der Anwendungsbereich des ADG-E ausdrücklich zumindest auch „Wohnraum“ erfassen soll (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E). Ferner gibt § 20 Abs. 5 Satz 2 ADG-E zum besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnis für Mietverhältnisse „insbesondere“ das Beispiel vor, dass die Parteien oder ihre Angehörigen „Wohnraum auf demselben Grundstück“ nutzen. Damit scheint nicht nur die rein gewerbliche Grundstücksnutzung und die Mischnutzung (Beispiel: La-

denlokal im Erdgeschoß mit dazugehöriger Wohnung) von einem „*besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnis*“ grundsätzlich ausgeklammert zu sein, sondern auch die Wohnraumnutzung, es sei denn, die Vertragsparteien oder ihre Angehörigen – also von jeder Vertragsseite zumindest ein Angehöriger – wohnen ebenfalls auf dem Grundstück.

Das Merkmal der beiderseitigen Wohnraumnutzung ist aber nicht als „starre Schwelle“ ausgeformt, sondern nur als ein – besonders häufig vorkommendes – Beispiel. Auch im Hinblick auf eine gewerbliche Nutzung kann daher im Einzelfall der besondere persönliche Nahbereich im Sinne des § 20 Abs. 5 ADG-E betroffen sein, was etwa dann vorstellbar ist, wenn es sich bei dem Gewerbetreibenden um eine natürliche Person handelt und der andere Vertragsteil auf demselben Grundstück entweder wohnt und/oder ebenfalls einer selbständigen beruflichen Tätigkeit nachgeht.

Auch sonst ist für die Annahme des „besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnisses“ des § 20 Abs. 5 Satz 1 ADG-E zwar noch Raum. So wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 20 Abs. 5) als weiteres Beispiel angeführt, dass es sich für die durch das Benachteiligungsverbot verpflichtete Person um ein „*besonders bedeutendes Geschäft*“ handelt. Gleichzeitig wird aber klargestellt, dass das Merkmal des besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnisses eine Beziehung erfordert, die über das hinausgeht, was „*ohnein jedem Schuldverhältnis an persönlichem Kontakt zugrunde liegt*“ (ebd.).

Vor diesem Hintergrund können auch die Vermietung und Verpachtung von Gewerbeflächen und die Vermietung von Wohnraum regelmäßig nicht unter den Ausschlussbestand des § 20 Abs. 5 Satz 1 ADG-E fallen. Anderes kann nur im Rahmen der „Selbstnutzer-Klausel“ (§ 20 Abs. 5 Satz 2 ADG-E) und im Einzelfall dann gelten, wenn es sich für den Vermieter/Verpächter um ein besonders bedeutsames oder ein Geschäft handelt, welches aus sonstigen Gründen eine besondere Nähe zwischen den Parteien mit sich bringt.

Festzuhalten ist damit, dass sowohl beim **Kauf** und **Verkauf** von Immobilien als auch bei der **Vermietung/Verpachtung** von gewerblichen Flächen und von Wohnraum – sofern jeweils öffentlich angeboten – die Vertragsfreiheit der Parteien durch das ADG-E eingeschränkt wird. Dies gilt gleichermaßen für weitere Bereiche der Immobilienwirtschaft, wie etwa den Vertrieb von Immobilienbeteiligungen (Fondsanteile, Aktien) oder den Abschluss von Bau(träger)verträgen.

3. Massengeschäft und vergleichbares Schuldverhältnis

Die Merkmale der Rasse oder ethnischen Herkunft sind im Rahmen des Diskriminierungsverbots ausnahmslos zu beachten. Ob auch die Merkmale des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität geschützt sind, hängt davon ab, ob ein „*Massengeschäft*“ bzw. ein vergleichbares Schuldverhältnis gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E betroffen ist oder nicht. Diese Differenzierung ist nur bei Schuldverhältnissen entbehrlich, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, weil dort bereits gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E vollumfänglicher Diskriminierungsschutz besteht.

Beide Alternativen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E – Massengeschäft und vergleichbares Schuldverhältnis – unterscheiden sich nur hinsichtlich der Anforderungen an das „*Ansehen der Person*“. Die weiteren Tatbestandsmerkmale, dass nämlich das jeweilige Schuldverhältnis „*zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen*“ muss, sind identisch. Ein Massengeschäft liegt vor, wenn das Schuldverhältnis „*typischerweise ohne Ansehen der Person*“ zustande kommt, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ADG-E. Ein vergleichbares Geschäft (mit denselben Rechtsfolgen) liegt vor, wenn „*das*

Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung“ hat, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ADG-E.

Sowohl beim **Kauf** und **Verkauf** von Immobilien als auch bei der **Vermietung/Verpachtung** von Gewerbeflächen und der Vermietung von Wohnraum wird man keinesfalls sagen können, dass diese Geschäfte typischerweise ohne Ansehen der Person abgeschlossen werden. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs soll es um Verträge gehen, die ein Anbieter im Rahmen seiner Kapazitäten „ohne weiteres mit jeder zahlungswilligen und zahlungsfähigen Person“ abschließt (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 20 Abs. 1). Damit sind Rechtsgeschäfte wie der Einkauf im Supermarkt und ähnliches gemeint.

Ob für den Regelfall auch vertreten werden kann, dass das Ansehen der Person bei vorgenannten Immobilien-Verträgen eine mehr als nur nachrangige Bedeutung hat, ist zumindest zweifelhaft.

Da hierzu weiterhin auch auf die „Art des Schuldverhältnisses“ abgestellt werden soll, ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung Fallgruppen herausbildet. Wie genau wiederum bei diesen differenziert werden wird, bleibt abzuwarten. Kaum vertretbar wäre es, nur auf den reinen Vertragstypus abzustellen (Kaufvertrag, Pachtvertrag, Mietvertrag). Auch die weiteren Umstände, ob es sich insbesondere um einen privaten oder gewerblichen Anbieter und um einen Vertrag zu gewerblichen oder privaten Zwecken handelt, sind in jedem Falle zu berücksichtigen. Selbst dann bleibt aber fraglich, ob das Ansehen der Person regelmäßig etwa nur eine nachrangige Bedeutung hat. So ist es insbesondere bei der Vermietung/Verpachtung von Gewerbeflächen und der Vermietung von Wohnraum wohl nicht unerheblich, ob man – gleich welcher ethnischen Herkunft oder welchen Alters etc. – eine offensichtlich grob unfreundliche Person oder gar einen Choleriker vor sich hat. Zwar wäre eine „Diskriminierung“ in Einschätzung vorgenannter Merkmale von vornherein tatbestandslos. Auch heißt es in der Begründung des Gesetzesentwurfs hierzu beispielsweise, dass ein Taxifahrer „einen Fahrgast mit extrem verschmutzter Kleidung“ natürlich auch weiterhin nicht befördern müsse (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 20 Abs. 1). Dies sei schon deshalb nicht benachteiligend im Sinne des ADG-E, weil dadurch weder unmittelbar noch mittelbar an die in § 1 ADG-E genannten Merkmale angeknüpft werde (ebd.). Mit diesem Hinweis kann man allerdings nicht die durch § 20 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ADG-E aufgeworfene Frage entscheiden, ob es sich nach der „Art des Schuldverhältnisses“ um ein solches handelt, bei dem das Ansehen der Person „eine nachrangige Bedeutung“ hat. Denn diese Vorschrift nimmt – entsprechend dem Regelungszweck des gesamten Gesetzes – ohnehin nur auf die in § 1 ADG-E genannten Merkmale Bezug, vgl. § 20 Abs. 1 ADG-E.

Deshalb wäre § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E nach dem derzeitigen Wortlaut unseres Erachtens auch in der zweiten Variante für den gesamten Bereich der **Vermietung/Verpachtung** von Gewerbeflächen und der Vermietung von Wohnraum nicht einschlägig, und zwar unbeschadet dessen, dass § 2 Abs. 1 Nr. 8 ADG-E zumindest „Wohnraum“ ausdrücklich nennt. Diesbezüglich verbliebe nämlich immer noch der Anwendungsbereich des § 20 Abs. 2 ADG-E, also des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs widmet der Vorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ADG-E im Übrigen nur zwei Sätze (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 20 Abs. 1). Dort heißt es dann zwar, dass das Merkmal der nachrangigen Bedeutung des Ansehens der Person „vielfach“ erfüllt sein werde, „wenn ein großer Wohnungsanbieter eine Vielzahl von Wohnungen anbietet“ (ebd.). Jedoch lässt dies zunächst einmal gerade ausdrücklich Raum für andere Fallgestaltungen, so dass es selbst hiernach „bestenfalls“ wiederum auf eine Einzelfallbetrachtung ankäme. Vor allem aber vermag auch dieser kurze Hinweis, der noch dazu in die Form einer bloßen Annahme gekleidet ist, nichts an dem derzeitigen Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ADG-E zu ändern, der die hier ver-

tretenen Auffassung stützt. Damit käme es insbesondere für Großvermieter von Wohneinheiten auf die weitere Frage, ab wann es sich um eine „Vielzahl von Fällen“ handelt, von vornherein nicht an.

Beim **Verkauf** von Immobilien wiederum wird § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E in den meisten Fällen bereits deswegen nicht anwendbar sein, weil sich die Objekte individuell regelmäßig derart unterscheiden dürften, dass nicht „von vergleichbaren Bedingungen“ gesprochen werden kann.

Einschlägig wäre dies aber etwa beim Verkauf mehrerer Einheiten ein- und derselben Wohnungseigentumsanlage (zum Beispiel Bauträgergeschäft). Für derartige Sachverhalte wird es dann sehr wohl auf das weitere Tatbestandsmerkmal der „Vielzahl von Fällen“ in beiden Varianten des § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E ankommen.

4. Untergrenze der „Vielzahl von Fällen“

Der Begriff der „Vielzahl von Fällen“ in § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E wird leider an keiner Stelle des ADG-E definiert. Auch die Entwurfsbegründung hält sich bedeckt und begnügt sich mit dem Hinweis, dass die Beurteilung „aus der Sicht der Anbieterseite“ zu erfolgen habe, sowie der Anführung des unbestimmten Beispiels, dass „etwa der Absatz von Gebrauchtwagen für den gewerblichen Kfz-Händler ein Geschäft (sei), das er in einer Vielzahl von Fällen abwickelt“ (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 20 Abs. 1). Damit sind auch hierzu die entsprechenden Streitigkeiten vorprogrammiert.

Zur Lösung des Problems gibt es nur zwei Möglichkeiten: Entweder bildet die Rechtsprechung eine stets maßgebliche Mindest-Anzahl heraus oder es muss in jedem Einzelfall aus den Gesamtumständen im Wege einer Wertung entschieden werden, ob das betroffene Rechtsgeschäft für den individuellen Anbieter – dessen geschäftliche Verhältnisse noch dazu nicht notwendig immer konstant bleiben – das Merkmal der „Vielzahl“ erfüllt. Während das Letztere äußerst unpraktikabel (Aufklärung und Berücksichtigung der Einzelfallumstände) und vor allem mit nicht endender Rechtsunsicherheit verbunden wäre, ist für erstgenannte Lösungsmöglichkeit zu beachten, dass im Rahmen der gesetzlichen Definition „Allgemeiner Geschäftsbedingungen“ (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) zum dort verwendeten Begriff der „Vielzahl von Verträgen“ höchststrichtrichlerlich bereits entschieden ist, dass die untere Grenze bei drei beabsichtigten Verwendungen liegt (BGH NJW 2004, 1454; NJW 2002, 138, 139; NJW 1998, 2286, 2287), wobei es nicht einmal erforderlich ist, dass sich diese Mindestanzahl auf verschiedene Vertragspartner verteilt (BGH NJW 2004, 1454, 1455).

Deshalb ist unserer Auffassung nach der Bestimmung einer absoluten Mindest-Anzahl der Vorzug zu geben und auch wenn der Gesetzesentwurf insgesamt nach einer höheren Anzahl „klingt“, ist diese in Ermangelung sonstiger Anhaltspunkte und angesichts der starken Parallele zum Verbraucherschutz bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen wohl oder übel ebenfalls auf **drei** festzulegen. Sollte anderes beabsichtigt sein, müsste sich der Gesetzgeber klarer ausdrücken.

Zum Begriff der „Vielzahl von Fällen“ gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E ist ferner unklar, ob auch in diesem Zusammenhang wiederum private Anbieter erfasst sind oder sich die beiden betroffenen Verbotsalternativen – Massengeschäft und vergleichbares Schuldverhältnis – nur an Gewerbetreibende richten. So heißt es in der Entwurfsbegründung hierzu, dass „in der Regel also nur diejenigen Leistungen vom allgemeinen zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot erfasst (sind), die von Unternehmen erbracht werden“ (Begründung Besonderer Teil, zu Artikel 1 § 20 Abs. 1). Jedoch folgt bereits aus der Formulierung des „Regelfalls“, dass gerade auch die Alternative der Leistungserbringung von privater Hand – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – erfasst sein muss.

Vor diesem Hintergrund erwartet man zwar erst recht eine genaue gesetzliche Vorgabe zum Begriff der „*Vielzahl von Fällen*“. Diese fehlt aber derzeit.

Folglich muss insbesondere auch der Vermieter mehrerer Wohnhäuser, die lediglich im Rahmen privater Vermögensverwaltung gehalten werden, damit rechnen, ebenfalls dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E zu unterfallen, und zwar unabhängig davon, ob die private Vermögensverwaltung aufgrund ihres Umfangs bereits einen „unternehmerisch eingerichteten“ Betrieb erfordert oder nicht.

Eine „*Vielzahl von Fällen*“ im Sinne des Benachteiligungsverbots des § 20 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E liegt also vor, wenn sowohl der gewerbliche als auch der private Anbieter von Immobilien (Verkäufer, Vermieter, Bauträger) mindestens über drei anzubietende Objekte verfügt.

5. Täter

Etwaige Einschränkungen zum „Täterbegriff“ sind im ADG-E nicht enthalten. Gegenüber dem Benachteiligten ist Verantwortlicher und Schuldner „*der Benachteiligende*“, § 22 Abs. 3 Satz 1 ADG-E. Dies kann jeder unmittelbar Diskriminierende sein, daneben aber auch dessen Auftraggeber, sofern eine entsprechende Weisung vorlag. Eine etwaige Umgehung der Benachteiligungsverbote durch Einschaltung von Mittelspersonen – wie Makler oder Verwalter – ist also nicht möglich und auch jede Mittelsperson hat die Verbote bei Meidung der eigenen Haftung zu beachten.

6. Schaden

Im Rahmen einer Schadensersatzverpflichtung hat der Schuldner den Benachteiligten wirtschaftlich so zu stellen, wie dieser ohne die Diskriminierung gestanden hätte (§ 22 Abs. 3 Satz 1 ADG-E). Hierbei kann es zum Beispiel um den Ersatz zusätzlicher Vertragskosten (weitere Reise- und Inseratskosten etc.) bis hin zur Erstattung von erforderlichen Mehraufwendungen für eine gleichwertige Ersatzleistung gehen, was etwa im Falle von Wohnraummieten durchaus erhebliche Beträge erreichen kann. Dass es sich trotz eines höheren Preises um eine gleichwertige Alternative handelt, ist ebenfalls vom Anspruchsteller darzulegen.

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann dieser auch „*eine angemessene Entschädigung in Geld*“ verlangen (§ 22 Abs. 3 Satz 3 ADG-E). Hierbei geht es um die in der Benachteiligung liegende Persönlichkeitsrechtsverletzung, für die dem Benachteiligten – je nach Intensität – Genugtuung verschafft werden soll.

7. Die Beweislastverteilung

Macht im gerichtlichen Streitfall eine Partei Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 ADG-E genannten Grundes vermuten lassen, muss sich die andere Partei entlasten, § 23 ADG-E. Die Entlastungsmöglichkeiten bestehen darin, dass entweder „*andere als in § 1 genannte, sachliche Gründe*“ die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder die unterschiedliche Behandlung „*wegen eines in § 1 genannten Grundes*“ nach Maßgabe der übrigen Vorschriften des ADG-E zulässig ist (§ 23 ADG-E).

Glaubhaftmachung bedeutet im Gegensatz zum sog. „Vollbeweis“, dass die Tatsache nach freier Würdigung des Gerichts hinreichend wahrscheinlich ist. Dazu reicht es aber nicht etwa schon aus, dass der gewünschte Vertrag nicht zustande kam. Hinzukommen muss vielmehr mindestens ein konkretes Indiz für das betreffende Diskriminierungsmerkmal (für eine Benachteiligung wegen des Alters zum Beispiel die Aussage des Ver-

walters: „Wir vermieten grundsätzlich nicht an junge Leute.“). Wird ein Diskriminierungsmerkmal glaubhaft gemacht oder ist es sogar unstrittig, muss sich die andere Partei rechtfertigen. Als Mittel der Glaubhaftmachung kommt auch eine eidesstattliche Versicherung in Betracht (§ 294 Abs. 1 ZPO). Gelingt der anderen Partei eine Rechtfertigung nicht oder nicht vollständig, gilt die streitgegenständliche Diskriminierung als erwiesen. Verschärft wird die Beweislast zu Lasten der durch das Benachteiligungsverbot verpflichteten Partei noch durch die explizit geregelte Möglichkeit der Abtretung von Schadenersatzansprüchen (§ 24 Abs. 4 Satz 1 ADG-E). Denn in diesem Fall kann das Diskriminierungsoffer sogar als Prozesszeuge auftreten.

Die Beweislastregel gemäß § 23 ADG-E geht ebenfalls weit über das europarechtlich gebotene Maß hinaus und ist insoweit zudem völlig verunglückt: Einerseits ist der schlichte Gegenbeweis, dass die vorgeworfene Benachteiligung wegen eines in § 1 ADG-E genannten Grundes überhaupt nicht stattgefunden hat, ohne ersichtlichen Grund nicht zugelassen. Andererseits soll der Gegenbeweis darüber hinaus nur dahingehend möglich sein, dass andere „sachliche“ Gründe die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (§ 23 ADG-E). Damit wird das Freiheitsgrundrecht, eine Entscheidung aus ganz subjektiven und deshalb anderen als sachlichen Gründen zu treffen (zum Beispiel aus Gründen persönlicher Sympathie), ohne nachvollziehbaren Grund beschnitten (Art. 2 Abs. 1 GG).

Es steht daher zu befürchten, dass die Beweisregelung des ADG-E in dieser Form nicht einmal beabsichtigt ist, zumal es sich insoweit um materiell-rechtliche Folgen – Beschränkung und sogar Ausschluss bestimmter Rechtfertigungsgründe – handelt und eben nicht nur um die formelle Regelung einer besonderen „Beweislast“, wie § 23 ADG-E aber überschrieben ist. Auch systematisch würden derartige Regelungen keinesfalls in den vierten, mit „Rechtsschutz“ betitelten Abschnitt des ADG-E gehören. Wenn diesbezüglich aber nicht noch Änderungen des Wortlauts erfolgen, wird man große Schwierigkeiten haben, dieser Vorschrift tatsächlich noch den vorstehend beschriebenen, liberaleren Sinn zuschreiben zu können.

Im Übrigen ist § 23 ADG-E an die Regelung des § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB zum Verbot der geschlechtsbezogenen Benachteiligung im Arbeitsrecht angelehnt, die neben anderen Bestimmungen durch entsprechende Vorschriften im zweiten Abschnitt des ADG-E (§ 6 – 19 ADG-E) abgelöst wird. Im Gegensatz zum Arbeitsrecht ist beim zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot eine Frist für die schriftliche Geltendmachung von Ansprüchen aber nicht vorgesehen. Auch eine besondere Verjährungsfrist ist nicht geregelt, so dass die allgemeine Frist von drei Jahren gilt (§ 195 BGB).

8. Verhaltenmaßregeln

Um den gesetzlichen Diskriminierungsschutz zu gewährleisten, der vorbehaltlich der begrenzten Ausschlussstatbestände jedenfalls wegen der Merkmale der Rasse oder der ethnischen Herkunft durchgängig beachtet werden muss, ist im Anwendungsbereich des ADG-E der öffentliche Auftritt, soweit erforderlich, anzupassen.

Wer bisher beispielsweise nach einem „Käufer“ oder „Mieter“ gesucht hat, wird künftig entweder auch die „Käuferin“ und die „Mieterin“ einbeziehen oder auf sonstige Weise geschlechtsneutral formulieren müssen. Dies gilt neben Angebotstexten auch für sonstige Unterlagen wie etwa Interessentenbögen.

Zu sehen ist, dass sich der Anbieter gegenüber einem vermeintlich Betroffenen keinesfalls rechtfertigen muss, solange dieser nicht zumindest ein konkretes Indiz für die vermeintliche Diskriminierung benennen kann. Dies erfordert aber nicht einmal eine entsprechend abfällige Bemerkung, sondern kann selbst dann bereits der Fall sein, wenn ohne jede inhaltliche Stellungnahme Vertragsverhandlungen und/oder Besichtigungstermine gegenüber bestimmten Interessenten von vornherein verweigert, mit anderen Interessen-

ten aber abgehalten werden. Schon eine jeweils gewünschte Vorauswahl sollte erforderlichenfalls also mit Eigenschaften begründet werden können, die außerhalb der jeweils sanktionierten Diskriminierungsgründe liegen. Außerhalb aller gesetzlichen Merkmale liegen zum Beispiel die finanzielle Leistungsfähigkeit und die Anzahl eventueller Kinder.

Von den Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft abgesehen, ist ferner für alle Diskriminierungsmerkmale eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ausgeschlossen, wenn für die unterschiedliche Behandlung ein „*sachlicher Grund*“ vorliegt (§ 21 ADG-E). Dieser kann zum Beispiel an eine konkrete Beschaffenheit des Objekts anknüpfen. In jedem Fall wird sich künftig empfehlen, die „sachlichen Gründe“ zu dokumentieren und zu archivieren, um sie im Prozessfall zur Hand zu haben.

IV. Ausblick

Das beabsichtigte Antidiskriminierungsgesetz lässt trotz beträchtlicher Ausgestaltungsschwächen vor Gericht keine wirtschaftlichen „Großverfahren“, wohl aber eine erhebliche Anzahl von „Kleinverfahren“ erwarten. Dort wird man sich mit den angesprochenen schwierigen Fragestellungen befassen. Dass es zu der stattdessen dringend gebotenen öffentlichen Diskussion über die Vermeidung von Diskriminierungen kommt, darf bezweifelt werden.

Mit wie vielen – begründeten oder nicht begründeten – Forderungen und Prozessen man rechnen muss, ist freilich ebenso unbestimmt wie der Begriff „Vielzahl“ im Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes. Trotz dessen weitreichenden Regelungsgehalts ist ein „schneller Prozessserfolg“ des vermeintlich Benachteiligten, den immer noch eine erhebliche Begründungslast trifft, aber alles andere als klar.

Durch seine Abschreckungswirkung indessen wird das Gesetz zumindest im Einzelfall zu überlegteren Verhaltensweisen führen, auch wenn sich nicht jede Gerechtigkeit verordnen lässt. Deshalb und zur Beschränkung des bürokratischen Aufwandes wäre es wohl auch ausreichend und immer noch vorzuziehen, die EU-rechtlichen Vorgaben nur nach ihren Mindestanforderungen umzusetzen.

Demgegenüber ist der deutsche Gesetzgeber trotz des anderweitig erklärten Ziels allgemeiner Deregulierung leider nicht nur im Begriff, weit über die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen hinauszuschießen. Vielmehr offenbart er gerade in dem von seinem überschießenden Eifer erfassten Bereich ein nicht unbeträchtliches Maß an Praxisferne und Bevormundung, wenn zur kaufmännischen Befähigung „großer Wohnungsanbieter“ in der Entwurfsbegründung auch noch die Annahme kundgetan wird, dass diese dem Ansehen der Person ihrer künftigen Mieter vielfach nur eine „nachrangige Bedeutung“ beimessen würden. Der entsprechende Protest ist derzeit zu vernehmen.