



Freie Universität Berlin - Fachbereich Rechtswissenschaft  
Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster - Van't-Hoff-Str. 8 - 14195 Berlin

## **Freie Universität Berlin**

**Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster**

Fachbereich Rechtswissenschaft

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Handels- und Gesellschaftsrecht,

Privatversicherungsrecht,

Internationales Privatrecht

Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Telefon: (030) 838 -52167 (Durchw.)

-52181 (Skr.)

Fax: -56293

Email: [armbr@zedat.fu-berlin.de](mailto:armbr@zedat.fu-berlin.de)

Berlin, den 26. Februar 2005

### **Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (BT-Drs. 15/4538)**

#### **I. Erfordernis einer Umsetzung der Richtlinien**

In der bisherigen Diskussion ist die Ansicht geäußert worden, für den deutschen Gesetzgeber bestehe kein Handlungsbedarf, da die §§ 138, 242, 823, 826, 1004 BGB bereits jetzt wirksame Sanktionen unzulässiger Diskriminierung ermöglichen. Indessen würde eine schlichte Verweisung auf diese Vorschriften den Anforderungen nicht genügen, die der Europäische Gerichtshof an die Umsetzung von Richtlinien stellt. Danach müssen dem Rechtsadressaten seine europarechtlich gewährleisteten Rechte *hinreichend klar und genau erkennbar* werden, so dass er in die Lage versetzt wird, sie geltend zu machen. Das wird durch die genannten Vorschriften – deren Anwendung auf Diskriminierungen überdies im Einzelnen höchst Streitig ist – nicht erreicht. Zudem widersprechen etwa das Verschuldenserfordernis sowie die Beweislastverteilung des deutschen Deliktsrechts den Richtlinienvorgaben. Ferner sind nach den Richtlinien etwa Verhaltenspflichten für Arbeitgeber (z.B. Maßregelungsverbote) vorzusehen und staatliche Antidiskriminierungsstellen mit bestimmten Aufgaben einzurichten. Die europarechtlichen Vorgaben erfordern daher ein Umsetzungsgesetz.

## II. Diskriminierungsmerkmale

Der Entwurf bezieht sich im Grundsatz einheitlich und kumulativ auf *sämtliche* in den vier Richtlinien genannten Diskriminierungsmerkmale, also neben Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht auch Religion und Weltanschauung, sexuelle Identität, Behinderung und Alter. Im allgemeinen Zivilrecht geht der Entwurf damit über die Richtlinienvorgaben hinaus, die lediglich die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und (seit 2004) Geschlecht erfassen.

Diese „überschießende“ Umsetzung war schon im Diskussionsentwurf von 2001 vorgesehen. Der daran im Schrifttum geübten Kritik trägt der neue Entwurf (im Folgenden: ADG-E) insoweit Rechnung, als eine Benachteiligung bei anderen als Massen- und ihnen gleichgestellten Geschäften lediglich dann untersagt wird, wenn sie aus Gründen von *Rasse oder ethnischer Herkunft* erfolgt (§ 20 II ADG-E). Letzteres ist nach der hier vertretenen Ansicht europarechtlich für alle öffentlich beworbenen Verträge vorgegeben. Die „überschießende“ Umsetzung bei Massengeschäften erscheint im Grundsatz akzeptabel, wenn man den Kreis der erfassten Verträge sachgerecht eingrenzt (s. dazu sogleich III).

## III. Erfasste Verträge

### 1. Massengeschäfte (§ 20 I Nr. 1 ADG-E)

Mit der soeben genannten Differenzierung gewinnt die Unterscheidung von Massen- und sonstigen Geschäften (Individualgeschäften) zentrale Bedeutung. Ein *Massengeschäft* soll dann vorliegen, wenn das Schuldverhältnis typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt. Gleichgestellt wird der Fall, dass das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat (§ 20 I Nr. 1 ADG-E). Für das Merkmal „Vielzahl von Fällen“ ist auf den konkreten Anbieter abzustellen, so dass regelmäßig nur Unternehmer i.S. von § 14 BGB erfasst werden (Hauptfälle: Einzelhandel, Gastronomie, Transportgewerbe). Hingegen soll etwa der Verkauf eines Gebrauchtwagens durch einen Verbraucher aus dem umfassenden, über die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft (§§ 20 II i.V. mit § 2 I Nr. 5-8 ADG-E) hinausreichenden Benachteiligungsverbot herausfallen; die Sorge vor unzumutbaren Entscheidungskonflikten und Prozessrisiken entfällt insoweit.

Problematisch ist, bei welchen Verträgen das Ansehen der Person eine „*nachrangige Bedeutung*“ haben soll. Nach der Begründung des Entwurfs (S. 98) sollen dazu „vielfach“ auch Mietverträge mit großen Anbietern einer Vielzahl von Wohnungen gehören. Dieses Beispiel zeigt: Wann demnach in einem konkreten Fall das umfassende und wann das eingeschränkte Verbot gelten soll, ist kaum

absehbar. Die Einführung einer neuen Kategorie von Verträgen, bei denen das Ansehen der Person eine „nachrangige Bedeutung“ hat, sollte daher insgesamt ersatzlos entfallen; dieses Kriterium ist nicht hinreichend justiziabel. Für Wohnraummietverträge bliebe es damit beim Verbot einer Benachteiligung wegen Rasse und ethnischer Herkunft. Auch dies belastet Vermieter mit Dokumentationsobliegenheiten und Prozessrisiken; Kritik am Entwurf ist in diesem Punkt indessen angesichts der zwingenden Vorgaben nicht angebracht. Das gilt umso mehr, als der Entwurf für bestimmte Verträge, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis begründet wird, eine Ausnahme auch vom eingeschränkten Benachteiligungsverbot vorsieht. Darunter können insbesondere Mietverträge fallen, bei denen der Vermieter oder seine Angehörigen auf demselben Grundstück wohnen (§ 20 V ADG-E). Europarechtlich bewegt sich der Entwurf dabei durchaus auf dünnem Eis; die Regelung ist jedoch als noch von den Richtlinienvorgaben gedeckt anzusehen.

Die „überschießende“ Umsetzung der Richtlinie für *Massengeschäfte* dürfte freilich kaum praktische Bedeutung gewinnen. Bei Geschäften, die typischerweise ohne Ansehen der Person geschlossen werden, liegt nämlich die Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals fern.

## **2. Versicherungsverträge (§ 20 I Nr. 2 ADG-E)**

Bedeutsamer ist die Erweiterung des Merkmalkatalogs für *Versicherungsverträge*. Die Richtlinie 2004/113/EG schreibt sog. *Unisex-Tarife* vor, gestattet aber grundsätzlich versicherungsmathematisch und statistisch abgesicherte Differenzierungen. Von der damit eröffneten Regelungsbefugnis macht der Entwurf in § 21 S. 2 Nr. 5 Gebrauch. Dies ist auch sachgerecht, da anderenfalls die anerkannten Regeln der Prämien- und Leistungsbemessung preisgegeben würden, um versicherungsfremde gesetzgeberische Zwecke zu verfolgen. Konkretisieren lassen sich die Voraussetzungen einer Differenzierung anhand der zum Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) bestehenden Regeln: So schreibt § 12 I Nr. 1, V VAG für die Krankenversicherung eine *alters- und geschlechtsabhängige Tarifierung* auf versicherungsmathematischer Grundlage ausdrücklich vor. Dies lässt sich insbesondere damit rechtfertigen, dass außer dem Eintrittsalter und dem Geschlecht keine mit vertretbarem Aufwand zu ermittelnden Risikomerkmale zur Verfügung stehen. Diese Merkmale sind daher auch als „bestimmende Faktoren“ i.S.d. § 21 S. 2 Nr. 5 ADG-E anzusehen. Eine Abweichung von der bisherigen Tarifierung gebietet Satz 2 dieser Vorschrift im Hinblick auf die Kosten von Schwangerschaft und Entbindung; sie müssen künftig geschlechtsunabhängig umgelegt werden. Diese Regelung ist versicherungsrechtlich systemwidrig, aber europarechtlich vorgeschrieben.

Keine wesentlichen Änderungen ergeben sich durch das Verbot der Benachteiligung aus Gründen der *Rasse oder der ethnischen Herkunft*. Diskriminierungen, die an die Staatsangehörigkeit des Versicherungsnehmers oder seine Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe anknüpfen (insb. sog. „Ausländertarife“), wirkt nämlich bereits nach geltendem Recht § 81 e VAG entgegen.

Problematisch ist die Einbeziehung der *weiteren Diskriminierungsmerkmale*, insbesondere der Behinderung. Insoweit muss im Interesse einer risikoadäquaten Vertragsgestaltung zumindest eine durch einen Treuhänder zu überprüfende unternehmensinterne Risikobewertung möglich bleiben; dies sollte das Gesetz klarstellen, wenn man nicht – was systematisch stimmiger erscheint – auch hier die Erweiterung des Merkmalkatalogs auf *Massengeschäfte* (also Versicherungsverträge ohne individuelle Risikoprüfung) beschränkt.

#### **IV. Rechtsfolgen, insbesondere: Kontrahierungszwang**

Die Regelung der *Rechtsfolgen* einer Benachteiligung hat der Richtliniengeber den Mitgliedstaaten überlassen. Der Entwurf sieht bei Verstößen gegen das *zivilrechtliche* Benachteiligungsverbot Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung, Schadensersatz und auf eine angemessene Entschädigung in Geld vor (§ 22 ADG-E).

Ein *Kontrahierungszwang* soll im Arbeitsrecht weiterhin nicht bestehen (§ 15 V ADG-E; vgl. bereits § 611 a II BGB). Dies ist schon deshalb sachgerecht, weil ein Abschlusszwang sich zu lasten anderer Arbeitnehmer auswirken könnte. Für das (allgemeine) *Zivilrecht* ist hingegen auch ein Kontrahierungszwang angeordnet. Die dafür in § 22 II ADG-E vorgesehenen Einschränkungen (Kausalitätserfordernis, Gebot hinreichender Bestimmtheit der Leistung) ändern nichts daran, dass es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in die grundgesetzlich verbürgte Privatautonomie handelt. Die bislang anerkannten Kontrahierungszwänge betreffen Fälle, in denen ein marktbeherrschender Anbieter einem Interessenten gegenübersteht, der auf die Leistung angewiesen ist. Bei der hier interessierenden Benachteiligung liegt das Problem indessen nicht darin, dass ein Marktzugang versperrt wird; gerade bei Massengeschäften kann der Benachteiligte sich eine vergleichbare Leistung regelmäßig problemlos anderweitig beschaffen. Anstößig ist vielmehr, dass ein Marktteilnehmer *persönlich herabgewürdigt* wird. Es geht darum, den in der Benachteiligung liegenden *Angriff auf die Person* auszugleichen. Dieser Angriff wird durch einen erzwungenen Vertragsschluss jedenfalls nicht besser kompensiert als durch einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens. § 22 III ADG-E sieht einen solchen Anspruch (mit Exculpationsmöglichkeit) denn auch zu Recht vor. Ob das Schutzinteresse des Benachteiligten darüber hinaus auch die mit dem Kontrahierungszwang verbundene Einschränkung der

Privatautonomie erfordert, ist zweifelhaft. Dafür mag man anführen, dass der Benachteiligte gerade am Abschluss des konkreten Geschäfts (z.B. über ein Kunstwerk) ein besonderes ideelles Interesse haben kann. Indessen begründet eine *invitatio ad offerendum* gerade noch keine gesicherte Aussicht auf einen Vertragsschluss. Nochmals: Anstößig ist nicht die Verweigerung des Vertragsschlusses, sondern die gegenüber dem Benachteiligten zum Ausdruck kommende persönliche Herabwürdigung.

Hinzu kommt, dass die *Befriedungsfunktion* des Privatrechts gefährdet ist, wenn einem Beteiligten ein Vertragsschluss aufgezwungen wird. Gelten die Rechtsfolgen eines Vertrages nicht deshalb, weil sie von *beiden* Parteien privatautonom gewollt werden, so sind Konflikte geradezu vorprogrammiert, etwa über Leistungsstörungen oder Beendigungsgründe. Solche Rechtsverhältnisse sind folglich von vornherein mit der Gefahr von (weiteren) Rechtsstreitigkeiten belastet. In den anerkannten Fällen eines Kontrahierungszwangs aufgrund überragender Marktmacht muss diese Gefahr hingenommen werden, da anderenfalls die Bedarfsdeckung des Vertragsinteressenten nicht gesichert wäre. Sofern es hierum nicht geht, bietet der Ausgleich über einen Schadensersatzanspruch die Möglichkeit einer klaren Zäsur, ohne die Parteien durch einen aufgezwungenen Vertrag gleichsam aneinander zu ketten. Eine verhaltenssteuernde Wirkung geht von dieser Lösung gleichwohl aus; dabei lässt sich über die Bemessung des immateriellen Schadens den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen.

Schließlich weckt der Kontrahierungszwang falsche Erwartungen. Der Benachteiligte trägt nämlich die *Darlegungs- und Beweislast* dafür, dass ein Vertrag mit ihm ohne die Benachteiligung geschlossen worden wäre. Dies führt jenseits der praktisch weniger bedeutsamen Benachteiligung bei Massengeschäften zu einem erheblichen Prozessrisiko.

## **V. Zusammenfassung**

1. Die Richtlinienvorgaben erfordern ein deutsches Umsetzungsgesetz.
2. Die Erweiterung des Kataloges der Diskriminierungsmerkmale ist grundsätzlich akzeptabel, wenn sie auf sog. Massengeschäfte beschränkt wird. Die Gleichstellung von Verträgen, bei denen das Ansehen der Person eine „nachrangige Bedeutung“ hat, sollte entfallen.
3. Als Sanktion sollte auch im allgemeinen Zivilrecht kein Kontrahierungszwang vorgesehen werden.