Susanne Sprafke

Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang

Vertragsabschlusspflicht aus § 21 AGG im System der Kontrahierungspflichten

kassel university press

Susanne Sprafke

Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang

Vertragsabschlusspflicht aus § 21 AGG im System der Kontrahierungspflichten

kassel university press

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel als Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades einer Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. jur.) angenommen.

Erster Gutachter: Prof. Dr. Martina Deckert
Zweiter Gutachter: Prof. Dr. Dr. Walter Blocher

Tag der mündlichen Prüfung 29. Januar 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de abrufbar

Zugl.: Kassel, Univ., Diss. 2013
ISBN print: 978-3-86219-472-8
ISBN online: 978-3-86219-473-5
URN: http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0002-34731

© 2013, kassel university press GmbH, Kassel
www.uni-kassel.de/upress

Printed in Germany

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS 9

1. KAPITEL: EINLEITUNG 12
I. Fragestellung 12
II. Gang der Untersuchung 14
III. Begrenzung des Forschungsfeldes und Begriffsbestimmungen 15
1. Synonyme für Kontrahierungszwang 16
2. Kontrahierungszwang aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG 16
3. Diskriminierung 16
4. Angebot und Antrag 17
5. Daseinsvorsorge 17

2. KAPITEL: GRUNDLAGEN UND ENTWICKLUNG DES ANTIDISKRIMINIERUNGSRECHTS 18
I. Einleitung 18
II. Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote 18
1. Normative Grundlagen 18
a. Universelles Völkerrecht 18
aa. UN-Charta und AEMR 18
bb. Zivil- und Sozialpakt 19
cc. CERD, CEDAW und CRPD 21
b. Regionales Völkerrecht 22
2. Bedeutung für das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot 23
a. Einfluss des Völkerrechts auf das deutsche Recht 23
b. Geltung völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote im Zivilrechtsverkehr 24
c. Schutzrichtung völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote 25
III. Antidiskriminierungsrecht auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene 26
1. Primärrechtliche Grundlagen und ihre Entwicklung 26
a. EWG-Vertrag 26
b. Vertrag von Maastricht 27
c. Vertrag von Amsterdam 28
d. Charta der Grundrechte der Europäischen Union 28
e. Fazit 30
2. Die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien 30
a. Die Gleichstellungsrichtlinie 76/207/EWG und die Rechtsprechung des EuGH 30
b. Die vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien 32
IV. Deutsches Antidiskriminierungsrecht 33
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen 33
a. Sozialstaatsprinzip 34
b. Verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote 34

2. Diskriminierungsschutz über allgemeine Zivilrechtsnormen 35
a. Rechtsgrundlagen 35
b. Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch 36
3. Entwicklung spezialgesetzlicher Diskriminierungsverbote 38
4. Die Entstehung des AGG 39
a. Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums vom 10.12.2001 39
b. ADG-Entwurf der Bundesregierung vom 16.12.2004 41
c. AGG-Entwurf der Bundesregierung vom 18.05.2006 43
V. Fazit 44

3. KAPITEL: SCHUTZ VOR BENACHTEILIGUNGEN IM ZIVILRECHTSVERKEHR 46
I. Das zivilrechtliche Rahmenprogramm der EG-Antidiskriminierungsrichtlinien 46
1. Anwendungsbereiche der EG-Richtlinien 46
2. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot 47
3. Die Formen von Diskriminierung 48
4. Sanktionen 48
5. Rechtsschutz 49
II. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 19 AGG 50
1. Regelungszwecke 50
a. Zielsetzung des AGG 50
b. Übergeordnete Ziele des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots 51
c. Fazit 53
2. Sachlicher Anwendungsbereich 53
a. Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse 53
b. Sachlicher Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG 54
aa. Geltungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG 54
bb. Schuldverhältnisse i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG 55
(1) Sozialschutz und soziale Vergünstigungen 55
(2) Bildung 56
(3) Öffentlich zur Verfügung stehende Güter und Dienstleistungen 56
c. Konkretisierung des Anwendungsbereichs durch § 19 Abs. 1, 2 AGG 59
aa. Umfassendes Benachteiligungsverbot gemäß § 19 Abs. 2 AGG 59
bb. Eingeschränktes Benachteiligungsverbot gemäß § 19 Abs. 1 AGG 59
d. Ausgenommene Schuldverhältnisse 61
aa. Familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse 61
bb. Besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis 62
3. Persönlicher Anwendungsbereich 63
a. Verpflichteter 63
b. Berechtigter 65
4. Verbotene Benachteiligung 65
a. Benachteiligungsmerkmale 65

b. Formen von Benachteiligung ... 67
c. Sachliche Gründe ... 69
aa. Normzweck ... 69
bb. Rechtfertigungsgründe ... 70
(1) Vermietung von Wohnraum, § 19 Abs. 3 AGG ... 70
(2) Privatrechtliche Versicherungsverhältnisse ... 71
(3) Allgemeiner Rechtfertigungsgrund ... 71
(α) Regelbeispiele ... 72
(β) Grundtatbestand ... 73
(4) Positive Maßnahmen ... 73
5. Rechtsfolgen ... 75
a. Ansprüche aus § 21 AGG ... 75
aa. Beseitigungsanspruch ... 75
bb. Unterlassungsanspruch ... 76
cc. Schadensersatzanspruch ... 77
dd. Entschädigungsanspruch ... 78
b. Ausschlussfrist ... 80
c. Prozessuale Durchsetzung ... 81
d. Konkurrierende Ansprüche ... 82
6. Sonstige Bestimmungen zur Gewährleistung effektiven Benachteiligungsschutzes ... 84
a. Zwingendes Recht ... 84
b. Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände ... 84
III. Fazit ... 85

4. KAPITEL: DIE RECHTSFIGUR DES KONTRAHIERUNGSZWANGS ... 87
I. Definitionen von Kontrahierungszwang ... 87
II. Besonderer und allgemeiner Kontrahierungszwang ... 89
III. Die Elemente des Kontrahierungszwangs ... 91
1. Mittel des Kontrahierungszwangs ... 91
a. Abgrenzung von willentlich begründetem Zwang ... 91
aa. Vertraglicher Zwang ... 91
(1) Abgrenzung ... 91
(α) Meinungsstreit ... 91
(β) Stellungnahme ... 93
(2) Erscheinungsformen vertraglichen Zwangs ... 95
bb. Kontrahierungszwang in verschiedenen Willensphasen ... 96
(1) Kontrahierungszwang aufgrund *genereller Abschlussbereitschaft* ... 97
(2) Kontrahierungszwang aufgrund *gegenläufiger Willensbetätigung* ... 98
cc. Fazit ... 100
b. Abgrenzung von faktischem Zwang ... 100
c. Abgrenzung von wirtschaftlichem Zwang ... 101

aa. Problematik ... 101
bb. Art der Zwangswirkung ... 102
cc. Ausgangspunkt der Zwangswirkung ... 103
dd. Zusammenfassung ... 104
d. Abgrenzung von moralischem Zwang ... 104
2. Rechtsfolge des Kontrahierungszwangs ... 104
a. Konkretisierung der Rechtsfolge ... 105
aa. Anspruchsinhalt ... 105
bb. Bestimmung der Gegenleistung ... 107
(1) Freies Aushandeln der Gegenleistung ... 107
(2) Gegenleistung nach Kriterien der Angemessenheit bzw. Üblichkeit ... 108
(3) Gegenleistung nach Kriterien der Billigkeit ... 109
(4) Zusammenfassung ... 111
cc. Prozessuale Durchsetzbarkeit ... 112
dd. Freiheit zur Abänderung oder Lösung ... 113
ee. Fazit ... 116
b. Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten ... 117
aa. Abgrenzung von Rechtsinstituten mit fingierter Willenseinigung ... 117
(1) Gesetzliche Vertragsübernahme und Vertragsabschluss kraft Gesetzes ... 117
(2) Einseitiges gesetzliches Gestaltungsrecht ... 118
bb. Abgrenzung von Rechtsinstituten des öffentlichen Rechts ... 118
(1) Benutzungs-, Anschluss- und Zulassungszwang ... 118
(2) Diktierter Vertrag ... 119
3. Funktion von Kontrahierungszwang ... 120
a. Funktionale Elemente der Begriffsbestimmungen ... 120
b. Vorläufige Funktionsbestimmung ... 121
aa. Besonderer Kontrahierungszwang ... 121
(1) Besonderer Kontrahierungszwang bei marktbeherrschender Stellung des Anbieters ... 122
(2) Besonderer Kontrahierungszwang zur Erfüllung einer sozialen Versorgungsaufgabe ... 123
(3) Besondere Kontrahierungspflichten eigener Art ... 123
(4) Fazit ... 124
bb. Allgemeiner Kontrahierungszwang ... 125
(1) Kompensation überragender Marktstärke des Anbieters ... 126
(2) Erfüllung einer sozialen Versorgungsaufgabe ... 127
(3) Rechtswidrige Geschäftsverweigerung als alleiniger Anknüpfungspunkt ... 127
c. Fazit ... 129
IV. Vorläufige Konturierung und gesetzessystematische Einordnung eines Kontrahierungszwangs aus § 21 AGG ... 130
1. Vorläufige Konturierung ... 130
2. Vorläufige gesetzessystematische Einordnung ... 131

5. KAPITEL: KONTRAHIERUNGSZWANG IM SPANNUNGSVERHÄLTNIS VON DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ UND VERTRAGSFREIHEIT 133
I. Einleitung 133
II. Eingriff in die Vertragsfreiheit 133
1. Gewährleistungsbereich der Vertragsfreiheit 133
a. Vertragsfreiheit als Erscheinungsform von Privatautonomie 133
b. Inhaltliche Eingrenzung von Vertragsfreiheit 135
c. Positive und negative Vertragsabschlussfreiheit 136
d. Kontrahierungszwang als immanente Bindung der Vertragsfreiheit? 136
2. Eingriffsqualität von Kontrahierungszwang 139
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 140
1. Schrankensystematik des Art. 2 Abs. 1 GG 140
2. Grundrechtskollision und Drittwirkung von Grundrechten 141
3. Kollidierende Grundrechte 143
a. Positive Vertragsfreiheit 143
b. Allgemeines Persönlichkeitsrecht 145
c. Gleichbehandlungsanspruch und Diskriminierungsverbote 146
aa. Mittelbare Drittwirkung von Art. 3 GG 146
bb. Verhältnismäßigkeit 149
(1) Legitimer Zweck 149
(2) Geeignetheit des Mittels 149
(3) Erforderlichkeit des Mittels 150
(4) Angemessenheit des Mittels 151
IV. Fazit 153

6. KAPITEL: DIE HERKÖMMLICHEN ERSCHEINUNGSFORMEN VON KONTRAHIERUNGSZWANG 155
I. Einleitung 155
II. Der besondere Kontrahierungszwang 155
1. Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs 155
a. Energierecht 155
aa. Energieabsatz 156
bb. Energietransport 157
b. Verkehrsrecht 159
aa. Zugang zur Eisenbahninfrastruktur 159
bb. Personenbeförderungspflicht 160
c. Versicherungsrecht 161
aa. Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung 161
bb. Private Krankenversicherung im Basistarif 164
d. Urheberrecht 165
aa. Zwangslizenz 166
bb. Wahrnehmungszwang 168
e. Post- und Telekommunikationsrecht 169

aa. Universaldienst im Postwesen ... 169
bb. Angebot von Teilleistungen ... 170
f. Recht der Sparkassen ... 171
g. Notar- und Rechtsanwaltsrecht ... 172
aa. Notarrecht ... 173
bb. Rechtsanwaltsrecht ... 173
h. Mietrecht ... 175
i. Kartellrecht ... 177
aa. Tatbestand ... 177
bb. Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch ... 178
cc. Funktion ... 179
j. Deliktsrecht ... 180
2. Grundzüge des besonderen Kontrahierungszwangs ... 181
III. Der allgemeine Kontrahierungszwang ... 182
1. Originärer Leistungsanspruch ... 182
2. Kontrahierungszwang aus *culpa in contrahendo* ... 183
a. Tatbestand ... 184
aa. Sachwidrige Vertragsverweigerung ... 184
bb. Vertragsverweigerung aufgrund askriptiver Persönlichkeitsmerkmale ... 184
cc. Stellungnahme ... 186
b. Rechtsfolge ... 187
aa. Ersatz des positiven Interesses durch Kontrahierungszwang ... 187
bb. Rechtsfolgenbeschränkung auf Vertrauensschaden ... 187
cc. Stellungnahme ... 188
c. Zwischenergebnis ... 190
3. Kontrahierungszwang aus unerlaubter Handlung ... 190
a. Rechtsgrundlagen ... 191
aa. Kontrahierungszwang aus § 823 Abs. 1 BGB ... 191
(1) Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ... 191
(2) Bewirtungsfälle ... 192
bb. Kontrahierungszwang aus § 826 BGB ... 193
(1) Fallgruppenbezogener Ansatz ... 193
(2) Dogmatischer Ansatz durch Transformation von Rechtsgrundsätzen ... 194
(α) Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung ... 195
(β) Allgemeines Persönlichkeitsrecht ... 196
(γ) Diskriminierungsverbot ... 197
(αα) Transformation in das Privatrecht ... 197
(ββ) Maßstab für sittenwidrige Ungleichbehandlung als Grundlage von Kontrahierungszwang ... 198
(γγ) Zwischenergebnis ... 200
(δ) Sozialstaatsprinzip ... 200
(ε) Fazit ... 202

b. Herleitung der Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch 204
aa. Kontrahierungsanspruch als Schadensersatzanspruch 204
(1) Grundsatz der Naturalrestitution 204
(2) Positiver Handlungsanspruch auf Naturalprästation 205
bb. Kontrahierungsanspruch als quasinegatorischer Abwehranspruch 207
(1) Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch 207
(2) Quasinegatorischer Beseitigungsanspruch 208
IV. Kategorisierung 210
1. Teilhaberechtliche Kontrahierungspflichten 210
2. Abwehrrechtliche Kontrahierungspflichten 212
V. Fazit 212

7. KAPITEL: KONTRAHIERUNGSZWANG WEGEN VERSTOSSES GEGEN DAS ZIVILRECHTLICHE BENACHTEILIGUNGSVERBOT 214
I. Einleitung 214
II. Kontrahierungsanspruch aus § 21 AGG 214
1. Einschlägige Anspruchsgrundlage 214
2. Auslegung des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG 215
a. Auslegungsgrundsätze 215
b. Auslegung anhand des Methodenkanons 217
aa. Sprachlich-grammatische Auslegung 217
bb. Genetische Auslegung 218
(1) Kontrahierungszwang als Beseitigungs- / Schadensersatzanspruch 218
(2) Ausschluss von Kontrahierungsanspruch 219
cc. Systematische Auslegung 221
dd. Teleologische Auslegung 222
ee. Fazit 224
c. Verfassungskonforme Auslegung 224
aa. Allgemeines 224
bb. Angemessenheit des Mittels Kontrahierungszwang 225
(1) Meinungsstreit 225
(2) Stellungnahme 226
(α) Eingeschränktes Benachteiligungsverbot 226
(β) Umfassendes Benachteiligungsverbot 228
d. Fazit 231
3. Voraussetzungen eines Kontrahierungsanspruchs aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG 232
a. Benachteiligende Vertragsverweigerung 232
b. Kausalität zwischen Benachteiligung und Nichtzustandekommen des Vertrags 233
c. Hinreichende Bestimmtheit 235
d. Keine Unmöglichkeit der Leistung 235
e. Keine Voraussetzung: Mangelnde anderweitige Verfügbarkeit 237
III. Effektivität und Praktikabilität 237

1. Verschleierung der eigentlichen Motive 238
2. Kausalitätsnachweis 239
a. Ausgangssituation 239
b. Lösungsansatz über sekundäre Darlegungslast 240
3. Eintritt von Unmöglichkeit 241
4. Durchsetzung im Hauptsacheverfahren 242
5. Befriedungsfunktion des Privatrechts 243
6. Fazit 245
IV. Vorschlag für Gesetzesänderung 247
V. Konsequenzen für einen Kontrahierungsanspruch aus § 826 BGB 249
1. Geschlossene Regelungslücke 250
2. Keine Absenkung des Schutzniveaus 252
3. Kein Verstoß gegen völkerrechtliche Vorgaben 252
4. Fazit 252

8. KAPITEL: DER NEUE ABWEHRRECHTLICHE KONTRAHIERUNGSZWANG 254

LITERATURVERZEICHNIS 258

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Ergänzend wird verwiesen auf *Kirchner,* Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache.

ADG-E ..... Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung
AEMR ..... Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV ..... Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG-E ..... Entwurf eines Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes
Allg. VerwR ..... Allgemeines Verwaltungsrecht
a.M. ..... am Main
Bay ..... Bayern
Begr. ..... Begründer
Bes. VerwR ..... Besonderes Verwaltungsrecht
BetrAVGuaÄndG..... Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze
BGB-E ..... Gesetzentwurf zur Änderung des BGB
BGG ..... Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen
Brdbg ..... Brandenburg
BRPlPr..... Plenarprotokoll des Bundesrats
BTAPr ..... Ausschussprotokoll des Deutschen Bundestags
BTPlPr ..... Plenarprotokoll des Deutschen Bundestags
CDU ..... Christlich Demokratische Union Deutschlands
CEDAW ..... Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau
CERD ..... Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung
CRPD ..... Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen
CSU ..... Christlich-Soziale Union Bayern e.V.
d.d. Verf. ..... durch den Verfasser
dens. ..... denselben
ders. ..... derselbe
dt. ..... deutsch
E ..... Entscheidung
Einf. ..... Einführung

Einl. ..... Einleitung
ErwG ..... Erwägungsgrund
ESC ..... Europäische Sozialcharta
EU-GRCharta ..... Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuropaR ..... Europarecht
EuZW ..... Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ex-Art. ..... vorheriger Artikel
FAZ ..... Frankfurter Allgemeine Zeitung
GdW ..... Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V.
ggf. ..... gegebenenfalls
h.A. ..... herrschende Ansicht
HdbStR ..... Handbuch des Staatsrechts
HE ..... Hessen
HFR ..... Humboldt Forum Recht
IPBPR ..... Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPWSKR ..... Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
i.S.v. ..... im Sinne von
KartellR ..... Kartellrecht
KartRdsch ..... Kartell-Rundschau
NAV ..... Niederspannungsanschlussverordnung
NRW ..... Nordrhein-Westfalen
PKV ..... Verband der privaten Krankenversicherung e.V.
PWW ..... Prütting/Wegen/Weinreich
SADG-E ..... Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Soldatinnen und Soldaten vor Diskriminierung
S-Anh ..... Sachsen-Anhalt
SchuldR ..... Schuldrecht
SPD ..... Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StrEG..... Stromeinspeisungsgesetz
sog. ..... sogenannt
st.Rspr ..... ständige Rechtsprechung
ThürSpkVO ..... Thüringer Sparkassenverordnung

u.a. ..... und andere
UN-Charta ..... Charta der Vereinten Nationen
v. ..... von / vor
verb. ..... verbunden
VerlR ..... Verlagsrecht
VölkerR ..... Völkerrecht
Vorbem. ..... Vorbemerkung
WBewG ..... Wohnungsbewirtschaftungsgesetz
WM ..... Wertpapier-Mitteilungen
WuM ..... Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZeUS ..... Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZivADG-E ..... Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht
zivilr. ..... zivilrechtlich

1. KAPITEL: EINLEITUNG

I. Fragestellung

Das Rechtsphänomen Kontrahierungszwang sorgt etwa seit Ende des 19. Jahrhunderts für kontroverse Diskussionen und ist Gegenstand etlicher bedeutsamer Abhandlungen[1]. Diese kreisen vor allem um die Paradoxie eines Zwangs zum Vertragsabschluss, dem von Natur aus das Element der Freiwilligkeit innewohnt. Mit Erlass der vier Antidiskriminierungsrichtlinien durch die Europäische Gemeinschaft (EG-Antidiskriminierungsrichtlinien)[2] und ihrer – überschießenden – Umsetzung im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) im August 2006 ist die Debatte um Kontrahierungszwang neu entzündet und zum Teil mit außergewöhnlicher rhetorischer Härte bis hin zur Polemik geführt worden[3].

Der Kern des Meinungsstreits liegt in der Frage, ob sich als Rechtsfolge einer verbotenen Benachteiligung im Privatrechtsverkehr, die sich zumeist in Form einer Vertragsverweigerung äußert,[4] aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG ein Anspruch auf Vertragsabschluss herleiten lässt.[5] Die Ursachen für diesen Streit sind hingegen vielschichtig und wurzeln vor allem in der Genese des AGG, in dem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis von Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit sowie in der Dogmatik des Kontrahierungszwangs:

---

[1] Vgl. etwa *Biermann,* JherJb 32 (1893), 267 ff.; *Nipperdey,* Kontrahierungszwang (1920); *Molitor,* JherJb 73 (1923), 1; *Bülck,* Abschlusspflicht (1940); *Belke,* Geschäftsverweigerung (1966); *Bydlinski,* AcP 180 (1980), 1; *Kilian,* AcP 180 (1980), 47; *Busche,* Privatautonomie (1999); *Zöllner,* in: FS Bydlinski, S. 517 (2002).

[2] RL 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft („Anti-Rassismus-Richtlinie"), ABlEG L 180 vom 19.07.2000, S. 22-26; RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf („Rahmen-Richtlinie Beschäftigung"), ABlEG L 303 vom 02.12.2000, S. 16-22; RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen („Gender-Richtlinie"), AblEG L 269 vom 05.10.2002, S. 15-20; RL 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen („Zweite-Gender-Richtlinie"), ABlEG L 373 vom 21.12.2004, S. 37-43.

[3] *Adomeit,* NJW 2002, 1622 (1623) – „explosionsartig vermehrte[ ] Fülle von Kontrahierungszwängen", „Verdruss, dass es immer noch Rechtsverhältnisse gibt, die durch freien Vertrag zustande kommen"; *ders.,* NJW 2005, 721 (722) – „Inquisition […] über die politische Korrektheit von Gesinnungen"; *ders.,* NJW 2006, 2169 (2171) – „Gesinnungszivilrecht", „Motiverforschungsbehörde"; *Braun,* JuS 2002, 424 – „Deutschland wird wieder totalitär"; *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005), 289 (350): Diskriminierungsschutz als ein dem Zivilrecht „implantierter Fremdkörper"; *Säcker,* ZRP 2002, 286 ff. – „Tugendrepublik der neuen Jakobiner" (286), „semantische[ ] Erziehungsdiktatur" (287).

[4] *Busche,* in: Leible/Schlachter, S. 159 (165); *Schmidt-Räntsch,* NZM 2007, 6 (12); *Wrase,* ZESAR 2005, 229 (232).

[5] Vgl. zum Meinungsstand *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 240 (Fn. 1000, 1001).

- So hat der Gesetzgeber einen in den ersten Gesetzentwürfen[6] verankerten Kontrahierungszwang kommentarlos aus dem Gesetzestext des AGG gestrichen und dadurch Verunsicherung darüber ausgelöst, ob er damit einen Abschlussanspruch ausschließen oder aber dennoch verankern wollte.

- Ferner ist durch die parlamentarischen Beratungen und die Verabschiedung des AGG die seit langem schwelende Kontroverse um Verhältnis und Wechselwirkung zwischen Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit[7] entfacht worden: Während die einen unter Verweis auf Rechtfertigungszwang und Motivkontrolle rechtsgeschäftlichen Handelns den „Tod der Privatautonomie" befürchten[8] und das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot deshalb für verfassungswidrig halten[9], sehen andere im Schutz bestimmter Bevölkerungsteile vor Diskriminierung erst die Basis für eine universelle Durchsetzung der Vertragsfreiheit[10]. Die Erzwingung des verweigerten Vertragsabschlusses als Rechtsfolge einer benachteiligenden Vertragsverweigerung stellt insoweit je nach Sichtweise entweder einen noch stärkeren Eingriff in die Vertragsfreiheit oder aber eine Optimierung des Diskriminierungsschutzes dar. Die konträren Positionen beruhen in erster Linie auf differierenden Moral- und Gerechtigkeitsempfindungen und sind damit weniger juristisch denn rechtspolitisch motiviert.[11]

- Schließlich begegnet ein Kontrahierungsanspruch aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG zivilrechtsdogmatischen Bedenken, da er offenkundig maßgebliche funktionale und strukturelle Unterschiede zu herkömmlichen spezialgesetzlichen Kontrahierungspflichten aufweist: So ist er trotz seiner spezialgesetzlichen Verankerung im AGG nicht auf einen kon-

---

[6] Vgl. „Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht", 12/2001, abgedr. in DB 2002, 470 f. (§ 319e Abs. 1 S. 2 BGB-E); „Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz – ADG)", BTDrucks 15/4538 vom 16.12.2004 (§ 22 Abs. 2 ADG-E 2004).

[7] Vgl. bereits *Wendt,* Freiheit und Gleichheit im bürgerlichen Recht (1903); *Salzwedel,* in: FS Jahrreiss, S. 339 (1964); *Schmitt-Glaeser,* DÖV 1982, 384; *Otto,* Personale Freiheit und soziale Bindung (1978); *Wolfrum,* in: FS Peter Schneider, S. 515 (1990); *Bezzenberger,* AcP 196 (1996), 395; *Schiek,* Differenzierte Gerechtigkeit (2000).

[8] *Säcker,* ZRP 2002, 286 (289); vgl. auch *Picker,* JZ 2002, 880 (881), der nicht das Ende, aber doch eine ernsthafte Bedrohung für die Privatautonomie zu erkennen meint.

[9] Vgl. *Adomeit,* NJW 2006, 2169 ff.; *Picker,* FS Adomeit, S. 541 (557 f.); *Säcker,* ZRP 2002, 286 (287 ff.) zum ZivADG-E 2001; *Stork,* ZEuS 2004, 1 (50 f.) zu § 20 Abs. 2 ADG-E 2004.

[10] *Baer,* ZRP 2002, 290 (292); *Deinert,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 81; *Mahlmann,* Stellungnahme zum ADG-E 2004, S. 187 (193); *Meinel/Heyn/Herms,* AGG, 2007, § 21, Rn. 12; *Schiek,* in: Schiek, AGG, Vorbem. zu §§ 19 ff., Rn. 11; *Wrase,* ZESAR 2005, 229 (241).

[11] *Britz,* VVdStRL 64, 355 (389, 395); vgl. auch *Jestaedt,* VVdStRL 64, 289 (350).

kreten Lebenssachverhalt zugeschnitten,[12] sondern betrifft im Rahmen seines sachlichen Anwendungsbereichs[13] grundsätzlich den gesamten Privatrechtsverkehr. Zudem wird ein Abschlussanspruch aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG nicht aus einem unmittelbaren Leistungsanspruch,[14] sondern aus einem Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch hergeleitet[15].

Die Beantwortung der Streitfrage, ob sich aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG ein Abschlussanspruch ergibt, verlangt nach einer differenzierenden Analyse der gegensätzlichen Standpunkte. Erst die verfassungsrechtliche Bewertung und zivilrechtsdogmatische Einordnung dieser möglicherweise „[neu]artige[n] Kategorie des Kontrahierungszwangs“[16] schaffen eine Beurteilungsgrundlage für die Auslegung des § 21 AGG, in deren Rahmen schließlich auch die Genese der Norm zum Tragen kommt. Selbst wenn sich ein Abschlussanspruch als Rechtsfolge des § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG nicht verifizieren lässt, verspricht dessen Analyse einen Erkenntnisgewinn, da er vielfach bejaht wird[17] und damit jedenfalls fester Bestandteil der rechtswissenschaftlichen Diskussion geworden ist.

Die zentrale Fragestellung dieser Arbeit wird also sein, ob sich in § 21 AGG unter dem Deckmantel eines Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs eine neue Spezies von Kontrahierungszwang als Instrument des Diskriminierungsschutzes verbirgt.

II. Gang der Untersuchung

Ein Vertragsabschlusszwang aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG bildet den thematischen Schnittpunkt der Rechtsfigur Kontrahierungszwang mit dem Antidiskriminierungsrecht. Beide Themenkomplexe bedürfen daher zunächst einer eingehenden Beleuchtung: Im Bereich des Diskriminierungsschutzes ist neben seiner Entwicklung auf völker-, gemeinschafts- und nationalrechtlicher Ebene insbesondere das durch die EG-Antidiskriminierungsrichtlinien vorgegebene und im AGG umgesetzte zivilrechtliche Benachteiligungsverbot von Bedeutung,

---

[12] Vgl. dagegen etwa § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG (Energieversorgung); §§ 10 AEG; 22 PBefG; 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG (Personenbeförderung); § 18 Abs. 1 PostG i.V.m. § 3 PDLV (Universalpostdienstleistungen); § 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG (Kfz-Haftpflichtversicherung).

[13] Vgl. §§ 2 Abs. 1 Nr. 5-8; 19 Abs. 1, 2 AGG.

[14] Vgl. dagegen etwa §§ 18 Abs. 1 S. 1 EnWG; 22 PBefG; 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG.

[15] Dieses ist im Einzelnen streitig, vgl. zum Meinungsstand *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 255 (Fn. 1076-1078).

[16] *V. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1492).

[17] Vgl. die Nachweise bei *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 240 (Fn. 1000).

dessen Missachtung Voraussetzung und damit Grundlage eines Vertragsabschlussanspruchs aus § 21 AGG ist. Anschließend wird das Rechtsinstitut des Kontrahierungszwangs auf seine einzelnen Elemente hin untersucht.

Die Verbindung beider Themenkomplexe findet sodann unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten statt, indem die kollidierenden Grundrechtspositionen von Verpflichtetem und Berechtigtem eines Kontrahierungszwangs als Mittel des Diskriminierungsschutzes mit dem Ziel analysiert werden, sie zu einem schonenden Ausgleich zu bringen.

Der zentrale Untersuchungsabschnitt widmet sich der Verifizierung eines Vertragsabschlusszwangs aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG und seiner Abgrenzung von den herkömmlichen Erscheinungsformen des Kontrahierungszwangs. Dafür werden zunächst letztere – getrennt nach spezialgesetzlichen und allgemeinen Anspruchsgrundlagen – auf funktionale und strukturelle Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede überprüft. Die so klassifizierten herkömmlichen Kontrahierungspflichten dienen als Vergleichsgrundlage für einen Vertragsabschlussanspruch wegen Verstoßes gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. Dazu soll der bis dato nur angenommene Kontrahierungsanspruch durch Auslegung von § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG überprüft und auf seine Voraussetzungen und Durchsetzungsmöglichkeiten beleuchtet werden.

Abschließend sind die Konsequenzen zu betrachten, die sich bei Bejahung eines Kontrahierungszwangs aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG für die bisherigen Rechtsfolgen einer verbotenen Benachteiligung aus allgemeinen Vorschriften ergeben.

III. Begrenzung des Forschungsfeldes und Begriffsbestimmungen

Eine Vielzahl der herkömmlichen Kontrahierungspflichten steht offenkundig im Zusammenhang mit einer beherrschenden Anbietermarktstellung und / oder der Wahrnehmung einer Grundversorgungsaufgabe.[18] Im Rahmen dieser rein rechtswissenschaftlichen Untersuchung sollen solche Aspekte jedoch keiner ökonomischen Betrachtung unterzogen werden, sondern allein der Abgrenzung und funktionalen Klassifizierung eines Kontrahierungszwangs wegen verbotener Benachteiligung dienen.

[18] Vgl. etwa §§ 18 Abs. 1 S. 1 EnWG; 5 Abs. 1 EEG; 8 EEG; 10 AEG; 22 PBefG; 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG; 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 110 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 22, 23 Abs. 1, 3, 4 SGB XI.

Dabei werden insbesondere folgende Begrifflichkeiten für das Verständnis der Untersuchung von Bedeutung sein:

1. Synonyme für Kontrahierungszwang

Der Begriff des *Kontrahierungszwangs* wurde im Jahr 1920 als Ausdruck für den gesetzlichen Zwang zum Abschluss eines Vertrags durch *Hans Carl Nipperdey*[19] geprägt und hat sich bis dato als seine gängigste Bezeichnung gehalten[20]. Während seine inhaltlichen Elemente erst im Laufe der Untersuchung im Einzelnen zu analysieren sind, sollen an dieser Stelle synonym verwendete Begriffe dargestellt werden. So sind *(Vertrags-)Abschlusszwang*, *(Vertrags-)Abschlusspflicht* und *Abschlussverpflichtung* ebenso wie *Kontrahierungspflicht* gleichbedeutend mit dem Terminus *Kontrahierungszwang* zu verstehen und werden allein aus Gründen der sprachlichen Vielfalt verwendet. Demgegenüber wird mit *Kontrahierungsanspruch* sowie *(Vertrags-)Abschlussanspruch* der Anspruch auf Vertragsabschluss als Rechtsfolge eines Kontrahierungszwangs bezeichnet.

2. Kontrahierungszwang aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG

Die Frage, ob sich ein Vertragsabschlussanspruch aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG verifizieren lässt, wird Gegenstand einer der letzten Untersuchungsschritte sein. Sofern ein Kontrahierungsanspruch aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG bereits im Vorfeld Erwähnung findet, gilt dieser lediglich als angenommen.

3. Diskriminierung

Der Begriff *Diskriminierung* ist auf das lateinische Wort *discriminare* (unterscheiden) zurückzuführen. Im gesellschaftlichen Sprachgebrauch wird er jedoch nicht wertneutral verwendet, sondern als „rechtswidrige, sozial verwerfliche Ungleichbehandlung“ von Personen[21]. Im AGG findet sich stattdessen ausschließlich der Terminus *Benachteiligung*, womit dem Umstand Rechnung getragen werden sollte, dass es auch zulässige Fälle von Benachteiligung gibt, mithin nicht jede Benachteiligung diskriminierender Natur ist.[22] Im Rahmen die-

---

[19] Kontrahierungszwang, 1920.

[20] Vgl. z.B. *Busche*, Privatautonomie, S. 110 ff.; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (5 f.); *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 ff.; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 5 ff.; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 27 ff.

[21] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 30; demgegenüber *Picker*, in: FS Adomeit, S. 541 (547 f.), der dem Begriff der *Diskriminierung* eine Doppelbedeutung zuweist; ähnlich *Adomeit*, NJW 2002, 1622 f.

[22] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 30.

ser Untersuchung bezeichnet *Diskriminierung* jede rechtswidrige persönlichkeitsbezogene Benachteiligung von Personen.

4. Angebot und Antrag

Der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots erfasst primär Geschäfte über Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG). Dieses Zur-Verfügungstellen von Leistungen im weiteren Sinne wird im Folgenden auch als *Angebot*, *Anbieten* oder *Offerieren* bezeichnet. In Abgrenzung hiervon wird für den verbindlichen Vertragsantrag i.S.v. § 145 BGB ausschließlich der Terminus *Antrag* verwendet.

5. Daseinsvorsorge

Der Begriff der *Daseinsvorsorge* geht zurück auf *Ernst Forsthoff*[23], der damit im Jahr 1938 die Gewährleistung der für die Bürger lebensnotwendigen Leistungen der staatlichen Verwaltung als ausschließliche und zentrale Aufgabe zuwies. Mit zunehmender Industrialisierung erfuhr der Bedeutungsgehalt der Daseinsvorsorge eine erhebliche Ausweitung,[24] so dass darunter heute die flächendeckende Bereit- und Sicherstellung bezahlbarer Infrastrukturangebote für gesellschaftlich bedeutsame Leistungen in den Bereichen Wirtschaft, Kultur und Soziales zu verstehen ist, wobei sowohl hoheitliche als auch privatrechtlich organisierte Träger in Betracht kommen[25]. In diesem weiten Sinne – und synonym zu dem Begriff der Grundversorgung – ist *Daseinsvorsorge* im Folgenden zu begreifen.

---

[23] Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

[24] Ausführlich zu dieser Entwicklung *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, § 2 (S. 15 ff.).

[25] Vgl. *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: Schmidt-Aßmann, Bes. VerwR, 1. Kap., Rn. 104 ff. (S. 81 f.).

2. KAPITEL: GRUNDLAGEN UND ENTWICKLUNG DES ANTIDISKRIMINIERUNGSRECHTS

I. Einleitung

Das AGG ist in Umsetzung der vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien entstanden, welche das Verbot von Diskriminierung wiederum maßgeblich auf völkerrechtliche Menschenrechtsabkommen der jüngeren Vergangenheit stützen.[26] Bedeutsam für die Analyse des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots und seiner Rechtsfolgen ist daher zum einen, wie und mit welcher Verbindlichkeit die in den Völkerrechtsabkommen beheimateten Diskriminierungsverbote auf das nationale Recht einwirken, inwieweit sie den Zivilrechtsverkehr erfassen und damit auch Privatrechtssubjekte binden. Bedeutsam sind zum anderen die gemeinschaftsrechtlichen Hintergründe des AGG, die anhand von Struktur, Konzept und Entwicklung des europäischen Antidiskriminierungsrechts unter Einbeziehung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH beleuchtet werden sollen.

Auf grundgesetzlicher Ebene sind als mögliche Basis für ein Benachteiligungsverbot im Zivilrechtsverkehr das Sozialstaatsprinzip und die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote zu betrachten. Ein umfassendes Verständnis der §§ 19 ff. AGG verlangt schließlich einen Abriss der Entwicklung des nationalen Diskriminierungsschutzes über einfachgesetzliche allgemeine und spezielle Normen bis hin zur Entstehung des AGG.

II. Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote

1. Normative Grundlagen

a. Universelles Völkerrecht

aa. UN-Charta und AEMR

In ihrer Charta vom 26. Juni 1945[27] setzten sich die Vereinten Nationen rechtsverbindlich[28] zum Ziel, „die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unter-

---

[26] Vgl. ErwG Nr. 3 RL 2000/43/EG; ErwG Nr. 4 RL 2000/78/EG; ErwG Nr. 2 RL 2002/73/EG; ErwG Nr. 2 RL 2004/113/EG.

[27] In Kraft getreten am 24.10.1945; für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 10.06.1973, BGBl. II 1973, S. 430; dt. Übersetzung bereinigt, BGBl. II 1980, S. 1252.

[28] *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einl., Rn. 143; *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 10.

schied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu fördern und zu festigen“ (Art. 1 Nr. 3 UN-Charta)[29]. Dass die UN-Charta dabei selbst keinen Katalog von Menschen- und Freiheitsrechten beinhaltet, deutet darauf hin, dass sie dem Schutz vor Diskriminierung einen exponierten Rang einräumt.[30]

Als autoritative Auslegungsgrundlage für die Menschen- und Freiheitsrechtsgarantien der UN-Charta wird die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) der Vereinten Nationen vom 10.12.1948[31] herangezogen.[32] Sie proklamiert die Gleichheit der Menschen und ihren Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung insbesondere aufgrund der Merkmale „Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand“.[33] Als Resolution der UN-Generalversammlung ist die AEMR zwar nicht Bestandteil des Völkerrechts und damit prinzipiell unverbindlich; jedoch haben einzelne Regelungen, wie etwa der allgemeine Gleichheitssatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder des Geschlechts, den Status völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts erlangt.[34]

bb. Zivil- und Sozialpakt

Im Jahr 1966 kamen die beiden großen UNO-Pakte zustande: Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)[35] und der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR)[36]. Beide UNO-Pakte zielen in Präzisierung der AEMR auf die Verwirklichung von Würde und Gleichheit der Menschen und den tatsächlichen Genuss ihrer bürgerlichen und politischen sowie wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ab.[37]

---

[29] Vgl. auch Art. 13 Abs. 1 lit. b; 55 lit. c; 76 lit. c UN-Charta.
[30] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 10.
[31] Resolution 217 A (III) der UNO-Generalversammlung.
[32] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 11.
[33] Art. 2 Abs. 1 AEMR; vgl. auch Art. 1 S. 1; Art. 7 AEMR.
[34] *Rudolf*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 3; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 20.
[35] Vom 19.12.1966, mit Ausnahme des Art. 41 auch für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 23.03.1976, BGBl. II 1973, S. 1533.
[36] Vom 19.12.1966, auch für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 03.01.1976, BGBl. II 1973, S. 1569.
[37] Vgl. die Präambeln des IPBPR und des IPWSKR.

Der IPBPR beinhaltet einen abwehrrechtlichen Schutz der Menschenrechte gegen den Staat und damit die Menschenrechte erster Generation.[38] Diese sind nach dem akzessorischen Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 1 IPBPR ohne Unterscheidung nach Persönlichkeitsmerkmalen, insbesondere denen „der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten". Daneben statuiert Art. 26 IPBPR die staatliche Verpflichtung, „allen Menschen gegen jede Diskriminierung" Schutz zu gewähren.

Der IPWSKR soll die Sicherung der wirtschaftlichen und sozialen Existenz des Einzelnen gewährleisten und beinhaltet damit vor allem Solidar- und Teilhaberechte als Menschenrechte zweiter Generation.[39] Nach dem mit Art. 2 Abs. 2 IPBPR nahezu inhaltsgleichen – im Unterschied dazu aber abschließenden[40] – akzessorischen Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 2 IPWSKR sind auch die im Sozialpakt verankerten Rechte, wie beispielsweise auf einen angemessenen Lebensstandard einschließlich des Wohnens (Art. 11 Abs. 1), auf medizinische Versorgung (Art. 12 Abs. 2 d), auf Bildung (Art. 13 Abs. 1) und auf Teilnahme am kulturellen Leben (Art. 15 Abs. 1 a) unterschiedslos zu gewährleisten. Darüber hinaus ist gemäß Art. 3 IPWSKR die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung der verbürgten Rechte sicherzustellen.

Die Vertragsstaaten sind dazu verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den in den beiden UNO-Pakten verankerten Diskriminierungsverboten Effektivität zu verleihen.[41] Im Rahmen des Art. 26 IPBPR gilt dieses nicht nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat, sondern auch für Diskriminierung unter Privatrechtssubjekten, wie insbesondere im Arbeitsleben und im Güter- und Dienstleistungsverkehr außerhalb der Privatsphäre, was bei der Auslegung privater Verträge zu berücksichtigen ist.[42] Unmittelbare Drittwirkung kommt aber entgegen dem Wortlaut beider Präambeln (Abs. 5) weder den im IPBPR noch den im IPWSKR

---

[38] *Wendeling-Schröder,* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 21.
[39] *Wendeling-Schröder,* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 22.
[40] *Däubler,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einl., Rn. 172.
[41] Vgl. Präambel (Abs. 4); Art. 2 Abs. 2, 3; 26 IPBPR; Präambel (Abs. 4); Art. 2 Abs. 1, 2 IPWSKR.
[42] *Däubler,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einl., Rn. 165; *Schiek,* Differenzierte Gerechtigkeit, S. 22; *Schöbener/Stork,* ZEuS 2004, 43 (68).

verankerten Diskriminierungsverboten zu; unmittelbar verpflichtet werden nur die Vertragsstaaten.[43]

cc. CERD, CEDAW und CRPD

Einschlägige völkerrechtliche Diskriminierungsverbote auf der Ebene der Vereinten Nationen finden sich weiterhin im Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD)[44] aus dem Jahr 1966 und im Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)[45] aus dem Jahr 1979. Erst nach Verabschiedung der vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien und des AGG ist im Jahr 2006 zudem das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD)[46] verabschiedet worden.

Alle drei Abkommen der Vereinten Nationen erlegen den Vertragsstaaten Handlungspflichten für einen umfassenden Diskriminierungsschutz auf, wobei auch hier neben den Schutz von Menschenwürde und Gleichheit der Aspekt der „Teilhabe am bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben“[47] tritt. Die hierin angelegte Wirkung der Diskriminierungsverbote gegenüber Privaten äußert sich jedoch auch im Rahmen von CERD, CEDAW und CRPD nicht in einer unmittelbaren Drittwirkung, sondern in der staatlichen Pflicht, – insbesondere gesetzliche – Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierung durch Privatrechtssubjekte zu treffen,[48] wobei deren Privatsphäre ausgenommen bleibt[49].

---

[43] *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einl., Rn. 165; *Rudolf*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 32.

[44] Vom 07.03.1966, in Kraft getreten am 04.01.1969, für die Bundesrepublik Deutschland am 15.06.1969, BGBl. II 1969, S. 961.

[45] Vom 18.12.1979, in Kraft getreten am 03.09.1981, für die Bundesrepublik Deutschland am 09.08.1985, BGBl. II 1985, 647.

[46] Vom 13.12.2006, in Kraft getreten am 03.05.2008, für die Bundesrepublik Deutschland am 26.03.2009, BGBl. II 2008, S. 1419.

[47] Präambel (lit. y) CRPD; vgl. auch Art. 10 ff. CEDAW; Art. 1; 3 lit. c; 4 Abs. 2; 9; 19; 24 Abs. 1 lit c; 29 CRPD; Art. 5 CERD.

[48] So *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einl., Rn. 151, 158 zu CERD und CEDAW; *Delbrück*, in: FS Weber, S. 223 (227) zu CERD; *Kühner*, NJW 1986, 1397 (1399) zu CERD; *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 17; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43 (67) zu CERD; a.A. *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (409 f.) m.w.N.; vgl. hierzu Art. 2 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 S. 1; 5 lit. e und f CERD; Art. 2 lit. e CEDAW; Art. 4 Abs. 1 lit. e CRPD.

[49] Vgl. ausführlich *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 24 ff. (39 f.) zu CERD; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43 (67, 69) zu CERD und CEDAW.

b. Regionales Völkerrecht

Regionale völkerrechtliche Instrumente zum Schutz der Menschenrechte sind auf europäischer Ebene die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)[50] und die Europäische Sozialcharta (ESC)[51] des Europarats.

Die EMRK beinhaltet einen Katalog an Grund- und Menschenrechten, welche nach dem akzessorischen Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK benachteiligungsfrei sicherzustellen sind.[52] Auch Art. 14 EMRK entfaltet keine unmittelbare Drittwirkung unter Privaten, wird aber zur Begründung positiver Schutzpflichten der Unterzeichnerstaaten vor Diskriminierung im Privatrechtsverkehr herangezogen[53]. Das in Art. 1 des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK[54] statuierte allgemeine und umfassende Diskriminierungsverbot wurde von den meisten EU-Mitgliedsstaaten, so auch von Deutschland, noch nicht ratifiziert. In seinem Schutzumfang bleibt es insofern hinter dem allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbot des Art. 26 IPBPR zurück, als es Diskriminierungsschutz ausschließlich für gesetzlich verbürgte Rechte gewährt.[55] Auch lässt sich aus dem Zusatzprotokoll keine positive Pflicht der ratifizierenden Staaten zum Schutz gegen Diskriminierung unter Privatrechtssubjekten herleiten, wohl aber ein entsprechend weitergehender Auslegungsmaßstab für die sich aus Art. 14 EMRK ergebenden Schutzpflichten[56].

Mit der ESC haben sich die Mitglieder des Europarats die Gewährleistung umfassender sozialer Schutzrechte zum Ziel gesetzt, etwa des Rechts auf Arbeit (Art. 1) und auf Berufsausbildung (Art. 10), auf Schutz der Gesundheit (Art. 11), auf soziale Sicherheit (Art. 12) und Für-

---

[50] Vom 04.11.1950, auch für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 03.09.1953, BGBl. II 1952, S. 685; konsolidierte Fassung BGBl. II 2010, S. 1198.

[51] Vom 18.10.1961, auch für die Bundesrepulik Deutschland in Kraft getreten am 26.02.1965, BGBl. II 1964, S. 1261.

[52] *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einl., Rn. 183; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43 (63).

[53] *König/Peters*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 21, Rn. 72, 87.

[54] Vom 04.11.2000, in Kraft getreten am 01.04.2005, abrufbar unter http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/177.htm, letzter Aufruf am 13.03.2012; vgl. zum aktuellen Ratifizierungsstand http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=7/3/2008&CL=GER, letzter Aufruf am 13.03.2012.

[55] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 14 unter Verweis auf Art. 1 Abs. 1 des 12. Zusatzprotokolls der EMRK.

[56] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 14.

sorge (Art. 13). Die von Deutschland noch nicht ratifizierte revidierte Fassung der ESC[57] zielt darüber hinaus u.a. auf die Gewährleistung von Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung (Art. 30), des Rechts auf Wohnung (Art. 31) sowie auf die Verankerung eines umfassenden Diskriminierungsverbots (Art. E) ab. Die Vertragsstaaten binden sich an eine nach Maßgabe von Art. A Abs. 1 ESC selbst getroffene Auswahl an Schutzrechten, die sie nach Art. E ESC diskriminierungsfrei sicherstellen müssen. Da die ESC damit keine Individualrechte verbürgt, sondern nur staatliche Zielsetzungen beinhaltet, gilt sie als nicht vollzugsfähig.[58]

2. Bedeutung für das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot

a. Einfluss des Völkerrechts auf das deutsche Recht

Die Bedeutung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote für die Untersuchung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots des § 19 AGG und seiner Rechtsfolgen hängt maßgeblich davon ab, inwieweit das Völkerrecht das deutsche Recht beeinflusst. Soweit die betreffenden – vollzugsfähigen[59] – Völkerrechtsabkommen nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ratifiziert sind, haben sie den Rang einfachen Gesetzesrechts und damit unmittelbare Geltung für den Bürger.[60] Die Diskriminierungsverbote aus Gründen der Rasse oder wegen des Geschlechts zählen dagegen zum Völkergewohnheitsrecht und nehmen gemäß Art. 25 GG im deutschen Recht einen Rang zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht ein.[61] Darüber hinaus leitet sich aus der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG vor dem Hintergrund der programmatischen Zielsetzungen der Art. 23, 24 GG und der Implementation des Völkerrechts in das deutsche Rechtssystem nach Art. 25 S. 2; 59 Abs. 2 GG der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ab.[62] Danach ist im Falle eines Konfliktes zwischen national verbindlichem Völkerrecht und einer auslegungsbedürftigen innerstaatlichen Norm letztere im Sinne des Völkerrechts zu interpretieren, da „nicht anzunehmen

---

[57] Vom 03.05.1996, in Kraft getreten am 01.07.1999, abrufbar unter http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/163.htm, letzter Aufruf am 13.03.2012; vgl. zum aktuellen Ratifizierungsstand http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=7&DF=7/2/2009&CL=GER, letzter Aufruf am 13.03.2012.

[58] *Doehring*, VölkerR, Rn. 978.

[59] Zur prinzipiellen Vollzugsfähigkeit der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote vgl. *Rudolf*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 9, 38.

[60] *Rudolf*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 9, 38; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 19.

[61] *Rudolf*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 11; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 19.

[62] BVerfGE 111, 307 (316 ff.) – *EGMR-Entscheidungen*.

[ist], daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will".[63] Da schließlich auch das Gemeinschaftsrecht im Sinne des Völkerrechts auszulegen ist, wirkt dieses mittelbar auch hierüber und damit in zweifacher Weise auf das nationale Recht ein.[64]

b. Geltung völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote im Zivilrechtsverkehr

Keines der dargestellten völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote hat unmittelbare Horizontalwirkung unter Privatrechtssubjekten. Allein die jeweiligen Vertragsstaaten treffen Umsetzungspflichten, die in weiten Teilen auch den Zivilrechtsverkehr erfassen, etwa indem explizit die Beseitigung von Diskriminierung durch Privatrechtssubjekte verlangt wird[65] oder indem auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte[66] diskriminierungsfrei zu gewähren sind, namentlich „das Recht auf Zugang zu jedem Ort oder Dienst, der für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen ist, wie Verkehrsmittel, Hotels, Gaststätten, Cafés, Theater und Parks"[67]. Insofern kommt den völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten eine mittelbare Drittwirkung zu.[68] Diese ist nicht auf Gewerbetreibende beschränkt, die ihre Waren und Dienstleistungen typischerweise der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen, sondern betrifft prinzipiell auch nicht gewerblich Tätige, soweit sie außerhalb ihrer Privatsphäre agieren.[69] Die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote setzen insoweit Mindeststandards für die Ausformung des zivilrechtlichen Benachteiligungsschutzes in den Vertragsstaaten,[70] überlassen diesen aber die freie Wahl der Mittel[71] und geben insbesondere keinen Kontrahierungszwang vor[72].

---

[63] BVerfGE 74, 358 (370) – *Unschuldsvermutung*; vgl. auch *Rudolf,* in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 12.

[64] *Schiek,* in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 8.

[65] Art. 2 Abs. 1 CERD; Art. 2 lit. e CEDAW; Art. 4 Abs. 1 lit. e CRPD.

[66] Art. 5 lit. e CERD; Art. 4 Abs. 2 CRPD.

[67] Art. 5 lit. f CERD.

[68] Vgl. hierzu *Rudolf,* in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 32 ff.

[69] *Rudolf,* in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 33; *Schöbener/Stork,* ZEuS 2004, 43 (67 ff.).

[70] Vgl. *Rudolf,* in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 72.

[71] *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 131 ff.; *Kühner,* NJW 1986, 1397 (1398) für CERD.

[72] *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 21 f., 40; *Kühner,* NJW 1986, 1397 (1401) für CERD; a.A. *Delbrück,* in: FS Weber, S. 223 (237 f.); *Larenz/Wolf,* BGB-AT, § 34 IV 3 b, Rn. 43.

c. Schutzrichtung völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote

Bedeutsam für die Analyse des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots des § 19 AGG ist schließlich die Schutzrichtung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote, konkret die Frage, ob diese allein dem – abwehrrechtlichen – Schutz vor Diskriminierung oder aber auch – teilhaberechtlich – der Freiheitssicherung dienen. Die UN-Charta räumt dem Schutz vor Diskriminierung Vorrang vor der Gewährleistung der Menschen- und Freiheitsrechte ein, was impliziert, dass letztere ersteren voraussetzt.[73] IPBPR und IPWSKR zielen laut ihrer Präambeln neben der Verwirklichung von Würde und Gleichheit auch auf den Genuss der wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen und politischen Rechte ab, wobei der IPBPR den abwehrrechtlichen und der IPWSKR den teilhaberechtlichen Teil der Schutzrechtegewährleistungen beinhaltet.[74] Auch im Rahmen der UN-Nichtdiskriminierungspakte CERD, CEDAW und CRPD treten Menschenrechtsschutz und Gleichheitsgebot neben Aspekte der Teilhabe.[75] Ähnliches ergibt sich aus den regionalen Völkerrechtsinstrumenten EMRK und ESC: Während die EMRK bereits ihrem Titel nach dem Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten dient und ausdrücklich die Sicherung der den Grundfreiheiten zugrunde liegenden Menschenrechte verfolgt[76], konkretisiert die ESC in Anknüpfung daran die sozialen Freiheitsrechte.

Schließlich lassen auch die unterschiedlichen Schutzgebote zur Herstellung *tatsächlicher* Rechtsgleichheit innerhalb der Völkerrechtsübereinkommen[77] den Schluss zu, dass auf völkerrechtlicher Ebene die abwehrrechtliche und die teilhaberechtliche Komponente des Diskriminierungsschutzes einander zumindest gleichgeordnet sind, wenn nicht gar, wie *Dagmar Schiek*[78] es für das universelle Völkerrecht konstatiert, der – abwehrrechtliche – Schutz vor Diskriminierung die Voraussetzung für Freiheitssicherung darstellt.

---

[73] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 10.
[74] Siehe dazu oben in diesem Kapitel unter II 1 a bb.
[75] Siehe dazu oben in diesem Kapitel unter II 1 a cc.
[76] Vgl. Abs. 4 der Präambel der EMRK.
[77] Vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 S. 1 CERD; Art. 3 CEDAW; Art. 3 IPBPR; Art. 3 IPWSKR; vgl. hierzu *Rudolf*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 30 f.
[78] In: Schiek, AGG, Einl., Rn. 10, 13.

III. Antidiskriminierungsrecht auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene

1. Primärrechtliche Grundlagen und ihre Entwicklung

a. EWG-Vertrag

Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene entstanden mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.03.1957 (EWG-Vertrag)[79] die ersten Diskriminierungsschutzbestimmungen. Sie sind nach der Rechtsprechung des EuGH[80] Ausfluss eines zunächst ungeschriebenen allgemeinen Gleichheitssatzes als gemeinschaftsrechtlichem Grundsatz der Nichtdiskriminierung.[81]

Neben einigen speziellen Diskriminierungsverboten[82] brachte der EWG-Vertrag insbesondere das allgemeine Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 Abs. 1 AEUV[83] hervor. Dieses wird durch die vier Grundfreiheiten Warenverkehrsfreiheit (Art. 28, 34, 35 AEUV[84]), Dienstleistungsverkehrsfreiheit (Art. 56, 57 AEUV[85]), Personenverkehrsfreiheit (Art. 45, 49 AEUV[86]) und Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV[87]) konkretisiert und verfolgt damit als primären Zweck die Integration in den europäischen Binnenmarkt.[88] Zeitgleich entstand mit vergleichbarer Zielsetzung das wettbewerbliche Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV[89],[90] aus dem der EuGH[91] später bei missbräuchlicher Lieferungs- oder Lizenzierungsverweigerung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen in Anlehnung

---

[79] Auch für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 01.01.1958, BGBl. II 1957, S. 753.

[80] EuGH, Rs. C-1/72, Slg. 1972, 457, Tz. 19 – *Frilli*; verb. Rs. C-117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753, Tz. 7 – *Ruckdeschel*; verb. Rs. C-201 u. 202/85, Slg. 1986, 3477, Tz. 9 – *Klensch*; Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955, Tz. 23 – *Bostock*; Rs. C-309/96, Slg. 1997, I-7493, Tz. 18 – *Annibaldi*.

[81] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 25. Inzwischen ist der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 20 EU-GRCharta verankert.

[82] Vgl. auf dem Gebiet des Arbeitsrechts das Gebot der Entgeltgleichheit, Art. 157 AEUV (ex-Art. 119 EGV 1957; sodann ex-Art. 141 EGV), und das der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV (ex-Art. 48 EGV 1957; sodann ex-Art. 39 EGV).

[83] Ex-Art. 6 Abs. 1 EGV 1957; sodann ex-Art. 12 Abs. 1 EGV.

[84] Ex-Art. 9, 30, 34 EGV 1957; sodann ex-Art. 23, 28, 29 EGV.

[85] Ex-Art. 59, 60 EGV 1957; sodann ex-Art. 49, 50 EGV.

[86] Ex-Art. 48, 52 EGV 1957; sodann ex-Art. 39, 43 EGV.

[87] Ex-Art. 73b EGV 1957; sodann ex-Art. 56 Abs. 1 EGV.

[88] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 25, die jedoch fünf Grundfreiheiten annimmt.

[89] Ex-Art. 86 EGV 1957; sodann ex-Art. 82 EGV.

[90] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 25.

[91] Vgl. verb. Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P, Slg. 1995, S. I-743, Tz. 91 – *Magill*; Rs. C-7/97, Slg. 1998, S. I-7791, Tz. 23 ff. – *Bronner*; Rs. C-418/01, Slg. 2004, S. I-5039, Tz. 31 ff. – *IMS Health*.

an die US-amerikanische *essential-facilities-doctrine*[92] auch einen Kontrahierungszwang herleitete.

Dienten die ersten zivil- und wirtschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote des Gemeinschaftsrechts damit vor allem der Herstellung und Sicherung von Wettbewerb innerhalb der Europäischen Union, hatten also eine primär marktbezogene Dimension, so wurde den beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverboten der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV und der Entgeltgleichheit nach Art. 157 AEUV von vornherein auch eine menschenrechtliche Komponente beigemessen.[93]

b. Vertrag von Maastricht

Mit dem Vertrag von Maastricht vom 07.02.1992[94] gewann die menschenrechtliche Ausrichtung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsschutzes an Bedeutung: Unter Verweis auf die EMRK und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten wurde ein allgemeines Bekenntnis zum Schutz der Grundrechte als allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaft aufgenommen.[95] Dieses entsprach bereits der ständigen Rechtsprechung des EuGH, der einen gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz wiederholt auf die „gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten“ sowie auf „die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte […], an deren Abschluß die Mitgliedstaaten beteiligt waren“, gestützt[96] und insbesondere den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz als Unionsgrundrecht anerkannt hatte[97].

Eine weitere treibende Kraft bei der Ausdehnung des Menschenrechtsschutzes durch den Vertrag von Maastricht war die Einführung der Unionsbürgerschaft[98], die ihre zunächst unzurei-

---

[92] Danach muss der Inhaber einer wesentlichen Einrichtung auf einem Markt seinen Mitbewerbern deren Benutzung gestatten, wenn die Mitbewerber andernfalls wegen unverhältnismäßig hoher Aufwendungen oder aus anderen zwingenden Gründen nicht auf dem Markt tätig werden könnten, vgl. *Gerstner*, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern, PostG, § 28, Rn. 7.

[93] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 25 ff.; vgl. zu Art. 157 AEUV EuGH, Rs. C-43/75, Slg. 1976, 455, Tz. 8/11 – *Defrenne II*; Rs. C-249/96, Slg. 1996 I-621, Tz. 45 ff. – *Jacqueline Grant*; zu Art. 45 AEUV EuGH, Rs. C-222/86, Slg. 1987, 4097, Rn. 14 – *Heylens*.

[94] In Kraft getreten am 01.11.1993, ABlEG C 191 vom 29.07.1992.

[95] Ex-Art. F Abs. 2 EUV a.F.; jetzt Art. 6 Abs. 2 EUV.

[96] EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Tz. 41 – *ERT*; vgl. auch EuGH, Rs. C-4/73, Slg. 1974, 491, Tz. 13 – *Nold*; Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Tz. 18 – *Johnston*; Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609, Tz. 19 – *Wachauf*.

[97] EuGH, Rs. C-1/72, Slg. 1972, 457, Tz. 19 – *Frilli*; Rs. C-147/79, Slg. 1980, I-3005, Tz. 7 – *Hochstrass*; Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rn. 75 – *Mangold*.

[98] Ex-Art. 8 ff. EGV 1957; sodann ex-Art. 17 ff. EGV; jetzt Art. 20 ff. AEUV.

chende Substanz nach und nach durch die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere zum Antidiskriminierungsrecht, erhielt.[99] So wurde der persönliche Anwendungsbereich des Verbots nationaler Diskriminierung nach Art. 18 Abs. 1 AEUV auf alle Unionsbürger erweitert, unabhängig von ihrer Teilnahme am Arbeits- und Wirtschaftsleben.[100]

c. Vertrag von Amsterdam

Eine weitere erhebliche Ausweitung erfuhr der europäische Diskriminierungs- und Menschenrechtsschutz mit dem Amsterdamer Vertrag vom 02.10.1997[101]. Durch Einfügung von Art. 19 Abs. 1 AEUV[102] wurde der Gemeinschaft das Recht eröffnet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit „geeignete Vorkehrungen [zu] treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen". Die Erweiterung betraf damit neben den geschützten Merkmalen selbst auch den Anwendungsbereich des Diskriminierungsschutzes, der nicht mehr im Wesentlichen auf das Beschäftigungsrecht beschränkt blieb.[103]

Auf Grundlage von Art. 19 Abs. 1 AEUV sowie dem zur Geschlechtergleichstellung im Arbeitsleben neu erlassenen Art. 157 Abs. 3 AEUV ergingen die vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien. Beide Rechtsgrundlagen unterscheiden sich außer in ihrem sachlichen Anwendungsbereich und den geschützten Merkmalen vor allem darin, dass Art. 157 Abs. 3 AEUV einen positiven Gleichstellungsauftrag beinhaltet, während Art. 19 Abs. 1 AEUV ein rein abwehrrechtliches Ziel verfolgt[104].

d. Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Mit dem Ziel, einen europäischen Grundrechtskatalog zu schaffen, verabschiedeten die EU-Staats- und Regierungschefs auf der Konferenz von Nizza am 07.12.2000 die Charta der

---

[99] Vgl. hierzu ausführlich *Haltern*, EuropaR, Rn. 1269 ff.

[100] EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691, Tz. 61 ff. – *Sala*; Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Tz. 35 ff. – *Grzelczyk*; Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191, Tz. 25 ff. – *d'Hoop*.

[101] In Kraft getreten am 01.05.1999, ABlEG C 340 vom 10.11.1997.

[102] Ex-Art. 6a Abs. 1 EGV (1997); sodann ex-Art. 13 Abs. 1 EGV.

[103] *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (307).

[104] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 34; vgl. auch den Gesetzeswortlaut von Art. 19 Abs. 1 AEUV – „Diskriminierungen […] zu bekämpfen".

Grundrechte der Europäischen Union (EU-GRCharta)[105]. Als Bestandteil des gescheiterten Vertrags über eine Verfassung für Europa blieb sie zunächst rechtlich unverbindlich, nahm aber dennoch bereits Einfluss auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts[106]. Rechtsverbindlichkeit im Rang des gemeinschaftsrechtlichen Primärrechts erlangte die EU-GRCharta mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007[107] am 01.12.2009 aufgrund der Erklärung in Art. 6 Abs. 1 EUV.[108]

Unter Bezugnahme u.a. auf die EMRK und die ESC kodifiziert die EU-GRCharta Menschenrechte und Grundfreiheiten innerhalb der Gemeinschaft. Der Schutz der Menschenwürde nimmt darin als das „eigentliche Fundament der Grundrechte“[109] ausweislich Abs. 2 der Präambel sowie des 1. Kapitels eine herausragende Position ein und strahlt auf die nachfolgend verbürgten Grundrechte aus.[110] Das Gebot der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde in Art. 1 S. 2 EU-GRCharta beschreibt die zwei Wirkdimensionen der Grundrechte: Einerseits als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe, andererseits als staatliche Schutzpflicht vor Beeinträchtigungen durch Private.[111] Titel III der EU-GRCharta ist der Gleichheit gewidmet und normiert neben einem umfassenden abwehrrechtlichen Schutz vor Diskriminierung auch einige Teilhaberechte.[112] In dem nicht abschließenden Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 1 EU-GrCharta ist der übergreifende gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Nichtdiskriminierung mit angelegt[113]. Auch dieser hat keine unmittelbare Drittwirkung unter Privatrechtssubjekten, begründet aber mitgliedsstaatliche Schutzpflichten gegen Diskriminierung.[114]

---

[105] ABlEG C 364 vom 18.12.2000.

[106] Vgl. EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006 I-5769, Tz. 38 – *Familienzusammenführung*; verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351, Tz. 335 – *Kadi*; EuG, Rs. T-77/01, Slg. 2002, II-81, Tz. 35 – *Territorio Histórico de Álava*; Rs. T-54/99, Slg. 2002, II-313, Tz. 47 - *max.mobil Telekommunikation Service*; Rs. T-177/01, Slg. 2002, II 2365, Tz. 42, 47 – *Jégo-Quéré*; VG Lüneburg, NJW 2001, 767 (769 f.); VG Frankfurt a.M., NJW 2001, 1295 (1296).

[107] ABlEG C 306 vom 17.12.2007.

[108] *Frenz*, EuropaR, 5. Bd., Rn. 546.

[109] Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABlEG C 303/17 vom 14.12.2007.

[110] *Dauses*, Grundrechte, S. 79.

[111] *Dauses*, Grundrechte, S. 79 m.w.N.

[112] Vgl. Art. 21 EU-GRCharta gegenüber Art. 24 Abs. 1, 25, 26 EU-GRCharta.

[113] *Frenz*, EuropaR, 5. Bd., Rn. 92.

[114] Vgl. *Frenz*, EuropaR, 4. Bd., Rn. 3294; *Hölscheidt*, in: Meyer, EU-GRCharta, Art. 21, Rn. 30 f.

e. Fazit

Die Entwicklung des primärrechtlichen Gleichbehandlungsrechts zeigt eine Tendenz weg von der ursprünglich marktliberalen Konzeption, die ganz vorrangig die Integration in den europäischen Arbeits- und Wirtschaftsmarkt zum Ziel hatte, hin zur Wahrung der Menschenrechte durch Schutz der Menschenwürde und Gewährleistung einer gleichberechtigten Teilhabe des Einzelnen am gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben.[115] Die teilhaberechtlichen Ziele in Bezug auf spezielle Personengruppen[116] treten dabei neben den allgemeinen abwehrrechtlichen Schutz vor Diskriminierung aufgrund bestimmter Persönlichkeitsmerkmale[117], wobei die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien, Art. 19 Abs. 1 AEUV, rein abwehrrechtlich konzipiert ist. Unmittelbare Drittwirkung unter Privatrechtssubjekten geht von den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten nicht aus, allerdings trifft die Mitgliedsstaaten die Pflicht, ihre Bürger auch vor Diskriminierung im Privatrechtsverkehr zu schützen.

2. Die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien

a. Die Gleichstellungsrichtlinie 76/207/EWG und die Rechtsprechung des EuGH

Während sich die gemeinschaftsrechtliche Ausgestaltung des Schutzes vor Fremdenfeindlichkeit nur allmählich entwickelte, wurde auf Grundlage des EWG-Vertrags die Umsetzung des Gebotes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in den Bereichen Beschäftigung und soziale Sicherheit stetig vorangetrieben: Beginnend mit der Entgeltgleichheitsrichtlinie 75/117/EWG vom 10.02.1975[118] und der Gleichstellungsrichtlinie 76/207/EWG vom 09.02.1976[119] gelangten in der Folgezeit mehrere europäische Antidiskriminierungsrichtlinien auf diesem Gebiet zur Verabschiedung.[120]

Die Umsetzung der Gleichstellungsrichtlinie 76/207/EWG durch die Mitgliedsstaaten war Gegenstand mehrerer vielbeachteter Urteile des EuGH und führte speziell in Deutschland zu

---

[115] Vgl. auch *Blanke/Graue*, in: Däubler/Bertzbach, AGG. Einl., Rn. 231.
[116] Vgl. etwa Art. 24 Abs. 1, 25, 26 EU-GRCharta.
[117] Vgl. insbesondere Art. 21 EU-GRCharta.
[118] RL 75/117/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABlEG L 45 vom 19.02.1975, S. 19-20.
[119] RL 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABlEG L 39 vom 14.02.1976, S. 40-42.
[120] Vgl. die abschließende Auflistung bei *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (305 f., Fn. 32).

einer zweimaligen Änderung des hierzu verabschiedeten § 611a BGB, der dem Arbeitgeber die geschlechtsbezogene Benachteiligung von Bewerbern und Arbeitnehmern sanktionsbewehrt untersagte. Der EuGH entwickelte in diesem Zusammenhang die Formel von „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen", welche u.a. in den vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien ihren Niederschlag gefunden hat.[121] So erklärte er im Jahr 1984 in den Entscheidungen *von Colson und Kamann*[122] sowie *Harz*[123] die Vorschrift des § 611a Abs. 2 BGB i.d.F. vom 13.08.1980[124] mit der Begründung für gemeinschaftsrechtswidrig, dass eine Beschränkung der Haftung auf den Vertrauensschaden eine „rein symbolische Entschädigung" darstelle, die einer wirksamen Umsetzung der Gleichstellungsrichtlinie 76/207/EWG nicht genüge. Zwar hätten die Mitgliedsstaaten grundsätzlich einen Ermessensspielraum bei der Wahl der Mittel zur Umsetzung europäischer Richtlinien (Art. 288 Abs. 3 S. 1 AEUV[125]), dieser sei jedoch insofern eingeschränkt, als die erlassenen Sanktionen jedenfalls wirksam, abschreckend und verhältnismäßig auszugestalten seien.[126] Neben Entschädigungsansprüchen und Bußgeldregelungen könne auch ein Vertragsabschlusszwang eine effektive Sanktion darstellen, um das Regelungsziel der Gleichstellungsrichtlinie 76/207/EWG zu erreichen, zwingend sei dessen Normierung aber nicht.[127]

Diese Rechtsprechung zum Sanktionenrecht konkretisierte der EuGH mit den Entscheidungen *Dekker*[128] und *Marshall II*[129] im Hinblick auf zivilrechtliche Haftungsmodelle bei Verstoß gegen die Gleichstellungsrichtlinie 76/207/EWG. So seien die Anforderungen an eine wirksame Sanktion nur dann erfüllt, wenn bereits der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot selbst zur vollen Haftung des Benachteiligenden führe, diese also weder von einem Verschulden noch von dem Vorliegen von Rechtfertigungsgründen abhänge.[130]

In der Rechtssache *Draehmpaehl*[131] bekräftigte der EuGH in Bezug auf den neu gefassten § 611a BGB i.d.F. vom 24.06.1994[132] nicht nur die Richtlinienwidrigkeit eines Verschuldens-

---

[121] *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (361 f.).
[122] EuGH, Rs. C-14/83, Slg. 1984, 1891, Tz. 24.
[123] EuGH, Rs. C-79/83, Slg. 1984, 1921, Tz. 24.
[124] BGBl. I 1980, S. 1308.
[125] Ex-Art. 189 Abs. 3 EGV 1957; sodann ex-Art. 249 Abs. 3 EGV.
[126] EuGH, Rs. C-14/83, Slg. 1984, 1891, Tz. 23; EuGH, Rs. C-79/83, Slg. 1984, 1921, Tz. 23.
[127] EuGH, Rs. C-14/83, Slg. 1984, 1891, Tz. 18; EuGH, Rs. C-79/83, Slg. 1984, 1921, Tz. 18.
[128] EuGH, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941.
[129] EuGH, Rs. C-271/91, Slg. 1993, I-4367.
[130] EuGH, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941, Tz. 24 f.
[131] EuGH, Rs. C-180/95, Slg. 1997, I-2195, Tz. 17 f., 29.

erfordernisses, sondern konstatierte im Zusammenhang mit der gemeinschaftsrechtlichen Unvereinbarkeit einer Haftungshöchstgrenze, dass die Mitgliedsstaaten Sorge dafür zu tragen hätten, „daß Verstösse gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstösse gegen das nationale Recht“.

b. Die vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien

Auf Grundlage der mit dem Amsterdamer Vertrag erlassenen Art. 19; 157 Abs. 3 AEUV wurden – in weitreichender Anlehnung an die Gleichstellungsrichtlinie 76/207/EWG[133] – zwischen 2000 und 2004 die vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien verabschiedet. Während die Rahmen-Richtlinie Beschäftigung 2000/78/EG und die Gender-Richtlinie 2002/73/EG allein auf Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf abzielen und daher für den Gang dieser Untersuchung keine maßgebliche Rolle spielen, betreffen die Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG unter anderem und die Zweite-Gender-Richtlinie 2004/113/EG ausschließlich den allgemeinen Zivilrechtsverkehr.

Neben Umfeldvorgaben zur „Schaffung eines [allgemeinen] Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung“[134] beinhalten die vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien auch Kernvorgaben zum Schutz des Einzelnen vor Benachteiligung[135] und bezwecken übergeordnet die Herstellung eines EU-weiten Mindeststandards beim Diskriminierungsschutz[136]. Ihre inhaltlichen Ziele „Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen“[137], „Entwicklung demokratischer und toleranter Gesellschaften […], die allen Menschen – ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft – eine Teilhabe ermöglichen“[138] sowie ganz allgemein „die Bekämpfung jeder Art von Diskriminierung“[139] bezwecken damit zum einen eine Veränderung des gesellschaftlichen und beruflichen Umfelds in den Mitgliedsstaaten, zum anderen den individuellen Schutz deren Bürger.

---

[132] BGBl. I 1994, S. 1406.

[133] *Schmidt-Räntsch,* NZM 2007, 6 (7).

[134] So Art. 1 RL 2000/43/EG; Art. 1 RL 2000/78/EG; vgl. auch Art. 1 RL 2004/113/EG.

[135] *Busche,* in: Leible/Schlachter, S. 159 (160 ff.); *Wendeling-Schröder,* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 2.

[136] *Busche,* in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 117; *Nickel,* NJW 2001, 2668 (2669); vgl. auch Art. 6 RL 2000/43/EG; Art. 8 RL 2000/78/EG; Art. 8b Abs. 2 RL 2002/73/EG; Art. 7 RL 2004/113/EG (Mindestanforderungen).

[137] ErwG Nr. 5 RL 2004/113/EG; vgl. auch Nr. 4 RL 2002/73/EG.

[138] ErwG Nr. 12 RL 2000/43/EG.

[139] ErwG Nr. 6 RL 2000/78/EG.

Durch spezifische Maßnahmeregelungen soll der Einzelne erreicht und nicht nur in den Arbeitsmarkt, sondern darüber hinaus umfassend in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben integriert werden.[140] Ausweislich der Erwägungsgründe[141] beruhen diese Ziele u.a. darauf, dass die EU-Mitgliedsstaaten die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und den Schutz vor Diskriminierung in verschiedenen völkerrechtlichen Abkommen als Menschenrecht anerkannt haben und speziell die Gleichstellung der Geschlechter als Grundprinzip der Europäischen Union achten. Damit bezwecken die vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien die Herstellung tatsächlicher Gleichbehandlung unter zwei verschiedenen Zielsetzungen: Zum einen als Mittel der Marktregulierung als ursprünglichem Motiv des europäischen Antidiskriminierungsrechts, zum anderen zur Wahrung der Menschenwürde als der neuen zweiten Dimension des Gleichbehandlungsrechts.[142] Im Ergebnis wurde durch Erlass der vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien der gemeinschaftsrechtliche Schutz vor Diskriminierung vor allem dadurch erheblich ausgeweitet und gestärkt, dass er sich nunmehr neben dem Geschlecht auch auf zahlreiche weitere Persönlichkeitsmerkmale erstreckt und nicht nur vor staatlicher Diskriminierung, sondern über Beschäftigungsverhältnisse hinaus auch im allgemeinen Zivilrechtsverkehr vor Benachteiligung durch Privatrechtssubjekte schützt.[143]

IV. Deutsches Antidiskriminierungsrecht

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Ein grundgesetzlicher Auftrag an den Gesetzgeber zum Schutz vor Diskriminierung im Privatrechtsverkehr lässt sich zum einen auf das in Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip, zum anderen auf die speziellen Gleichheitsgebote des Art. 3 Abs. 2, 3 GG stützen.[144]

---

[140] *Wendeling-Schröder,* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 5.

[141] Vgl. ErwG Nr. 3 RL 2000/43/EG; ErwG Nr. 4, 6 RL 2000/78/EG; ErwG Nr. 2 RL 2002/73/EG; ErwG Nr. 2 RL 2004/113/EG sowie zur Gleichstellung der Geschlechter ErwG Nr. 4 RL 2002/73/EG; ErwG Nr. 4 RL 2004/113/EG.

[142] *Blanke/Graue,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einl., Rn. 237; in diesem Sinne auch *Mahlmann,* in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 1, Rn. 54 f., § 3, Rn. 19 ff.; vgl. auch *Picker,* in: FS Adomeit, S. 541 (542 ff.), der darin einen Zielkonflikt sieht.

[143] Vgl. *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005), 289 (315 f.).

[144] *Zinsmeister,* Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 102 ff. zur Geschlechterdiskriminierung.

a. Sozialstaatsprinzip

Während das Sozialstaatsprinzip nach traditioneller Vorstellung als alleinige Grundlage für den Ausgleich wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Gleichgewichtsverschiebungen herangezogen wurde,[145] wird es nach heute überwiegender Auffassung als Staatszielbestimmung aufgefasst, aus der nur im Zusammenwirken mit anderen Grundrechtsgewährleistungen Handlungspflichten des Staates folgen.[146] Insbesondere in Verbindung mit Art. 3 GG kann der Sozialgesetzgeber verpflichtet sein, einfachgesetzliche Maßnahmen zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit und zum Abbau wirtschaftlicher und sozialer Benachteiligung zu schaffen.[147]

Aus dem Sozialstaatsprinzip leitet sich darüber hinaus ein allgemeines Gerechtigkeitsprinzip ab, welches eine distributive (austeilende) und eine kommutative (ausgleichende) Komponente beinhaltet.[148] Dieses soziale Gerechtigkeitsprinzip hat über die Generalklauseln auch Eingang in das bürgerliche Recht gefunden und begrenzt die liberalen Grundwerte des Zivilrechts durch Gerechtigkeitsaspekte insbesondere ausgleichender Natur.[149] Damit sind auch Vertragsrechtsverhältnisse unter Privatrechtssubjekten nicht nur teilweise nach sozialstaatlichen Grundsätzen reglementiert[150], sondern immer auch auf ein Mindestmaß an Sozialverträglichkeit überprüfbar.

b. Verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote

Das deutsche Antidiskriminierungsrecht basiert auf grundgesetzlicher Ebene insbesondere auf den besonderen Gleichheitssätzen des Art. 3 Abs. 2, 3 GG.[151] Der als klassisches Abwehrrecht ausgestaltete Art. 3 Abs. 3 GG[152] wie der – zumindest auch – abwehrrechtlich konzipierte Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG[153] wurzeln in dem Schutz der Menschenwürde und verbieten in erster Linie staatliche Benachteiligung, Herabsetzung und Ausgrenzung wegen der geschützten

---

[145] Vgl. etwa *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, § 111, Rn. 132.

[146] *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 124; *Herdegen*, VSSR 1992, 245 (248 f.); *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 102 f.

[147] Vgl. BVerfGE 27, 253 (270) – *Kriegsfolgeschäden*; 33, 303 (331 f.) – *numerus clausus I*; 40, 121 (133 f.) – *Waisenrente II*; 45, 376 (387 ff.) – *Unfallversicherung*; 94, 241 (263) – *Kindererziehungszeiten*.

[148] *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 363; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 34.

[149] Vgl. *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 361 ff.

[150] Z.B. das Wohnraummietrecht, §§ 549 ff. BGB.

[151] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 38.

[152] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 38 m.w.N.

[153] BVerfGE 3, 225 (240) – *Gleichberechtigung*; 85, 191 (206 f.) – *Nachtarbeitsverbot*; 89, 276 (285) – *§ 611a BGB*; *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 107.

Merkmale[154]. Auch persönlichkeitsbezogene Diskriminierungen jenseits der Anwendungsbereiche der Art. 3 Abs. 2, 3 GG unterfallen einem auf Art. 3 Abs. 1 GG zu stützenden und am Maßstab der Verhältnismäßigkeit auszurichtenden Differenzierungsverbot.[155] Der anzulegende Bewertungsmaßstab ist hier jedoch weniger streng[156] und hängt maßgeblich von den Umständen des Einzelfalles ab[157].

Inwiefern die Grundrechte im Allgemeinen und speziell die Differenzierungsverbote des Art. 3 GG darüber hinaus auch unter Privatrechtssubjekten Wirkung entfalten, ist heftig umstritten und soll im Rahmen der verfassungsrechtlichen Erwägungen zu Kontrahierungszwang im Spannungsverhältnis von Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit vertieft werden.

2. Diskriminierungsschutz über allgemeine Zivilrechtsnormen

a. Rechtsgrundlagen

Soweit eine Ausstrahlungswirkung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote in zivilrechtliche Rechtsverhältnisse angenommen wird, entfaltet sie sich vor allem über die Generalklauseln der §§ 138; 826 BGB sowie über den unbestimmten Rechtsbegriff des „sonstigen Rechts“ nach § 823 Abs. 1 BGB.[158]

Gemäß § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen die guten Sitten verstößt; § 826 BGB verpflichtet denjenigen zum Schadensersatz, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt. Sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligungen im Privatrechtsverkehr aufgrund bestimmter askriptiver Persönlichkeitsmerkmale, wie etwa ethnischer Herkunft, Alter, Geschlecht oder einer Behinderung, werden

---

[154] *Wiedemann/Thüsing*, DB 2002, 463 (464).
[155] *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 49.
[156] BVerfGE 85, 191 (206) – *Nachtarbeitsverbot*; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 49.
[157] *Bergmann*, in: Hömig, GG, Art. 3, Rn. 5.
[158] Grundlegend BVerfGE 7, 198 (206) – *Lüth*; vgl. auch 81, 242 (256) – *Handelsvertreter*; *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1493); *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 4, Rn. 64 ff.; *Wendtland*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 1, Rn. 2.

teilweise als Verstoß gegen die Wertungen des Art. 3 GG angesehen und sollen damit als Sittenwidrigkeit ohne Weiteres den Tatbestand des § 138 BGB bzw. des § 826 BGB erfüllen.[159]

Als „sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB wird u.a. das Allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt, welches neben anderen Schutzgütern die persönliche Ehre und den sozialen Geltungsanspruch umfasst und zur Wahrung der Menschenwürde die „engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen" sicherstellen soll[160]. Für Benachteiligungen aus Gründen der Abstammung und Rasse sowie wegen des Geschlechts ist deshalb anerkannt, dass sie ohne Weiteres das Allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzen und den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB verwirklichen.[161]

b. Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch

Ein Kontrahierungszwang wegen diskriminierender Vertragsverweigerung wird ganz überwiegend auf § 826 BGB gestützt[162] und prinzipiell nur unter bestimmten anbieter- und leistungsbezogenen Umständen bejaht. Diese haben sich im Laufe des 20. Jahrhunderts vom Monopolmissbrauch weg, hin zu dem Missbrauch einer Versorgungsaufgabe verlagert: So knüpfte das RG[163] den allgemeinen Kontrahierungszwang primär an den Missbrauch einer rechtlichen oder faktischen Monopolstellung und verlangte darüber hinaus nur teilweise und nicht

---

[159] Vgl. BGHZ 70, 313, 325; *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 138, Rn. 21, jetzt nur noch für Fälle in denen das AGG nicht einschlägig und damit nicht vorrangig ist; *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (395 ff.); *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1492 f.); *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, S. 35, 145 ff.; weitergehend *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (236 f.), der in den verfassungsrechtlichen Wertungen gegen Diskriminierung ein ungeschriebenes gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB sieht und damit eine unmittelbare Drittwirkung bejaht.

[160] BVerfGE 54, 148 (153) – *Eppler*; vgl. auch *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1493).

[161] *V. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1493) m.w.N.; weitergehend *Salzwedel*, in: FS Jahrreiss, S. 339 (346 f.), der Diskriminierungen wegen aller Differenzierungsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 GG als Persönlichkeitsrechtsverletzung betrachtet.

[162] BGH NJW 1990, 761 (762 f.); OLG Celle, BB 1971, 1120; LG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 1250; *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (427 f.); *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 519; *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, § 20 IV 2 c (Rn. 113); *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 272 ff.; *Jauernig*, in: Jauernig, BGB, vor § 145, Rn. 11; *Looschelders*, SchuldR-AT, Rn. 115; *Reichert*, Abschlusszwang, S. 113 ff.; *Schellhammer*, SchuldR, Rn. 1888; *Wolf*, in: Soergel, BGB, Vor § 145, Rn. 53; teilweise wird ein allgemeiner Kontrahierungsanspruch auch aus Verschulden bei Vertragsabschluss hergeleitet: BGHZ 40, 23 (26); 108, 200 (207 f.); 120, 281 (284 f.); BGH BB 1974, 1039 (1040); BGH NJW 1965, 812 (814); 1993, 520 (521); *v. Craushaar*, JuS 1971, 127 (129 ff.); *Hackl*, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, S. 49 ff.; *Hohloch*, NJW 1979, 2369 (2374); *Larenz*, SchuldR-AT, § 9 I a 3 (S. 113); *Reichert*, Abschlusszwang, S. 142 f.; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 398 ff.; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR-AT, Rn. 57; *Wolf*, in: Soergel, BGB, Vor § 145, Rn. 55; vereinzelt auch aus § 823 Abs. 1 BGB: BGHZ 36, 91 (94) – *Gummistrümpfe*; *Delbrück*, in: FS Weber, S. 223 (233); für alle drei Anspruchsgrundlagen *Harke*, SchuldR-AT, Rn. 44.

[163] RGZ 48, 114 (127) – *Dampfschifffahrtsgesellschaft*; 132, 273 (276) – *Stromsperre II*; 133, 388 (391) – *Theaterkritiker*; 143, 24 (32) – *Stromlieferung*; 148, 364 (372 f.) – *Eau de Cologne*.

immer eindeutig die Wahrnehmung einer öffentlichen Zwecken dienenden Aufgabe.[164] Erst allmählich gewann die leistungsbezogene Komponente als „öffentliche Zweckbestimmung“[165], „Belange der Allgemeinheit“[166] oder „Befriedigung notwendiger Lebensbedürfnisse“[167] neben der marktbezogenen Komponente der Monopolstellung und der verhaltensbezogenen Komponente des Missbrauchs an Relevanz.[168] Gleichzeitig deutete sich bereits eine Lockerung des Monopolerfordernisses an, indem das RG statt der Marktbeherrschung auch die mangelnde Ausweichmöglichkeit für den Nachfrager genügen ließ.[169] Diese Entwicklung hat sich in der Rechtsprechung des BGH insofern fortgesetzt, als er die rein wirtschaftliche Abhängigkeit von dem Anbieter ausreichen lässt, dafür aber verstärkt auf leistungsbezogene Aspekte abstellt und die Befriedigung eines dem Normalbedarf entsprechenden oder gar lebenswichtigen Bedürfnisses verlangt.[170]

Auch im frühen Schrifttum zum allgemeinen Kontrahierungszwang wurde die Monopolstellung des Anbieters zunächst als die maßgebliche – wenn auch zumeist nicht alleinige[171] – Voraussetzung angesehen.[172] Eine Lockerung der Voraussetzungen an die Marktstellung des Anbieters findet sich bereits bei *Hans Carl Nipperdey*[173], der es genügen lassen wollte, dass der Anbieter den Vertragsabschluss trotz Angewiesenheit des Nachfragers auf die Ware verweigert und damit je nach moralischem Maßstab sittenwidrig handelt. Mit sehr unterschiedlicher Akzentuierung trat im übrigen Schrifttum der Aspekt der Marktstärke allmählich hinter dem der Leistungsrelevanz bzw. des Versorgungsgedankens zurück, ohne jedoch gänzlich aufgegeben zu werden.[174]

---

[164] Ausführlich hierzu *Busche*, Privatautonomie, S. 162 ff.
[165] RGZ 48, 114 (127) – *Dampfschifffahrtsgesellschaft*.
[166] RGZ 148, 364 (372) – *Eau de Cologne*.
[167] RGZ 148, 364 (373) – *Eau de Cologne*; vgl. auch 143, 24 (32) – *Stromlieferung*.
[168] *Busche*, Privatautonomie, S. 169.
[169] RGZ 115, 218 (220) – *Kölner Speditionsverein*; 106, 386 (388) – *Transportmonopol III*; vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 168.
[170] BGH WM 1969, 1296 (1267 f.) – *Verkehrsflughafen*; BGH NJW 1980, 186 – *Hamburgischer Anwaltsverein*; BGH NJW 1990, 761 (762 f.) – *Krankenhausbehandlungsverträge*; BGH WM 1994, 1670 (1671 f.) – *Spielbank Travemünde*; ausführlich hierzu *Busche*, Privatautonomie, S. 170 ff.
[171] So aber *Flume*, BGB-AT II, S. 612 f.
[172] Vgl. etwa *Biermann*, JherJb 32 (1893), 267 (280 ff., 286 ff.); *Herzog*, KartRdsch. 1932, 521 (524 ff.); *Jung*, DJZ 1916, Sp. 178 (182 f.).
[173] JW 1931, 3104.
[174] *Belke*, Geschäftsverweigerung, S. 433, Fn. 8 – „’daseinswichtige[ ]‘ Güter“; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (36 f.) – „Normalbedarf“; *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 I a (S. 43) – „Leistungen […], die heute jeder mehr oder weniger benötigt“; vgl. hierzu den Überblick bei *Busche*, Privatautonomie, S. 183 ff.

Kann in dieser Entwicklung, wie *Jan Busche*[175] konstatiert, durchaus eine Abkehr von der Voraussetzung des Monopolmissbrauchs im engeren Sinne gesehen werden, so ist doch die Rolle des Anbieters auf dem Markt nach wie vor ein tragender Aspekt für den allgemeinen Kontrahierungszwang aus § 826 BGB. Dieser ist nach heute herrschender Auffassung[176] bei diskriminierender, zumindest aber sachwidriger Vertragsverweigerung nur im Falle des Missbrauchs einer beherrschenden Marktstellung oder aber des Missbrauchs einer Versorgungs- oder ähnlichen Aufgabe mit öffentlicher Zweckbestimmung zu bejahen, was an späterer Stelle der Untersuchung noch eingehend zu beleuchten sein wird.

3. Entwicklung spezialgesetzlicher Diskriminierungsverbote

Da im Wege der mittelbaren Drittwirkung der speziellen Gleichheitssätze über die Generalklauseln offenbar ein ausreichender Schutz vor Diskriminierung unter Privatrechtssubjekten gegeben schien, kamen spezialgesetzliche Diskriminierungsverbote in Deutschland nur schleppend zur Entstehung und beschränkten sich vorerst insbesondere auf das Erwerbsleben[177].[178]

Erste Entwürfe für ein breit angelegtes Antidiskriminierungsgesetz[179], das insbesondere auch den allgemeinen Zivilrechtsverkehr erfassen sollte, wurden Mitte bis Ende der neunziger Jahre vorgelegt, aber nicht weiter vorangetrieben.[180] Nach der Jahrtausendwende bekam die Antidiskriminierungsdebatte erneut Auftrieb durch eine Neuausrichtung der Behindertenpolitik, die neben den Gleichstellungsnormen §§ 554a BGB; 81 SGB IX auch das Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) hervorbrachte.

---

[175] Privatautonomie, S. 177, 182; so auch *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 190; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 148.

[176] Vgl. etwa *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1491, 1495); *Kramer*, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, Vor § 145, Rn. 13 m.w.N.; *Neuner*, in: Leible/Schlachter, S. 73 (81); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, Einl. AGG, Rn. 2.

[177] Vgl. etwa § 611a BGB (aufgehoben); § 7 BRRG (aufgehoben); § 9 S. 1 BBG; §§ 67; 105 S. 2 BPersVG; § 75 Abs. 1 BetrVG.

[178] *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. I, S. 4.

[179] Entwurf eines Gesetzes gegen Rassismus und die Diskriminierung ausländischer Bürgerinnen und Bürger (Antirassismusgesetz) vom 19.05.1995, BTDrucks 13/1466; Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung und zur Stärkung von Minderheitenrechten (Antidiskriminierungs- und Minderheitenrechtsgesetz) vom 20.01.1998, BTDrucks 13/9706; Entwurf eines Gesetzes zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes des Artikels 3 Grundgesetz (Gleichbehandlungsgesetz) vom 09.03.1998, BTDrucks 13/10081.

[180] *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. I, S. 4.

Nachhaltig beschleunigt wurde der Entstehungsprozess eines deutschen Antidiskriminierungsgesetzes erst durch den Erlass und die Vorgaben der vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien. Zu deren Umsetzung reichte nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH[181] und der überwiegenden Auffassung im deutschen Schrifttum[182] die Auslegung bestehender Rechtsvorschriften nicht aus. Vielmehr war zur Wahrung des gemeinschaftsrechtlichen Transparenzgebotes ein eindeutiger Rechtssetzungsakt erforderlich.

4. Die Entstehung des AGG

a. Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums vom 10.12.2001

Im Dezember 2001 stellte das Bundesjustizministerium der Regierungskoalition aus SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Umsetzung der Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG einen ersten Entwurf für ein zivilrechtliches Antidiskriminierungsgesetz vor. Der „Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht“ (ZivADG-E 2001)[183] beinhaltete eine auf das allgemeine Schuldrecht zugeschnittene und beschränkte[184] Änderung des BGB durch Einfügung des Untertitels „Verbotene Benachteiligung“ (§§ 319a bis 319e BGB-E).

Im Zusammenwirken mit der noch umzusetzenden parallelen Rahmen-Richtlinie Beschäftigung 2000/78/EG wurde mit dem ZivADG-E 2001 ein umfassender Diskriminierungsschutz im Zivil- und Arbeitsrecht angestrebt.[185] Das Benachteiligungsverbot sollte sich deshalb nach § 319a BGB-E über die von der Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG vorgeschriebenen Merkmale Rasse und ethnische Herkunft hinaus auch auf das Geschlecht, die sexuelle Identität, die Religion und Weltanschauung, das Alter und eine Behinderung, mithin auf alle von Art. 19 Abs. 1 AEUV erfassten Merkmale erstrecken.

Die geplante Integration der Vorschriften in das BGB zulasten eines zivilrechtlichen Spezialgesetzes wurde damit begründet, dass dieses „schnell als entlegene Spezialmaterie begriffen“

---

[181] EuGH, Rs. C-365/93, Slg. 1995, I-499, Tz. 9; Rs. C-144/99, Slg. 2001, I-3541, Tz. 14, 17, 21; EuZW 2005, 444.

[182] *Armbrüster*, KritVj 2005, 41 (42); *ders.*, ZRP 2005, 41; *S. Braun*, AnwBl 2002, 569 (570); *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (163 f.); *Reichold/Hahn/Heinrich*, NZA 2005, 1270 (1271 f.); *Schiek*, NZA 2004, 873 (878); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 4; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 11; a.A. *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1492 ff.); *Picker*, JZ 2003, 540 (545).

[183] S.o. Fn. 6.

[184] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 3; vgl. auch Begründung des ZivADG-E 2001, S. 42 (Fn. 6).

[185] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 3.

würde, während jenes als „die zentrale Regelung des deutschen Zivilrechts“ diejenigen Vorschriften beinhalte, die „als das Rechtsleben bestimmend wahrgenommen“ würden.[186] Da das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot den diskriminierungsfreien Abschluss von Verträgen und deren Gestaltung bezwecke, sei es im allgemeinen Schuldrecht thematisch an richtiger Stelle verankert.[187] Gesetzliche Schuldverhältnisse, etwa aus Geschäftsführung ohne Auftrag, sollten damit vom Anwendungsbereich der §§ 319a ff. BGB-E ausgeschlossen sein.

Als Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot sah § 319e Abs. 1 BGB-E neben Ansprüchen auf Unterlassung und Entschädigung einen *Folgenbeseitigungsanspruch*[188] vor. Dieser sollte nach Maßgabe von § 319e Abs. 1 S. 2 BGB-E auch den Anspruch auf Abschluss eines verweigerten Vertrags umfassen.

Nach kontroversen gesellschaftlichen[189] und rechtswissenschaftlichen[190] Diskussionen über den ZivADG-E 2001 nahm die wiedergewählte rot-grüne Bundesregierung in der neuen Legislaturperiode ausdrücklich Abstand von ihm[191]. Im Juli 2003 bzw. im Dezember 2003 liefen die Umsetzungsfristen für die Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG[192] und die Rahmen-Richtlinie Beschäftigung 2000/78/EG[193] ergebnislos ab, woraufhin die EU-Kommission im Juli 2004 zwei Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtumsetzung der Richtlinien gegen

---

[186] Begründung des ZivADG-E 2001, S. 22 (Fn. 6).

[187] Vgl. Begründung des ZivADG-E 2001, S. 21 f. (Fn. 6).

[188] Ein solcher ist – jedenfalls seiner Terminologie nach – dem Vertragsrecht fremd, vgl. *Schmidt-Räntsch,* NZM 2007, 6 (14); *Wiedemann/Thüsing,* DB 2002, 463 (469); vgl. hierzu die Begründung des ZivADG-E 2001, S. 50 f. (Fn. 6).

[189] Vgl. etwa *DAS GRUNDEIGENTUM* 08/2002 vom 16.04.2002, S. 497 – „Entsetzen und Wut der privaten Wohnungsvermieter“; *DER SPIEGEL* 12/2002 vom 18.03.2002, S. 18 – „Klagewelle von Atheisten“; SPIEGEL ONLINE vom 23.04.2002, abrufbar unter http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,193308,00.html, letzter Aufruf am 13.03.2012 – „Sprengstoff für die Wirtschaftsordnung“.

[190] Vgl. etwa *Adomeit,* NJW 2002, 1622 f.; *ders.,* NJW 2003, 1162; *Baer,* ZRP 2002, 290 ff.; *Braun,* JuS 2002, 424 f.; *S. Braun,* AnwBl 2002, 569 ff.; *v. Koppenfels,* WM 2002, 1489 ff.; *Neuner,* JZ 2003, 57 ff.; *Picker,* JZ 2002, 880 ff.; *Säcker,* ZRP 2002, 286 ff.; *Wiedemann/Thüsing,* DB 2002, 463 ff.; *Wölfl,* ZRP 2003, 297.

[191] Vgl. *SPIEGEL ONLINE* vom 04.06.2002, abrufbar unter http://www.spiegel.de/politik/deutschland /0,1518,199269,00.html, letzter Aufruf am 13.03.2012 – „Diskriminierung bleibt legal“; *FOCUS* 16/2002 vom 15.04.2002, S. 56 – „Heimlich kassiert“ sowie Pressemitteilung Nr. 297 der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 04.06.2002, http://www.nrwgegendiskriminierung.de/de/docs/pdf/PM297.pdf, letzter Aufruf am 13.03.2012.

[192] Vgl. Art. 16.

[193] Vgl. Art. 18.

die Bundesrepublik Deutschland vor dem EuGH anstrengte,[194] die beide zur Verurteilung führten[195].

b. ADG-Entwurf der Bundesregierung vom 16.12.2004

Im Dezember 2004 stellte die Bundesregierung einen neuen Gesetzentwurf vor, der die Umsetzung der Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG, der Rahmen-Richtlinie Beschäftigung 2000/78/EG sowie der zwischenzeitlich verabschiedeten Gender-Richtlinie 2002/73/EG in einem einheitlichen „Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung“ (ADG-E 2004)[196] auf den Gebieten des Arbeits- und öffentlichen Dienstrechts, des Zivil- und Sozialrechts vorsah[197]. Mit dem ADG-E 2004 wurde der im ZivADG-E 2001 gewählte umfassende Ansatz weiterverfolgt und Benachteiligungsschutz über die Richtlinienvorgaben hinaus auch außerhalb des Arbeitsrechts grundsätzlich auf alle von Art. 19 Abs. 1 AEUV geschützten Merkmale erstreckt.[198] Die überschießenden zivilrechtlichen Regelungen wurden jedoch in Anlehnung an die neu verabschiedete Zweite-Gender-Richtlinie 2004/113/EG auf Massengeschäfte und Privatversicherungen beschränkt.[199] Insoweit differenzierte der ADG-E 2004 im Rahmen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots mit abgestuften Schutzgewährleistungen erstmals zwischen Massengeschäften, ihnen gleichgestellten Geschäften und privatrechtlichen Versicherungsverträgen einerseits sowie sonstigen zivilrechtlichen Schuldverhältnissen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 ADG-E 2004 anderseits.[200] Eine Neuerung stellte die geplante Einrichtung einer unabhängigen Antidiskriminierungsstelle beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gemäß §§ 26 ff. ADG-E 2004 dar.

Als Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot normierte § 22 Abs. 1, 3 ADG-E 2004 Beseitigungs- und Unterlassungs-, Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche und bestimmte in § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 wiederum spezielle Voraus-

---

[194] Vgl. dazu die Pressemitteilung der EU-Kommission vom 19.07.2004, abgedruckt in EuZW 2004, 484.

[195] Mit Urteil vom 28.04.2005 (EuGH C-329/04, teilweise abgedruckt in EuZW 2005, 444) und mit Urteil vom 23.02.2006 (EuGH C-43/05, abgedruckt in EuZW 2006, 216) stellte der EuGH fest, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre Umsetzungspflichten aus der Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG bzw. der Rahmen-Richtlinie Beschäftigung 2000/78/EG (mit Ausnahme des Merkmals „Alter“, für das die Umsetzungsfrist verlängert worden war) verletzt hatte.

[196] BTDrucks 15/4538 vom 16.12.2004.

[197] Begr. des ADG-E 2004, ebenda, S. 2 f., wonach lediglich das Gesetz zum Schutz der Soldatinnen und Soldaten vor Diskriminierung (SADG) eigenständig sein sollte.

[198] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 4.

[199] *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. I, S. 6.

[200] Vgl. § 20 Abs. 1, 2 ADG-E 2004.

setzungen für einen Kontrahierungsanspruch[201]. Die zum Zwecke einer Sachverständigenanhörung durch den Bundestagsausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 07.03.2005 eingeholten Stellungnahmen[202] beurteilten die Verfassungsmäßigkeit, Praktikabilität und Zweckmäßigkeit eines Kontrahierungszwangs im Rahmen des § 22 Abs. 1, 2 ADG-E 2004 äußerst kontrovers.[203]

Auf Antrag der CDU/CSU-Fraktion[204], die Umsetzung der EG-Antidiskriminierungsrichtlinien auf das europarechtlich Erforderliche zu begrenzen, legte der federführende Bundestagsausschuss eine Beschlussempfehlung[205] für Änderungen des ADG-E 2004 vor. Diese bezog auch die Zweite-Gender-Richtlinie 2004/113/EG mit ein[206] und senkte in enger Anlehnung an den ADG-E 2004 den Schutzstandard stellenweise ab.[207] So wurden im zivilrechtlichen Anwendungsbereich insbesondere ein spezieller Rechtfertigungsgrund für die Vermietung von Wohnraum sowie eine sechsmonatige Ausschlussfrist für die Geltendmachung der Ansprüche eingeführt.[208] Die so geänderte Fassung des ADG-E 2004 wurde am 17.06.2005 vom Bundestag verabschiedet,[209] unterfiel aber nach Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat[210] mit Ende der Legislaturperiode im September 2005 gemäß § 125 GO-BT der Diskontinuität.[211]

---

[201] *Stork,* ZEuS 2005, 1 (49 f.) weist insoweit zutreffend darauf hin, dass letzterem nur klarstellende Bedeutung zukommt.

[202] Abrufbar bei der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität Berlin, Lehrstuhl *Elsuni/Baer* unter http://baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/antidiskriminierungsrecht/allgemeinesgleichbehandlungsgesetz, letzter Aufruf am 13.03.2012.

[203] Vgl. a.a.O. *Armbrüster,* S. 135 (138 f.); *BDA,* S. 419 (445); *BDI,* S. 393 (398 f.); *Derleder,* S. 165 (166); *Deutscher Anwaltverein e.V.,* S. 489 (508); *Deutscher Gewerkschaftsbund,* S. 525 (544); *Deutscher Industrie- und Handelskammertag,* S. 567 (589); *GdW,* S. 403 (411); *Haus & Grund,* S. 661; *Mahlmann,* S. 187 (191); *Nickel,* S. 197 (204); *Pfeiffer,* S. 221 (224 f.); *PKV,* S. 177 (183); *Zentralverband des deutschen Handwerks,* S. 775 (786 f.).

[204] BTDrucks 15/5019 vom 08.03.2005.

[205] BTDrucks 15/5717 vom 15.06.2005.

[206] Ebenda, S. 1.

[207] *Schiek,* in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 4.

[208] Vgl. BTDrucks 15/5717, S. 13 f.

[209] BTPlPr 15/182, S. 17211 B.

[210] BRDrucks 445/05 (B) vom 08.07.2005.

[211] *Rühl/Schmid/Viethen,* AGG, Kap. I, S. 9.

c. AGG-Entwurf der Bundesregierung vom 18.05.2006

Unter dem Eindruck des nach Art. 260 AEUV[212] drohenden Zwangsgeldes wegen Nichtumsetzung der Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG einigte sich der Koalitionsausschuss der Regierungsfraktionen CDU, CSU und SPD Anfang Mai 2006 in enger Anlehnung an den ADG-E 2004 auf einen Gesetzentwurf[213], dessen wesentlicher Bestandteil das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG-E) war.[214] Die Wahl des Gesetzestitels diente der sprachlichen Angleichung an den Gesetzestext, der, wie bereits die Vorentwürfe, den Terminus *Diskriminierung* zugunsten der Begriffe *Benachteiligung* und *unterschiedliche Behandlung* weitestgehend mied.[215]

Dieser Regierungsentwurf verfolgte ebenfalls den Ansatz eines einheitlichen, umfassenden Diskriminierungsschutzes und wich von der bereits im Juni 2005 vom Bundestag angenommenen Fassung des ADG-E 2004 durch weitere Absenkung des Schutzstandards geringfügig ab.[216] Insbesondere wurden die Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen aus verbotener Benachteiligung von sechs auf drei Monate gekürzt[217] und die Regelung des § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 über die Voraussetzungen eines Kontrahierungszwangs ersatz- und kommentarlos gestrichen[218].

Die Bundesregierung leitete den Gesetzentwurf als besonders eilbedürftige Vorlage nach Art. 76 Abs. 2 S. 4 GG über den Bundesrat dem Bundestag zu.[219] Der zeitliche Handlungsdruck führte schließlich innerhalb der Koalition zu einem Kompromiss, welcher unter partieller Berücksichtigung weiterer Änderungsempfehlungen des Bundesrats[220] in einer Beschlussempfehlung des federführenden Rechtsausschusses des Bundestags[221] mündete.[222] Unter anderem wurde das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot um das Merkmal Weltanschauung

---

[212] Ex-Art. 171 EGV 1957; sodann ex-Art. 228 Abs. 2 EGV.

[213] „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“, vgl. BRDrucks 329/06 vom 18.05.2006.

[214] Vgl. Pressemitteilung des BMJ vom 04.05.2006, http://www.w3support.de/sixcms/media.php/795/PresseMitBMJ040506.pdf, letzter Aufruf am 13.03.2012.

[215] *Schiek,* in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 5; kritisch hierzu *Preis,* ZESAR 2007, 249 (250).

[216] Hierzu im Einzelnen *Schiek,* in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 5.

[217] Vgl. §§ 15 Abs. 4; 21 Abs. 5 AGG-E, BRDrucks 329/06, S. 5, 7.

[218] Vgl. § 21 AGG-E, BRDrucks 329/06, S. 49 f.

[219] Vgl. BRDrucks 329/06 vom 18.05.2006 mit Begr. der Eilbedürftigkeit.

[220] Vgl. BRDrucks 329/06 (B) vom 16.06.2006.

[221] BTDrucks 16/2022 vom 28.06.2006.

[222] *Rühl/Schmid/Viethen,* AGG, Kap. I, S. 11; *Schiek,* in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 6.

reduziert und für Wohnraumvermietungen eingeschränkt; die Geltendmachungsfrist für Ansprüche wurde von drei auf zwei Monate weiter gekürzt und an die Stelle der Glaubhaftmachung von Tatsachen trat der Beweis von Indizien, die eine Benachteiligung vermuten lassen.[223] Auf dieser Grundlage verabschiedete der Bundestag schließlich am 29.06.2006 das AGG,[224] das, nachdem der Bundesrat von einer Einberufung des Vermittlungsausschusses abgesehen hatte,[225] am 18.08.2006 in Kraft trat[226].

Bereits mit dem BetrAVGuaÄndG vom 02.12.2006[227] wurden erste Änderungen des AGG zur „Bereinigung von Redaktionsversehen“ beschlossen, die insbesondere zur Streichung des Merkmals Weltanschauung aus § 20 AGG führten, wo es nach Herausnahme aus dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot des § 19 AGG leer lief.[228]

V. Fazit

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot nach §§ 19 ff. AGG muss vor dem Hintergrund völkerrechtlicher, gemeinschaftsrechtlicher wie auch national-verfassungsrechtlicher Diskriminierungsschutzkonzeptionen betrachtet werden. Das universelle wie auch das regionale Völkerrecht normieren zur Wahrung der Menschenrechte zahlreiche Diskriminierungsverbote, die teilweise im Rang einfachen Gesetzesrechts, teilweise als Völkergewohnheitsrecht nach Art. 25 GG, jedenfalls aber im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung auf das nationale Recht einwirken. Gemeinschaftsrechtlich werden die Mitgliedsstaaten durch die auf Grundlage von Art. 19 Abs. 1 AEUV erlassenen vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien zur Schaffung eines wirksamen Diskriminierungsschutzes verpflichtet. Auf nationaler Ebene leitet sich zum einen aus dem in Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 GG verankerten Sozialstaatsprinzip ein allgemeines Gerechtigkeitsprinzip ab, das auch die zivilrechtlichen Freiheitsrechte begrenzt, zum anderen verpflichten die besonderen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2, 3 GG wie auch – nach weniger strengem Beurteilungsmaßstab – der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG den Staat zum Schutz vor Diskriminierung.

---

[223] BTDrucks 16/2022, S. 6 f.
[224] BTPlPr 16/43, S. 4027-4040, 4042 ff.
[225] BRPlPr 824, S. 229 f.
[226] BGBl. I 2006, S. 1897.
[227] BGBl. I 2006, S. 2742.
[228] Vgl. BTDrucks 16/3007, S. 22.

Dabei treten auf allen drei Rechtsebenen neben Aspekte der Teilhabe, etwa am sozialen, kulturellen oder wirtschaftlichen Leben, Aspekte der Abwehr von menschenrechtswidriger Diskriminierung. Der abwehrrechtliche Schutz erfasst dabei prinzipiell neben Diskriminierungen seitens des Staates auch solche durch Privatrechtssubjekte, was insbesondere in Bezug auf Art. 3 GG im Einzelnen sehr umstritten ist und an späterer Stelle zu vertiefen sein wird. Völkerrechtliche wie auch gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsschutzvorschriften belassen den Vertragsstaaten die freie Wahl der Mittel zum Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr und schreiben insbesondere nicht die Verankerung eines Kontrahierungszwangs vor.

Auf einfachgesetzlicher Ebene des deutschen Antidiskriminierungsrechts deutet sich eine Schwerpunktverschiebung von teilhaberechtlichen zu abwehrrechtlichen Zielen an: Während Benachteiligungsschutz im allgemeinen Zivilrechtsverkehr vor Verabschiedung des AGG nur in engem Rahmen über allgemeine Vorschriften gewährleistet und ein Kontrahierungsanspruch in aller Regel an den Missbrauch einer Monopolstellung oder besonderen Versorgungsaufgabe geknüpft wurde, zielt das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot der §§ 19 ff. AGG explizit auf den Schutz vor verbotener Benachteiligung an sich ab.

3. KAPITEL: SCHUTZ VOR BENACHTEILIGUNGEN IM ZIVILRECHTSVERKEHR

I. Das zivilrechtliche Rahmenprogramm der EG-Antidiskriminierungsrichtlinien

1. Anwendungsbereiche der EG-Richtlinien

Die Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG erfasst neben den Bereichen Bildung und Beruf, Gesundheit und Soziales auch „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“[229]. Die Zweite-Gender-Richtlinie 2004/113/EG bleibt insofern in ihrem Schutzumfang hinter der Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG zurück, als sich ihr Anwendungsbereich auf Personen beschränkt, „die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen […] und die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden“[230]. Die Bereiche Sozial- und Gesundheitsschutz, soziale Vergünstigung und Bildung erfasst die Zweite-Gender-Richtlinie 2004/113/EG hingegen nicht.[231]

Was Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG an dieser Stelle explizit formuliert, bringt Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2000/43/EG mit der Beschränkung auf öffentlich zur Verfügung stehende Güter und Dienstleistungen zum Ausdruck: Die Herausnahme solcher Schuldverhältnisse aus dem Anwendungsbereich, die im privaten oder familiären Bereich entstehen.[232] Dadurch soll ausweislich der Erwägungsgründe[233] der Schutz von Privatsphäre und Familienleben und damit besonderer Näheverhältnisse gewahrt werden.[234] Streitig ist, ob auch öffentlich offerierte Leistungen Privater der Öffentlichkeit in diesem Sinne zur Verfügung stehen oder ob diese Voraussetzung nur gewerblich angebotene Waren und Dienstleistungen erfüllen.[235] Dieses soll im Zusammenhang mit dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot nach §§ 19 ff. AGG näher beleuchtet werden.

---

[229] Vgl. Art. 3 Abs. 1 h).
[230] Vgl. Art. 3 Abs. 1.
[231] *Schiek,* in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 36.
[232] *Wagner/Potsch,* JZ 2006, 1085 (1087); *Wendeling-Schröder,* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 19, Rn. 20.
[233] ErwG Nr. 4 RL 2000/43/EG; ErwG Nr. 3 RL 2004/113/EG.
[234] *Wendeling-Schröder,* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 19, Rn. 20 in Abgrenzung zu Vertrauensverhältnissen, die auch rein vertraglich bedingt sein können; vgl. auch *Schmidt-Räntsch,* NZM 2007, 6 (11).
[235] Vgl. hierzu mit gegensätzlichen Auffassungen *Korell,* JURA 2006, 1 (3 ff.) sowie *Schöbener/Stork,* ZEuS 2004, 43 (65 ff.) zu Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2000/43/EG.

Zur Bestimmung der Begriffe *Güter* und *Dienstleistungen* verweist ErwG Nr. 11 RL 2004/113/EG auf den EG-Vertrag: Danach ist der Begriff *Güter* im Sinne der Regelungen über den freien Warenverkehr des EG-Vertrags zu verstehen, beschreibt also Sachen, die Gegenstand von Handelsverkehr sein können[236] und entweder einem Mitgliedsstaat entstammen oder aber ihre Herkunft in einem Drittstaat haben und sich nach Maßgabe von Art. 24 EG-Vertrag[237] im freien Verkehr eines Mitgliedsstaates befinden[238]. Dienstleistungen sind gemäß Art. 50 EG-Vertrag[239] insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten, „die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen".

2. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot

Verboten sind nach Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft, nach Art. 4 RL 2004/113/EG geschlechtsspezifische Diskriminierungen und Belästigungen. Während sich das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot nach Maßgabe von Art. 1 RL 2000/78/EG darüber hinaus auch auf die Merkmale Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung erstreckt, beschränkt sich der EG-rechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz für den Bereich des allgemeinen Zivilrechts mithin auf die Merkmale Rasse oder ethnische Herkunft sowie Geschlecht. Dieses hindert die Mitgliedsstaaten aber gemäß Art. 6 Abs. 1 RL 2000/43/EG sowie Art. 7 Abs. 1 RL 2004/113/EG (Mindestanforderungen) nicht daran, bei der Umsetzung in nationales Recht weitere Diskriminierungsmerkmale einzubeziehen. Soweit Art. 3 Abs. 2 RL 2000/43/EG „unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit" aus dem Anwendungsbereich ausnimmt, betrifft diese Ausnahme nur Handlungen des Staates zur Sicherung seiner Souveränität gegenüber Angehörigen von Drittstaaten und Staatenlosen (insbesondere das Ausländer- und Asylrecht und seine Anwendung), nicht dagegen eine Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit durch Private.[240]

---

[236] *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Vorbem. zu §§ 19-21, Rn. 2.
[237] Ex-Art. 10 EGV 1957; jetzt Art. 29 AEUV.
[238] *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 28 AEUV, Rn. 16.
[239] Ex-Art. 60 EGV 1957; jetzt Art. 57 AEUV.
[240] *Nickel*, NJW 2001, 2668 (2669 f.).

3. Die Formen von Diskriminierung

Das Benachteiligungsverbot erfasst nach Maßgabe von Art. 2 RL 2000/43/EG sowie Art. 2; 4 Abs. 4 RL 2004/113/EG unmittelbare wie mittelbare Formen der Diskriminierung, Belästigungen sowie die Anweisung zur Diskriminierung. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt danach vor, wenn die Benachteiligung aufgrund eines geschützten Merkmals erfolgt, eine mittelbare Diskriminierung, wenn eine anscheinend neutrale Regelung Träger geschützter Merkmale besonders benachteiligen kann, es sei denn, die Ungleichbehandlung hat einen sachlichen Grund und ist verhältnismäßig. Belästigungen sind nach den Legaldefinitionen in Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG; 2 lit. c RL 2004/113/EG Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem geschützten Merkmal einer Person, die bezwecken oder bewirken, „dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird". Während mittelbare Diskriminierungen weder dem deutschen[241] noch dem europäischen[242] Recht fremd sind, ist das Verbot von Belästigungen nicht nur eine Neuheit, sondern auch eine systematische Ungenauigkeit, da *Belästigungen* keine Unterscheidungen im Wortsinne von *Diskriminierung* darstellen und sie daher lediglich fingieren können.[243]

4. Sanktionen

Nach Maßgabe der Art. 15 RL 2000/43/EG; 14 RL 2004/113/EG, in denen die vom EuGH entwickelte Klausel über die Sanktionsanforderungen ihren Niederschlag gefunden hat, haben die Mitgliedsstaaten zur tatsächlichen Durchsetzung der Richtlinienvorgaben wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen festzulegen. Das Wirksamkeitserfordernis dient der effektiven Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern und damit der Wahrung des Effektivitätsgrundsatzes.[244] Im Falle einer Sanktionierung durch Schadensersatz darf dieser entsprechend der Rechtsprechung des EuGH daher nicht rein symbolischer Natur sein und – sofern man auch in dieser Frage eine Übertragbarkeit auf das allgemeine Zivilrecht an-

---

[241] Vgl. BAG NJW 1992, 1125; 1993, 3091.
[242] Vgl. EuGH NJW 1986, 3020.
[243] *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005), 289 (313); vgl. auch *v. Koppenfels,* WM 2002, 1489 (1494); kritisch zur Aufnahme der *Belästigung* in das deutsche Antidiskriminierungsrecht statt in das Deliktsrecht *Wiedemann/Thüsing,* DB 2002, 463 (466 f.) zum ZivADG-E 2001.
[244] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 2 f.

nimmt[245] – nicht von einem Verschulden abhängen.[246] Die Sanktionen müssen zudem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, indem sie insbesondere die Vertragsfreiheit des Diskriminierenden in schonender Weise berücksichtigen.[247] Das Erfordernis einer abschreckenden Wirkung verlangt nicht nach einem „Strafcharakter", sondern vielmehr nach einem Präventionscharakter der Sanktionen mit verhaltenssteuerndem Effekt.[248]

Im Übrigen verbleibt den Mitgliedsstaaten bei der Wahl der Sanktionen ein weiter Spielraum: Denkbar sind neben den in Art. 15 RL 2000/43/EG; 14 RL 2004/113/EG explizit aufgeführten und nach Art. 8 Abs. 2 RL 2004/113/EG für geschlechtsbezogene Benachteiligung vorgeschriebenen Schadensersatzleistungen an die Diskriminierungsopfer auch Unterlassungs- und Schmerzensgeldansprüche[249] sowie – in Ergänzung zivilrechtlicher Ansprüche – die Ahndung verbotener Benachteiligung als Ordnungswidrigkeit[250]. Darüber hinaus ist im Falle einer verbotenen Vertragsverweigerung auch ein Kontrahierungszwang als Sanktion denkbar, aber nicht vorgegeben.[251] Im Anwendungsbereich der Zweiten-Gender-Richtlinie 2004/113/EG erscheint ein Abschlussanspruch jedoch zumindest naheliegend, da gemäß Art. 3 Abs. 2 RL 2004/113/EG die freie Vertragspartnerwahl (nur) solange unberührt bleiben soll, wie die Wahl des Vertragspartners nicht von dessen Geschlecht abhängig gemacht wird.[252]

5. Rechtsschutz

Die Mitgliedsstaaten haben Diskriminierungsopfern nach Maßgabe von Art. 7 Abs. 1 RL 2000/43/EG; 8 Abs. 1 RL 2004/113/EG angemessenen und effektiven Rechtsschutz zu gewähren,[253] insbesondere bei geschlechtsbezogener Diskriminierung gemäß

---

[245] So etwa *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 38; *Stork*, ZEuS 2005, 1 (47); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 48; a.A. *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 1.

[246] Vgl. bereits oben 2. Kap. III 2 a.

[247] *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (165 f.); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 3.

[248] *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 2 f.; so auch *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 21, Rn. 2; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (1088, 1100).

[249] *Nickel*, NJW 2001, 2668 (2671).

[250] *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360 (364); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 5.

[251] *Armbrüster*, KritVj 2005, 41 (43); *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (161 f., 172); *ders.*, in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 117; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 76; *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (238); *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (329, Fn. 127); *Rafi*, RuP 2005, 218 (219); *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 241; *Schiess Rütimann*, WuM 2006, 12 (15 f.); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 2.

[252] *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (161 f., 172); *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 76.

[253] Vgl. auch ErwG Nr. 19 RL 2000/43/EG; ErwG Nr. 21 RL 2004/113/EG.

Art. 8 Abs. 2 RL 2004/113/EG sicherzustellen, dass infolge einer Diskriminierung entstandene Schäden tatsächlich und effektiv ausgeglichen werden. Als Reaktion auf die großen praktischen Schwierigkeiten, die die Durchsetzung von Ansprüchen aus verbotener Benachteiligung mit sich bringt, schreiben die EG-Antidiskriminierungsrichtlinien neben einem Beteiligungsrecht von Verbänden und Organisationen an der individuellen Rechtsdurchsetzung[254] eine Beweiserleichterung für den Anspruchsteller[255] vor.[256] Danach haben die Mitgliedsstaaten – in Angleichung an ihr nationales Beweisrecht[257] – Beweislastregeln zu erlassen, nach denen der Anspruchsteller lediglich Tatsachen glaubhaft machen muss, aufgrund derer das Vorliegen einer Diskriminierung zu vermuten ist, woraufhin dem Anspruchsgegner der Beweis des Gegenteils obliegt. Nach europäischem Verständnis meint *Glaubhaftmachung* keine Absenkung des Beweismaßes i.S.v. § 294 ZPO, sondern die Darlegung und den vollen Beweis für Hilfstatsachen, die den Schluss auf die behauptete Tatsache zulassen.[258]

II. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 19 AGG

1. Regelungszwecke

a. Zielsetzung des AGG

Das AGG normiert entgegen seiner Bezeichnung kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot, sondern mehrere besondere Diskriminierungsverbote, untersagt also nach näherer Maßgabe Ungleichbehandlungen aus bestimmten Gründen im Arbeitsleben und Privatrechtsverkehr.[259] Als Ziel des Gesetzes formuliert § 1 AGG allerdings nicht das Verbot, sondern die Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen wegen der geschützten Merkmale. Darin manifestiert sich das eigentliche Regelungsziel, Benachteiligungen nicht nur zu untersagen, sondern konsequenten, effektiven und nachhaltigen Diskriminierungsschutz zu gewährleisten.[260] Insofern dient das AGG neben dem kompensatorischen Ausgleich von Benachteiligungen auch einem gesellschaftlichen Umdenken und einer Verhaltenssteuerung zum Zwecke der

---

[254] Vgl. Art. 7 Abs. 2 RL 2000/43/EG; Art. 8 Abs. 3 RL 2004/113/EG.
[255] Vgl. Art. 8 Abs. 1, 2 RL 2000/43/EG; Art. 9 Abs. 1, 2 RL 2004/113/EG.
[256] *Nickel*, NJW 2001, 2668 (2671).
[257] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 22, Rn. 2.
[258] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 22, Rn. 3; *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 32 f.
[259] *Preis*, ZESAR 2007, 249 (250); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 1 AGG, Rn. 4; vgl. dagegen *Picker*, in: FS Adomeit, S. 541 (542).
[260] *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 1 AGG, Rn. 2; vgl. auch die Überschrift des 3. Abschnitts des AGG „Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr".

Prävention.[261] Ziel des Gesetzes ist Diskriminierungsfreiheit in den Bereichen Beschäftigung und Zivilrechtsverkehr.

b. Übergeordnete Ziele des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots

Diskriminierungsfreiheit im privaten Rechtsverkehr wird jedoch nicht allein um ihrer selbst willen angestrebt, sondern dient darüber hinaus der Gewährleistung anderer elementarer Grundrechtswerte, insbesondere dem Schutz vor persönlicher Herabwürdigung und damit der Menschenwürde des potenziell Benachteiligten.[262] Selbst wenn sachwidrige Benachteiligungen i.S.v. § 19 Abs. 1, 2 AGG vor dessen Verabschiedung nicht pauschal als Persönlichkeitsrechtsverletzung zu bewerten waren, so soll das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot den Persönlichkeitsrechtsschutz insofern jedenfalls auf alle erfassten Konstellationen ausdehnen.[263]

Während das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot nach überwiegender Auffassung[264] allein oder jedenfalls vornehmlich auf die Wahrung ethischer Werte abzielt, namentlich vor persönlicher Zurücksetzung und Herabwürdigung schützen soll,[265] soll nach der Gegenauffassung[266] auch der Zugang zum Privatrechtsverkehr als wirtschaftlichem Wert gewährleistet werden. Letzteres wird damit begründet, dass der potenziell Benachteiligte erst durch die wirksame Unterbindung von Diskriminierung in die Lage versetzt werde, privatautonome Entscheidungen zu treffen und am Markt teilzunehmen.[267] Dem wird von der h.M.[268] entgegen gehalten,

---

[261] *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 1, Rn. 1; *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 33; *Schiek*, NZA 2004, 873 (877); *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6 (12); *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 2; § 1, Rn. 1; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (1088, 1100); vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 30.

[262] Vgl. *Armbrüster*, VersR 2006, 1297 (1298); *Blanke/Graue*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einl., Rn. 219; *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (245); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, Einl. AGG, Rn. 39.

[263] *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (245); a.A. offenbar *Petersen*, JURA 2011, 184 (186).

[264] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 1; *ders.*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 190; *ders.*, VersR 2006, 1297 (1298); *Britz*, VVDStRL 64 (2005), 355 (389 ff.); *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (174 f.) zum ADG-E 2004; *ders.*, in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 117; *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1492) zum ZivADG-E 2001; *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 258; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 34, 39; vgl. auch *Busche*, Privatautonomie, S. 287 f. für den allgemeinen Kontrahierungszwang.

[265] Diese Schutzziele werden noch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu spezifizieren sein.

[266] *Eichenhofer*, DVBl 2004, 1078 (1084); *Picker*, in: FS Adomeit, S. 541 (550 ff.); *Schiek*, in: Schiek, AGG, Vorbem. zu §§ 19 ff., Rn. 17; § 21, Rn. 8; *Wrase*, ZESAR 2005, 229 (241) zur überarbeiteten Fassung des ADG-E 2004.

[267] *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 81; *Wrase*, ZESAR 2005, 229 (241).

[268] *Armbrüster*, KritVj 2005, 41 (46); *ders.*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 190; *Britz*, VVDStRL 64 (2005), 355 (389 ff.); *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (174) zum ADG-E 2004; *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1492).

dass bei den vorrangig betroffenen Massengeschäften regelmäßig Ausweichmöglichkeiten beständen und der Benachteiligte nicht zwingend auf einen bestimmten Anbieter angewiesen sei.

Der Mindermeinung ist zuzugestehen, dass die amtliche Begründung zum AGG-E[269] die Einführung eines zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots auch mit der Gewährleistung der Privatautonomie rechtfertigt, welche sich nur entfalten könne, wenn es auch die faktische Freiheit zum Vertragsabschluss gebe. Tatsächlich bestehen aber gerade bei den vom zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot erfassten Geschäften i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG in der Regel Ausweichmöglichkeiten, sofern Gegenstand des Geschäftes kein Unikat ist. Das schutzwürdige Interesse des Vertragsbewerbers ist daher nicht darauf gerichtet, mit einem bestimmten Anbieter zu kontrahieren, sondern darauf, in den von hoher Alltagsrelevanz gekennzeichneten Privatrechtsgeschäften nicht aus persönlichkeitsbezogenen Gründen gegenüber anderen Interessenten zurückgesetzt zu werden.[270] Dieses zeigt sich schon daran, dass die unsachliche Vertragsverweigerung aufgrund anderer als der geschützten Persönlichkeitsmerkmale den Betroffenen ebenfalls vom begehrten Rechtsgeschäft ausschließen würde, ohne dass ihm insoweit Ansprüche gegen den Anbieter zuständen.[271] Die Sicherstellung der Grundversorgung ist nicht originäre Aufgabe der privaten Leistungs- und Warenanbieter, sondern die des Staates, der diese Aufgabe für konkret umrissene Versorgungsfelder – etwa das der Energiebelieferung – an Privatrechtssubjekte delegieren kann[272], nicht aber im Wege eines allgemein gefassten Gleichbehandlungsgesetzes.

Zu konzedieren ist zwar, dass durch die wirksame Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung Einzelner auch den gefährdeten Merkmalsträgern in ihrer Gesamtheit die Teilnahme am Privatrechtsverkehr faktisch eröffnet bzw. erleichtert wird. Dieses ist jedoch kein eigenständiges Regelungsziel der §§ 19 ff. AGG, sondern eine willkommene Folgeerscheinung erfolgreichen Diskriminierungsschutzes.

---

[269] BTDrucks 16/1780, S. 40; vgl. auch S. 42, wo die Ausweitung des Benachteiligungsschutzes auf Privatversicherungen damit begründet wird, dass eine Abschlussverweigerung für den Betroffenen gravierende Folgen durch nicht abgedeckte Lebensrisiken haben könne; hiergegen *Armbrüster*, VersR 2006, 1297 (1298).

[270] Vgl. *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (244 f.).

[271] Vgl. *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 1.

[272] Vgl. *Armbrüster*, VersR 2006, 1297 (1298) zum Versicherungsrecht.

Schließlich spricht auch die rein abwehrrechtliche Ausrichtung des Art. 19 Abs. 1 AEUV,[273] auf den die vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien und damit auch das AGG zurückgehen, gegen eine teilhaberechtliche Zweckbestimmung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots.

c. Fazit

Primärer Regelungszweck des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots ist es, Diskriminierungen von dem Einzelnen abzuwehren und als Bestandteil des alltäglichen Privatrechtsverkehrs zu unterbinden. Hiervon zu differenzieren ist das übergeordnete Ziel, den Benachteiligten vor persönlicher Zurücksetzung und Herabwürdigung zu schützen. Demgegenüber zielt das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot nicht darauf ab, die rechtsgeschäftliche Betätigungsfreiheit des Betroffenen am Markt zu gewährleisten. Im Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass die §§ 19 ff. AGG auf die Abwehr von verbotener Benachteiligung und die damit einhergehende herabwürdigende Ausgrenzung des Betroffenen ausgerichtet sind, nicht dagegen auf die Gewährleistung der Teilhabe am Wirtschaftsverkehr.[274]

2. Sachlicher Anwendungsbereich

a. Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse

Das Benachteiligungsverbot betrifft die Stadien der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse. Der Begriff des Schuldverhältnisses ist in diesem Zusammenhang weit auszulegen und umfasst die Summe der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien.[275] Zur Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen ist darauf abzustellen, ob die Sache gemäß §§ 23, 71 GVG prozessual als bürgerliche Rechtsstreitigkeit einzuordnen wäre, so dass nach Maßgabe der anerkannten Abgrenzungstheorien[276] auch privatrechtliches Handeln von Hoheitsträgern dem Benachteiligungsverbot unterfällt.[277]

---

[273] Vgl. oben 2. Kap. III 1 c.

[274] Vgl. auch *Britz,* VVDStRL 64 (2005), 355 (390 f.); *Hanau,* in: FS Adomeit, S. 237 (244 f.); *Preis,* ZESAR 2007, 308 (311); a.A. *Neuner,* in: Leible/Schlachter, S. 73 (79 f.) allgemein für „Gleichbehandlungspflichten" im Privatrechtsverkehr.

[275] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 2.

[276] Vgl. dazu *Larenz/Wolf,* BGB-AT, § 1 I 3, Rn. 18 ff.

[277] *Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 9.

Das Begründungsstadium erfasst alle Zwischenschritte auf dem Weg zum Vertragsabschluss, mithin auch rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse i.S.v. § 311 Abs. 2 BGB, wie Vertragsverhandlungen, -anbahnungen und vergleichbare Geschäftsbeziehungen.[278] Eine Benachteiligung bei der Begründung eines Schuldverhältnisses liegt etwa darin, dass einer bestimmten Personengruppe der Vertragsabschluss wegen eines geschützten Merkmals von vornherein verweigert oder nur zu ungünstigeren Bedingungen angeboten wird.[279] Die Durchführung eines Schuldverhältnisses bezieht sich auf die Art und Weise seiner Abwicklung, wie Leistungsstörungen[280], Änderungsverträge und Erfüllung.[281] Das Beendigungsstadium erfasst die benachteiligende Ausübung von Kündigungs-, Rücktritts- und Anfechtungsrechten sowie Aufhebungsverträge.[282]

b. Sachlicher Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG

aa. Geltungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG

Während sich die Regelungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1-4 AGG allein auf das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot des § 7 AGG beziehen, richtet sich der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots nach § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG.[283] Verboten sind danach Benachteiligungen in Bezug auf den Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung sowie auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.

Obwohl nur die Vorschrift des § 19 Abs. 2 AGG explizit auf § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG verweist, wird nach ganz überwiegender Meinung auch das eingeschränkte Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG durch § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG begrenzt.[284] Dieses ergibt sich insbesondere aus der Gesetzessystematik, wonach § 2 AGG als Bestandteil des Allgemeinen Teils dem Abschnitt 3 (Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr) vorangestellt ist

---

[278] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 11; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 32.
[279] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 32.
[280] A.A. *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 33.
[281] *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 19 AGG, Rn. 2.
[282] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 11; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 19 AGG, Rn. 2.
[283] *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 2 AGG, Rn. 1; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 4.
[284] OLG Karlsruhe, VersR 2010, 1163 (1164); *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 10; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 19, Rn. 4; *Harke*, SchuldR-AT, Rn. 39; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, Vor § 19, Rn. 6; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 4 ff.; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 19, Rn. 8; a.A. *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6 (9); *Schreier*, JuS 2007, 308 (309).

und damit auch für das eingeschränkte Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG gilt.[285] Ferner lässt sich der Gesetzesbegründung[286] entnehmen, dass der Tatbestand des § 19 Abs. 1 AGG enger ist als der des § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG, „weil nur diejenigen Schuldverhältnisse erfasst sind, die *darüber hinaus* bei einer typisierenden Betrachtungsweise in einer Vielzahl von Fällen ohne Ansehen der Person zustande kommen." Schränkt § 19 Abs. 1 AGG den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots mithin über die Vorgaben des § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG hinaus ein, so müssen auch dessen Voraussetzungen erfüllt sein.[287]

bb. Schuldverhältnisse i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG

(1) Sozialschutz und soziale Vergünstigungen

Nach Maßgabe von § 2 Abs. 1 Nr. 5, 6 AGG erstreckt sich das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot auf den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, sowie auf soziale Vergünstigungen. Mit Ausnahme der Gesundheitsdienste handelt es sich hierbei jedoch in aller Regel nicht um zivilrechtliche Schuldverhältnisse, sondern um staatliche Leistungen, welche nicht dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot, sondern öffentlich-rechtlichen Vorschriften und damit unmittelbar dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG unterfallen.[288]

Beispielhaft für den Sozialschutz nennt das Gesetz soziale Sicherheit und Gesundheitsdienste. Da das Sozialversicherungsrecht gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 AGG explizit aus dem Anwendungsbereich des AGG ausgenommen ist, verbleiben für die soziale Sicherheit nur noch privatrechtliche Versicherungsverträge jeder Art sowie staatliche Systeme sozialer Sicherung, die nicht dem SGB unterfallen, wie beispielsweise Obdachlosenunterkünfte und Frauenhäuser in staatlicher Trägerschaft.[289] Unter Gesundheitsdienste sind alle privatrechtlichen Behandlungsverträge über solche Leistungen zu fassen, die prinzipiell zum Erhalt oder zur Wiederherstellung der psychischen oder physischen Gesundheit des Patienten geeignet erscheinen;[290] dabei kommt es weder darauf an, ob die Wirksamkeit der jeweiligen Leistung bereits allgemein

---

[285] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 4.
[286] BTDrucks 16/1780, S. 41 (Hervorhebung d.d. Verf.).
[287] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 5.
[288] *Belling,* in: Erman, BGB, § 2 AGG, Rn. 18; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 7; *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 10; vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 31 f.
[289] *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 2, Rn. 37.
[290] *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 12.

anerkannt ist,[291] noch darauf, ob die Behandlung zur medizinischen Grundversorgung zählt[292]. Erfasst werden daher neben Behandlungsverträgen mit Ärzten und Krankenhausträgern auch solche mit anderen Gesundheitsdienstleistern wie Physio- und Psychotherapeuten, Schönheitschirurgen und Kurträgern.[293]

Unter soziale Vergünstigungen fällt die Gewährung wirtschaftlicher und kultureller Vorteile durch private oder öffentlich-rechtliche Stellen in privatrechtlicher Form.[294] Erfasst werden etwa verbilligte Seniorentickets im öffentlichen Nahverkehr sowie Sonderkonditionen für Einkommensschwache bei kulturellen Veranstaltungen.[295] Nicht zu den sozialen Vergünstigungen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 6 AGG zählen hingegen Eltern- und Kindergeld, da diese Leistungen in öffentlich-rechtlicher Form gewährt werden.[296]

(2) Bildung

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG gilt das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot auch für Schuldverhältnisse in Bezug auf Bildung. Der Begriff der Bildung ist mit dem EuGH[297] in einem umfassenden Sinne zu verstehen und meint jede Form der Vermittlung von Wissen und Fähigkeiten[298], also insbesondere Verträge mit privaten Schulen und Universitäten, privatrechtlich organisierten Fortbildungsveranstaltern, aber auch Fahrschulen sowie Museen und Theatern.[299] Außerhalb von Arbeitsverhältnissen werden auch privatrechtliche Verträge über Ausbildungsleistungen erfasst.[300]

(3) Öffentlich zur Verfügung stehende Güter und Dienstleistungen

Den Hauptanwendungsfall des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots bilden gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG privatrechtliche Schuldverhältnisse über den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, ein-

---

[291] *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 12.
[292] *Belling/Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 2 AGG, Rn. 20.
[293] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 2 AGG, Rn. 31.
[294] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 2 AGG, Rn. 32.
[295] Vgl. *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 2 AGG, Rn. 32.
[296] Vgl. *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 2 AGG, Rn. 32; a.A. *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 2, Rn. 38.
[297] Rs. 293/83, Slg. 1985, 593, Tz. 30 – *Gravier*; Rs. 24/86, Slg. 1988, 379, Tz. 19 – *Blaizot*.
[298] *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 2, Rn. 39.
[299] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 2 AGG, Rn. 33 f.
[300] *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 13.

schließlich von Wohnraum. Die Begriffe *Güter* und *Dienstleistungen* sind im Sinne der Art. 28 ff.; 56 ff. AEUV weit auszulegen und umfassen jede Art von Waren und vertraglich geschuldeten Leistungen,[301] wobei Dienstleistungen gemäß Art. 57 AEUV solche Leistungen sind, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Einschränkungen erfährt der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG dadurch, dass die Güter und Dienstleistungen der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen müssen. Dieses ist gegeben, wenn der Anbieter – sei es in Form einer *invitatio ad offerendum* durch Zeitungsanzeige, Aushang oder den Betrieb eines Geschäftslokals, sei es durch einen verbindlichen Vertragsantrag – seine Abschlussbereitschaft in der Öffentlichkeit bekannt macht und die Erklärung dadurch seine Privatsphäre verlässt.[302] Nicht dem Benachteiligungsverbot unterfallen damit Bereitschaftserklärungen im begrenzten privaten Umfeld, selbst wenn sie ohne Zutun des Anbieters diesen Kreis verlassen.[303]

Streitig ist, ob neben Unternehmern auch nicht gewerblich Tätige ihre Güter und Dienstleistungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen können und dadurch dem Benachteiligungsverbot unterliegen. Hiergegen wird von den Vertretern einer engen Auslegung[304] insbesondere der Wortlaut der Norm ins Feld geführt: Waren und Dienstleistungen ständen im Wortsinne der Öffentlichkeit nur zur Verfügung, wenn sie durch eine der Allgemeinheit gewidmete und nutzbare Einrichtung zugänglich gemacht würden und mehrfach geleistet werden könnten, wie etwa durch Warenhäuser, Banken und Restaurants, nicht dagegen durch den Anbieter einer einzelnen, öffentlich inserierten Mietwohnung. Die Befürworter einer weiten Auslegung[305] verweisen dagegen zumeist auf die amtliche Begrün-

---

[301] *Belling/Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 2 AGG, Rn. 23 f.; *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 14; vgl. bereits oben in diesem Kapitel unter I 1.

[302] *Hinz,* Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 5; *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 15 ff.; vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 32.

[303] *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 15, 17 f.

[304] *Ellenberger,* in: Palandt, BGB, § 2 AGG, Rn. 9; *Maier-Reimer,* NJW 2006, 2577 (2580); *Schürnbrand,* BKR 2007, 305 (308); *Stork,* ZEuS 2005, 1 (20 ff.) zum ADG-E 2004; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 2 AGG, Rn. 36 f.; *ders.,* NJW 2003, 3441 (3442 f.); vgl. auch *Maier-Reimer,* NJW 2006, 2577 (2580).

[305] *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 2, Rn. 42; *Belling/Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 2 AGG, Rn. 28; *Derleder,* NZM 2007, 625 (628 f.); *Hinz,* Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 5; *Horst,* MDR 2006, 1266 f.; *Korell,* JURA 2006, 1 (3 ff.); *Meinel/Heyn/Herms,* AGG, 2007, § 19, Rn. 25; *Schmidt-Räntsch,* NZM 2007, 6 (9 f.); *Wendtland,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 2, Rn. 31.

dung zum AGG-E[306], nach der auch Geschäfte Privater erfasst sein sollen, wenn der Vertragsabschluss öffentlich angeboten wird; darüber hinaus nehmen sie Bezug auf ErwG 4 der Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG, wonach es wichtig sei, dass „der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt", was in aller Regel nur im Zusammenhang mit Geschäften Privater relevant werde[307].

Fielen mittels enger Auslegung allein solche Waren und Dienstleistungen unter die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG, die von einem gewerblichen Anbieter mehrfach vorgehalten werden, so wären fast ausnahmslos Massengeschäfte und ihnen gleichgestellte Geschäfte i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG erfasst; für die Vorschrift des § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG verbliebe daneben allenfalls ein verschwindend geringer Regelungsbereich und sie liefe faktisch leer.[308] Soweit sich die Vertreter der restriktiven Auffassung auf den Wortlaut der Norm berufen und darauf stützen, dass eine einzelne Ware der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung stehe, da lediglich ein Interessent in ihren Genuss kommen könne,[309] ist dem entgegenzuhalten, dass auch mit mehrfach vorgehaltenen Gütern in der Regel nur ein begrenzter Kreis an Nachfragern befriedigt werden kann. So wäre es nicht zu rechtfertigen, den öffentlich angezeigten Verkauf dreier Jahreswagen durch einen Kfz-Händler, nicht aber den Gebrauchtwagenverkauf durch einen Privatmann dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot zu unterstellen, obwohl beide nur begrenzt leisten können. Die Anzahl der zur Verfügung stehenden Güter ist damit kein geeignetes Abgrenzungskriterium.

Denkbar wäre allenfalls eine Unterscheidung anhand des Anbieterstatus als Verbraucher i.S.v. § 13 BGB oder als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB. Während eine Benachteiligung bei Angeboten im begrenzten privaten Umfeld zwar moralisch missbilligenswert, aber in Anerkennung eines geschützten Rückzugsbereichs hinzunehmen ist,[310] ist es – auch angesichts der insoweit eindeutigen amtlichen Entwurfsbegründung[311] – sachlich nicht begründbar, eine Privatperson, die die Vorteile einer öffentlichen Anzeige in Anspruch nimmt, nicht auch an ihre Erklärung zu binden und dem Benachteiligungsverbot zu unterwerfen: Wer grundsätzlich

---

[306] BTDrucks 16/1780, S. 42.
[307] *Korell,* JURA 2006, 1 (4).
[308] *Hinz,* Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 5; *Schmidt-Räntsch,* NZM 2007, 6 (10).
[309] So etwa *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 2 AGG, Rn. 37.
[310] *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 17.1.
[311] BTDrucks 16/1780, S. 42.

jedermann seine Leistung anbietet, darf sie anschließend nicht verweigern, weil er konkrete vertragsfremde Vorstellungen von seinem Vertragspartner hat.[312]

Im Ergebnis ist damit der weiten Auffassung zu folgen, nach der die öffentlich geäußerte Bereitschaft zum Vertragsabschluss den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots eröffnet, unabhängig davon, ob der Anbieter einen oder mehrere Verträge abschließen will und unabhängig davon, ob er gewerblich oder nicht-gewerblich tätig ist.

c. Konkretisierung des Anwendungsbereichs durch § 19 Abs. 1, 2 AGG

Der sachliche Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG wird durch § 19 Abs. 1, 2 AGG weiter konkretisiert.[313] Neben dem umfassenden Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft, normiert § 19 Abs. 1 AGG ein eingeschränktes Benachteiligungsverbot für Massengeschäfte, massengeschäftsähnliche Geschäfte und privatrechtliche Versicherungsverträge.

aa. Umfassendes Benachteiligungsverbot gemäß § 19 Abs. 2 AGG

Nach § 19 Abs. 2 AGG sind Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft umfassend für alle zivilrechtlichen Schuldverhältnisse i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG untersagt. Die Regelung dient primär der Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2000/43/EG und beschränkt sich auf das europarechtlich Gebotene.[314]

bb. Eingeschränktes Benachteiligungsverbot gemäß § 19 Abs. 1 AGG

Die Vorschrift des § 19 Abs. 1 AGG dient der Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG,[315] geht aber sowohl hinsichtlich der verbotenen Unterscheidungskriterien als auch in ihrem sachlichen Anwendungsbereich über die europarechtlichen Vorgaben hinaus. Neben einer Benachteiligung wegen des Geschlechts verbietet § 19 Abs. 1 AGG Differenzierungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität im Rahmen solcher Schuldverhältnisse, die als Massengeschäfte oder massengeschäftsähnliche

---

[312] *Korell*, JURA 2006, 1 (6).
[313] Vgl. in diesem Kapitel unter II 2 b aa.
[314] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 9.
[315] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 41.

Geschäfte anzusehen sind oder eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben.[316] Allerdings kommt dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft im Rahmen des eingeschränkten Benachteiligungsverbots keine eigenständige Bedeutung zu, da es über das umfassende Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG bereits uneingeschränkt für alle zivilrechtlichen Schuldverhältnisse i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG gilt.

Nach der Legaldefinition des § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG sind Massengeschäfte solche Geschäfte, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen. Dieses betrifft Schuldverhältnisse, bei denen es nach der Verkehrssitte auf besondere Merkmale des Vertragspartners – außer seiner Zahlungsfähigkeit und -willigkeit – nicht ankommt und der Anbieter grundsätzlich mit jedermann kontrahieren würde.[317] Zu den Massengeschäften zählen damit insbesondere Verträge über Konsumgüter und standardisierte Dienstleistungen, in denen die Nachfrage in der Regel hinter dem Angebot zurückbleibt und eine Vertragsverweigerung gegenüber zahlungsfähigen und -willigen Interessenten wirtschaftlich unsinnig wäre.[318] Für den Mietvertrag über Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch stellt § 19 Abs. 5 S. 3 AGG zur Entlastung des Vermieters die widerlegbare Vermutung auf, dass es sich nicht um ein Massengeschäft handelt, sofern der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet.[319]

Massengeschäftsähnliche Geschäfte sind gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG solche Geschäfte, 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. Der Anwendungsbereich dieser Rechtsfigur ist insofern weiter als der des Massengeschäftes, als die Person des Vertragsinteressenten durchaus eine Rolle spielt, es allerdings nicht auf individuelle Persönlichkeitsmerkmale, sondern auf geschäftsrelevante personenbezogene Umstände ankommt.[320]

---

[316] Soweit § 19 Abs. 1 AGG Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft untersagt, ist dieses allerdings von der weiter reichenden Vorgabe des Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2000/43/EG gedeckt, vgl. *Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 25.

[317] *Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 16; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 17 f.

[318] *Stork,* ZEuS 2005, 1 (25) zum ADG-E 2004.

[319] *Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 41, 44.

[320] Vgl. *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 5.

Privatrechtliche Versicherungsverhältnisse und verwandte Finanzdienstleistungen, wie etwa Pensionsfonds,[321] sind gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG als *lex specialis* gegenüber Nr. 1 selbst dann von dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot erfasst, wenn sie im konkreten Fall kein Massengeschäft oder diesem gleichgestelltes Geschäft sind, weil sie – wie zumeist – einer individuellen Risikoprüfung bedürfen.[322] Damit wird Art. 5 Abs. 1 RL 2004/113/EG Rechnung getragen, wonach der Faktor Geschlecht bei neu abgeschlossenen Versicherungsverträgen und verwandten Finanzdienstleistungen – vorbehaltlich eines Beschlusses nach Abs. 2 – nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen darf. Hinsichtlich der Merkmale Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Identität geht die Vorschrift über die Richtlinienvorgaben hinaus, um grundsätzlich jedermann die Absicherung bedeutender Lebensrisiken zu ermöglichen.[323]

Das eingeschränkte Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG betrifft damit ganz überwiegend, aber nicht ausschließlich, natürliche und juristische Personen, die in Ausübung ihres Gewerbes und damit als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB handeln.[324]

d. Ausgenommene Schuldverhältnisse

Vom Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots ausgenommen sind gemäß § 19 Abs. 4, 5 AGG familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse sowie Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird.

aa. Familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse

Familienrechtliche Schuldverhältnisse umfassen insbesondere Verlöbnis, Ehe und Scheidung sowie Verwandtschaft und die verwandtschaftsersetzenden Rechtsinstitute der Vormundschaft, Betreuung und Pflegschaft.[325] Erbrechtliche Schuldverhältnisse sind Geschäfte, mit denen eine Person die Weitergabe ihres Vermögens nach dem Tod regelt, insbesondere Tes-

---

[321] Art. 5 Abs. 1 RL 2004/113/EG schließt neben Versicherungsverträgen auch verwandte Finanzdienstleistungen in den Benachteiligungsschutz mit ein. Dieses gilt bei richtlinienkonformer Auslegung über den Gesetzeswortlaut hinaus auch für die Vorschrift des § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG, vgl. *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 22.

[322] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 21; vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 42.

[323] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 42.

[324] *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (1097); vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 41.

[325] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 19.

tament und Erbvertrag, aber auch solche Rechtsgeschäfte, mit denen die Erbfolge vorweggenommen wird[326]. Diese Schuldverhältnisse unterscheiden sich elementar von sonstigen privatrechtlichen Geschäften, da strukturell ein besonderes Näheverhältnis zwischen den Parteien besteht.[327] Wäre es im Rahmen dieser Rechtsverhältnisse untersagt, rechtsgeschäftliche Entscheidungen von den einschlägigen Persönlichkeitsmerkmalen der anderen Partei abhängig zu machen, also etwa ein Verlöbnis aus Altersgründen ablehnen zu dürfen, so wäre das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen schwerwiegend beeinträchtigt.[328] Die Regelung des § 19 Abs. 4 AGG dient primär der Klarstellung, da familien- oder erbrechtliche Schuldverhältnisse innerhalb des Anwendungsbereichs des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots kaum denkbar sind, müssten sie doch insbesondere gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG den Zugang zu oder die Versorgung mit der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gütern oder Dienstleistungen betreffen.[329]

bb. Besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis

Die Vorschrift des § 19 Abs. 5 AGG nimmt zum Schutz der Privatsphäre des Anbieters[330] zudem Schuldverhältnisse vom Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots aus, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien oder ihren Angehörigen begründet wird.[331] Im Unterschied zu Abs. 4 reicht es nicht aus, dass allein aufgrund der Struktur des Schuldverhältnisses typischerweise ein persönlicher Nähebereich zwischen den Parteien entsteht. Vielmehr muss die Durchführung des konkreten Schuldverhältnisses über die üblichen sozialen Kontakte und gegenseitigen Schutzpflichten hinaus eine enge persönliche Bindung der Parteien zur Folge haben.[332]

---

[326] *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 19, Rn. 7; vgl. BTDrucks 16/1780, S. 42.
[327] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 19, Rn. 15; vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 42.
[328] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 31.
[329] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 31.
[330] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 32.
[331] Damit wird zum einen Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG umgesetzt, der Transaktionen innerhalb des Privat- und Familienlebens vom Gleichbehandlungsgebot ausnimmt, zum anderen wird ErwG Nr. 4 RL 2000/43/EG sowie ErwG Nr. 3 RL 2004/113/EG Rechnung getragen, wonach der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens bei Rechtsgeschäften in diesem Zusammenhang gewahrt bleiben soll.
[332] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 35; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 19, Rn. 18; vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 42 f.

Ein besonderes Näheverhältnis wird begründet, wenn das Schuldverhältnis die Privat- oder Familiensphäre des Betroffenen in besonderem Maße berührt,[333] wie § 19 Abs. 5 S. 2 AGG es für die Nutzung gemieteten Wohnraums auf demselben Grundstück vermutet. Da damit regelmäßig auch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien entsteht, ist umstritten, ob diesem Merkmal neben dem besonderen Näheverhältnis noch eine eigenständige Bedeutung zukommt.[334] Nach der Gesetzesbegründung[335] kann ein Vertrauensverhältnis etwa dann begründet werden, wenn das Geschäft für eine der Parteien besondere Bedeutung hat oder einen besonders engen und dauerhaften Kontakt zwischen den Parteien mit sich bringt. Entsprechend dem o.g. Schutzzweck der Norm muss darüber hinaus allerdings eine Berührung mit der Privatsphäre des Anbieters oder seiner Angehörigen bestehen, so dass im Ergebnis mit einem besonderen Vertrauensverhältnis stets ein besonderes Näheverhältnis einhergeht. Von dem Ausschlusstatbestand des § 19 Abs. 5 AGG erfasst sind damit „Rechtsverhältnisse mit personenrechtlichem Einschlag“, wie etwa Wohnraummietverträge und Dienstverträge mit Haushaltshilfen.[336]

3. Persönlicher Anwendungsbereich

Im Gegensatz zum sachlichen Anwendungsbereich trifft das AGG keine Aussagen zu seinem persönlichen Anwendungsbereich. Verpflichteter und Berechtigter des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots müssen daher durch Auslegung ermittelt werden.

a. Verpflichteter

Passivlegitimiert ist nach der Gesetzesbegründung[337] jedenfalls der Anbieter, also etwa derjenige, der Güter oder Dienstleistungen in einer dem Anwendungsbereich der §§ 2 Abs. 1 Nr. 8; 19 Abs. 1, 2 AGG unterfallenden Weise der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt. Fraglich ist jedoch, ob darüber hinaus auch der Nachfrager einer Leistung bei der Auswahl des Anbieters sowie Dritte dem Benachteiligungsverbot unterliegen.

---

[333] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 38; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 19, Rn. 18; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 22; kritisch hierzu *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 21 f.

[334] Bejahend: *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 19, Rn. 18; ablehnend: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 19, Rn. 58; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 108 im Wege der europarechtskonformen Auslegung; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 24 f.

[335] BTDrucks 16/1780, S. 42 f.

[336] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 19 AGG, Rn. 36.

[337] BTDrucks 16/1780, S. 41 ff.

Während ein Vorentwurf zum ADG-E 2004[338] noch ausdrücklich an das Angebot von Leistungen anknüpfte, stellt § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG nunmehr seinem Wortlaut nach allein darauf ab, ob die betreffenden Güter und Dienstleistungen der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Insofern müsste auch der Nachfrager einer solchen Leistung dem Benachteiligungsverbot unterliegen, etwa der Kunde, der beim Metzger Fleisch bestellt. Tatsächlich beinhaltet das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot keine dahingehende Einschränkung, dass nur Unternehmer i.S.v. § 14 BGB erfasst sind. Dennoch geht die Gesetzesbegründung[339] davon aus, dass dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot in aller Regel unternehmerische Leistungen unterfallen. Darüber hinaus bezieht sich die Gesetzesbegründung[340] wiederholt auf den „Anbieter", so dass der nachfragende Kunde im Ergebnis nicht erfasst ist und in seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit unberührt bleibt.[341] Dieses muss auch dann gelten, wenn eine Leistung durch öffentliche Kundgabe nachgefragt wird, etwa durch ein Kauf- oder Dienstleistungsgesuch in der Tageszeitung. In dem Fall stellt der Nachfrager zwar der Öffentlichkeit die Vergütung als Gegenleistung zur Verfügung, allerdings handelt es sich bei Zahlungsmitteln nicht um Waren i.S.v. Art. 28 Abs. 2 AEUV[342] und damit auch nicht um Güter i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG.

Bedient sich der Anbieter einer dritten Person, etwa einer Angestellten in seinem Verkaufsgeschäft, so muss auch diese dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot unterliegen, da es anderenfalls leer liefe.[343] Fraglich ist allerdings, ob ein Verstoß durch den weisungsabhängigen Dritten diesen selbst oder aber den Weisungsgeber verpflichtet. Im Hinblick auf die Systematik des arbeitsrechtlichen Teils des AGG, wonach der Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 1 AGG auch für Benachteiligungen durch betriebsangehörige sowie sonstige Dritte einstehen muss, sofern er sie zu vertreten hat,[344] ist auch für das zivilrechtliche Benachteili-

---

[338] Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz – ADG) des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 06.05.2004; abrufbar unter http://baer.rewi.hu-berlin.de/w/files/lsb_adg_chronologie/adg_entwurf_mai_2004_bmfsfj_euri.pdf, letzter Aufruf am 13.03.2012. Gemäß § 319c Abs. 1 Nr. 1 BGB-E sollte „das Benachteiligungsverbot […] in Bezug auf den Zugang zu oder die Versorgung mit Waren, Grundstücken, Wohnraum und anderen Leistungen [gelten], die öffentlich zum Vertragsabschluss angeboten werden".

[339] BTDrucks 16/1780, S. 41.

[340] BTDrucks 16/1780, S. 41 ff.

[341] So auch *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 124; a.A. *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6 (11).

[342] *Lorenzmeier*, EuropaR, S. 201.

[343] *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 127 ff.

[344] Vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 15, Rn. 14 ff.

gungsverbot von einer Zurechnung fremden Verhaltens analog § 278 BGB sowie fremden Verschuldens gemäß § 278 BGB auszugehen.[345]

b. Berechtigter

Aktivlegitimiert ist gemäß § 21 AGG der „Benachteiligte", mithin jede natürliche Person, die als Verbraucher oder Unternehmer[346] im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs benachteiligt wurde, wie insbesondere der Vertragsinteressent oder Vertragspartner eines Anbieters von Schuldverhältnissen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG.[347]

4. Verbotene Benachteiligung

a. Benachteiligungsmerkmale

Im Rahmen des jeweiligen sachlichen Anwendungsbereichs ist es gemäß § 19 Abs. 1, 2 AGG verboten, andere Personen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu benachteiligen. Der Katalog an Benachteiligungsmerkmalen ist abschließend und nicht durch Analogie – etwa auf die Merkmale Krankheit oder politische Gesinnung – erweiterbar.[348] Maßgeblich für alle Benachteiligungsmerkmale ist, dass die rechtsgeschäftliche Entscheidung an eines der aufgeführten Merkmale anknüpft, unabhängig davon, ob der Benachteiligte tatsächlich oder nur vermeintlich Träger dieses Merkmals ist[349] oder aber wegen seiner engen Verbundenheit zu Trägern des Merkmals benachteiligt wird.[350]

Das umfassende Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG verbietet sachwidrige Ungleichbehandlungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft. Zur Gewährleistung eines lückenlosen Schutzes vor ethnisch motivierter Benachteiligung sind diese Begriffe im Sinne des EG-Rechts umfassend zu verstehen.[351] Erfasst werden alle Fälle von

---

345 Ausführlich hierzu *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 125 ff.
346 *Oberwetter,* AGG, S. 51.
347 *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 131.
348 *Ellenberger,* in: Palandt, BGB, § 1 AGG, Rn. 1; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 1 AGG, Rn. 93.
349 *Stork,* ZEuS 2004, 1 (10 f.) zum ADG-E 2004; a.A. *Ellenberger,* in: Palandt, BGB, § 1 AGG, Rn. 1.
350 *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 36.
351 Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 31.

Ungleichbehandlung aufgrund einer rassistischen Einstellung unabhängig von dem tatsächlichen Anknüpfungspunkt, wie Hautfarbe, Sprache, Volkstum oder Staatsangehörigkeit.[352]

Das eingeschränkte Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG erstreckt sich darüber hinaus auf die Merkmale Geschlecht, Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Identität.

Benachteiligung wegen des Geschlechts ist die unsachliche Differenzierung zwischen Männern und Frauen, ebenso wie die Zurücksetzung von inter- und transsexuellen Menschen[353].

Das Merkmal Religion umfasst bei verfassungskonformer Auslegung auch die Weltanschauung eines Menschen, da Weltanschauungsgemeinschaften gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 der Weimarer Reichsverfassung den Religionsgemeinschaften gleichgestellt sind.[354] Prägend für beide Begriffe ist die Gewissheit eines Menschen über bestimmte Aussagen zum Weltganzen und zu Herkunft und Ziel der menschlichen Existenz.[355] Während Religion allerdings durch transzendente, jenseitige Bezüge charakterisiert ist, hat eine Weltanschauung innerweltliche, diesseitige Bezugspunkte.[356] Der Begriff der Weltanschauung ist eng auszulegen und beinhaltet – entgegen den politischen Erwägungen, die zu seiner Streichung aus dem Gesetzestext geführt haben – nicht die politische Gesinnung des Menschen.[357]

Der Terminus Behinderung entspricht dem in §§ 3 BGG; 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX.[358] Danach sind Menschen behindert, „wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.“ Der Grad der Behinderung ist insoweit unerheblich, insbesondere muss keine Schwerbehinderung vorliegen.[359] Nicht von dem Begriff der Behinderung erfasst wird die

---

[352] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 37; vgl. zur mittelbaren Rassendiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder Religion *Stork*, ZEuS 2004, 1 (10 f.).
[353] *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 1 AGG, Rn. 58.
[354] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 40.
[355] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 1, Rn. 28.
[356] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 1 AGG, Rn. 8 f.
[357] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 40; a.A. *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 1 AGG, Rn. 9.
[358] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 31.
[359] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 1 AGG, Rn. 10.

Krankheit, die durch eine nur vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigung charakterisiert ist.[360]

Das Benachteiligungsverbot wegen des Alters betrifft das Lebensalter und schützt Menschen jeder Altersgruppe.[361] Unberührt bleiben gesetzliche Altersgrenzen, wie insbesondere der Minderjährigenschutz nach dem JuSchG sowie nach §§ 104 ff. BGB.[362]

Der Begriff der sexuellen Identität umfasst grundsätzlich alle sexuellen Ausrichtungen eines Menschen, wie Hetero-, Homo- und Bisexualität sowie Trans- und Intersexualität.[363] Ausgenommen sind jedoch solche Neigungen, deren Ausübung gegen nationale Verbotsgesetze verstoßen würde, wie insbesondere Pädophilie und Nekrophilie.[364]

b. Formen von Benachteiligung

Untersagt sind gemäß § 3 AGG unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen, Anweisungen zur Benachteiligung sowie (sexuelle) Belästigungen.

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 AGG vor, wenn eine Ungleichbehandlung aufgrund eines der in § 1 AGG genannten Merkmale dazu führt, dass die betroffene Person eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person, die das betreffende Merkmal nicht aufweist. Als Vergleichsgrundlage dient nicht nur die tatsächliche Besserstellung eines anderen in der Gegenwart oder Vergangenheit, sondern auch seine hypothetische Bevorzugung in vergleichbarer Lage.[365] Dass die Benachteiligung „aus Gründen“ oder „wegen“ eines der geschützten Merkmale erfolgen muss, impliziert einen Benachteiligungsvorsatz[366]. Da es nicht darauf ankommt, ob die betroffene Person tatsächlich Träger des geschützten Merkmals ist,[367] ist eine Benachteiligung auch dann gegeben, wenn

---

[360] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 1, Rn. 41a.
[361] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 31.
[362] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 43.
[363] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 31.
[364] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 1 AGG, Rn. 12; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 1, Rn. 52; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 1 AGG, Rn. 10; vgl. auch *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 1 AGG, Rn. 88, der auf eine europaweite Strafbarkeit abstellt.
[365] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 3, Rn. 11; enger *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 3 AGG, Rn. 5, der statt einer hypothetischen Ungleichbehandlung eine hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit für eine Ungleichbehandlung verlangt.
[366] *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2579); so auch *Adomeit*, in: FS Westermann, S. 19 (26); a.A. *Preis*, ZESAR 2007, 308 (313); *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 2, Rn. 38.
[367] Vgl. bereits oben in diesem Kapitel unter II 4 a.

der Benachteiligende das geschützte Merkmal irrtümlich annimmt, und scheidet eine Benachteiligung aus, wenn der Betroffene zwar eines der geschützten Merkmale aufweist, die Benachteiligung aber auf anderen unsachlichen Gründen beruht[368]. Keine verbotene Benachteiligung liegt vor, wenn der Anbieter bei seiner Entscheidung an einen sachlichen Grund anknüpft, der mit einem geschützten Merkmal des Interessenten in engem Zusammenhang steht.[369] So verstößt der Betreiber einer Achterbahn nicht gegen § 19 Abs. 1 AGG, wenn er einem hochbetagten Jahrmarktsbesucher aufgrund dessen offensichtlich schlechten Gesundheitszustandes die Mitfahrt verweigert.

Eine mittelbare Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG liegt vor, wenn scheinbar neutrale Kriterien sich für Träger eines der geschützten Merkmale faktisch benachteiligend auswirken, ohne dass die Ungleichbehandlung unmittelbar an dieses Merkmal anknüpft.[370] Unerheblich ist daher auch, ob die Regelung darauf ausgerichtet ist, bestimmte Merkmalsträger zu benachteiligen oder ob dieses nur eine unbeabsichtigte Folge ist.[371] Das Verbot mittelbarer Benachteiligung soll in erster Linie verhindern, dass durch das Anlegen vordergründig objektiver Kriterien das unmittelbare Benachteiligungsverbot umgangen wird.[372] Ausgeschlossen ist eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG, wenn die Auswahlkriterien ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt sind, weil mit verhältnismäßigen Mitteln ein rechtmäßiges Ziel verfolgt wird. Durch die Tatbestandsvoraussetzung der fehlenden sachlichen Rechtfertigung soll der sehr weite Anwendungsbereich der mittelbaren Benachteiligung begrenzt werden.[373] So ist es etwa sachlich gerechtfertigt und stellt damit keine mittelbare Benachteiligung i.S.v. § 19 Abs. 2 AGG dar, wenn für den Abschluss eines Mietvertrags ein Minimum an Deutschkenntnissen vorausgesetzt wird.[374]

Gemäß § 3 Abs. 5 AGG erfüllt auch derjenige den Tatbestand der Benachteiligung, der vorsätzlich einen weisungsgebundenen Dritten – ausdrücklich oder konkludent – zur Benachteiligung anweist, wobei es weder darauf ankommt, dass die Benachteiligung durch den Angewiesenen tatsächlich auf der Anweisung beruht, noch dass der Angewiesene die Benachteili-

---

[368] *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 45.
[369] *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 212.
[370] *Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 3 AGG, Rn. 14.
[371] Vgl. *Maier-Reimer,* NJW 2006, 2577 (2579).
[372] *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 3, Rn. 20.
[373] *Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 3 AGG, Rn. 16.
[374] *Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 3 AGG, Rn. 19; *Rolfs,* NJW 2007, 1489 (1492); differenzierend *Hinz,* Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 14.

gung überhaupt ausführt.[375] Damit liegt ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot bereits in der versuchten Anstiftung zur Benachteiligung durch Erteilung der Anweisung.[376] Auf diese Fälle beschränkt sich auch die praktische Bedeutung der Norm, da in den Fällen, in denen der Angewiesene die Benachteiligung durchführt, der Anweisende bereits über §§ 31; 278; 831 BGB verpflichtet wird.[377] Unerheblich ist weiterhin die Art der Weisungsgebundenheit, die sowohl rechtlicher Natur sein kann, wie etwa zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, als auch auf einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis beruhen kann, wie beispielsweise zwischen Großkunden und kleineren Anbietern, aber auch sozialer oder intellektueller Überlegenheit geschuldet sein kann.[378]

Auch (sexuelle) Belästigungen wegen eines der geschützten Merkmale fallen unter das Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1, 2 AGG. Dabei handelt es sich nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 3 AGG um unerwünschte Verhaltensweisen, die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Im Zusammenhang mit der Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch spielt diese Form der Benachteiligung allerdings keine Rolle, da eine Vertragsverweigerung durch (sexuelle) Belästigung und damit auch die Kompensation durch Vertragsabschlusszwang nicht denkbar sind.

c. Sachliche Gründe

aa. Normzweck

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot zielt in erster Linie darauf ab, in bestimmten Bereichen des Zivilrechtsverkehrs Diskriminierungen wegen der geschützten Persönlichkeitsmerkmale zu verhindern.[379] Im Einzelfall kann es aber durchaus sachliche Gründe dafür geben und sogar allgemein akzeptiert und erwünscht sein,[380] den Träger eines einschlägigen Merkmals anderen Personen gegenüber zu benachteiligen. Die §§ 19 Abs. 3; 20 AGG normie-

[375] *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 16; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 47.
[376] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 3, Rn. 68; *Wendtland*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 2, Rn. 85.
[377] *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 3 AGG, Rn. 7.
[378] *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3, Rn. 85; *Wendtland*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 2, Rn. 84.
[379] Vgl. in diesem Kapitel unter II 1 c.
[380] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 44 unter Hinweis auf Schüler- und Studierendenrabatte und spezielle Schwimmbad-Öffnungszeiten für Frauen.

ren daher Rechtfertigungsgründe[381] für solche Fälle, in denen die Benachteiligung ausnahmsweise nicht missbilligenswert ist.

bb. Rechtfertigungsgründe

(1) Vermietung von Wohnraum, § 19 Abs. 3 AGG

Einen speziellen Rechtfertigungsgrund für Benachteiligungen bei der Vermietung von Wohnraum normiert § 19 Abs. 3 AGG, der – in Anlehnung an die Ziele des § 6 WRFG – bewährten stadt- und wohnungspolitischen Sozialaspekten Rechnung tragen soll.[382] Danach ist bei der Wohnraumvermietung eine Differenzierung anhand der geschützten Merkmale ausnahmsweise zulässig, um sozial stabile Bewohnerstrukturen, ausgewogene Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichene wirtschaftliche, soziale und kulturelle Verhältnisse herzustellen oder zu erhalten. Damit ist nach der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs[383] allerdings nicht die Unterrepräsentanz bestimmter Gruppen zu rechtfertigen, sondern nur die Verhinderung konfliktträchtiger Homogenität innerhalb der betroffenen Gebiete („Ghettobildung"). Anwendung findet die Regelung des § 19 Abs. 3 AGG nur für solche Vermieter, die nach einem schlüssigen wohnungspolitischen Integrationskonzept vorgehen und die Bevölkerungs- bzw. Siedlungsstrukturen überhaupt beeinflussen können, weil sie einen gewichtigen Anteil an der Vermietung ganzer Häuserblocks, Straßenzüge oder Stadtviertel haben.[384]

Da die Anti-Rassismus-Richtlinie – über wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen i.S.v. Art. 4 und positive Maßnahmen i.S.v. Art. 5 hinaus – keine Rechtfertigungsgründe für Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft vorsieht, erstreckt sich die Vorschrift des § 19 Abs. 3 AGG in richtlinienkonformer Ausle-

---

[381] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 28, § 20 AGG, Rn. 1; vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 43.
[382] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 19, Rn. 14.
[383] BTDrucks 16/1780, S. 42.
[384] *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 19 AGG, Rn. 6; *Lingemann*, in: PWW, BGB, § 19 AGG, Rn. 9; *Rolfs*, NJW 2007, 1489 (1491); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 82.

gung nicht auf diese Merkmale.[385] Ein Verstoß gegen das umfassende Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG lässt sich mithin nicht durch § 19 Abs. 3 AGG rechtfertigen.[386]

(2) Privatrechtliche Versicherungsverhältnisse

Die Regelung des § 20 Abs. 2 AGG beinhaltet einen speziellen Rechtfertigungsgrund für Benachteiligungen im Rahmen privatrechtlicher Versicherungsverhältnisse und geht als abschließende Sondervorschrift der allgemeinen Regelung in Abs. 1 vor.[387] Danach darf nach näherer Bestimmung bei der Bemessung der Versicherungsprämien und -leistungen anhand des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität nur aufgrund versicherungsmathematischer und statistischer Risikobewertung unterschieden werden. Eine Differenzierung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist nach Maßgabe von § 20 Abs. 2 AGG auch bei der Bemessung von Versicherungsprämien und -leistungen nicht zu rechtfertigen und damit insgesamt bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von Versicherungsverhältnissen unzulässig.[388]

(3) Allgemeiner Rechtfertigungsgrund

Gemäß § 20 Abs. 1 AGG lassen sich Benachteiligungen außerhalb privatrechtlicher Versicherungsverhältnisse auch damit rechtfertigen, dass die unterschiedliche Behandlung aus sachlichem Grund erfolgt. In Betracht kommen jedoch auch hier nur Ungleichbehandlungen wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts, nicht dagegen solche aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft. Die Vorschrift des § 20 Abs. 1 AGG beinhaltet neben vier – nicht abschließenden – Regelbeispielen einen Grundtatbestand, für dessen Auslegung die Regelbeispiele als „Richtschnur“ dienen.[389]

---

[385] *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 2, Rn. 127; *Grüneberg,* in: Palandt, BGB, § 19 AGG, Rn. 6; *Harke,* SchuldR-AT, Rn. 40; *Lingemann,* in: PWW, BGB, § 19 AGG, Rn. 9; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 85; a.A. *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 19, Rn. 14.

[386] In Betracht kommen aber positive Maßnahmen gemäß § 5 AGG zur präventiven Verhinderung künftiger oder zum Ausgleich bestehender Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, vgl. *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 85.

[387] *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 20 AGG, Rn. 4.

[388] *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 20, Rn. 12.

[389] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 43.

(α) Regelbeispiele

So kann eine Ungleichbehandlung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 AGG zulässig sein, wenn sie der Vermeidung von Gefahren und Schäden sowie vergleichbaren Zwecken dient, was neben der Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten im Rahmen von Massengeschäften auch den Schutz von Opfern sexueller Gewalt – etwa durch reine Frauenhäuser – sicherstellen soll.[390]

Zulässige Benachteiligungen zum Schutz der Intimsphäre und aus Gründen der persönlichen Sicherheit gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 AGG betreffen insbesondere unterschiedliche Behandlungen aufgrund des Geschlechts in gesellschaftlich anerkannten bzw. erwünschten Situationen, wie beispielsweise Frauensaunen und Frauenparkplätze.[391]

Nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 AGG können auch solche Benachteiligungen gerechtfertigt sein, die rein faktisch dadurch entstehen, dass ein bestimmter Personenkreis bevorzugt wird, sofern kein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung besteht. Ein solches Interesse fehlt, wenn die Vorteilsgewährung sozial erwünscht ist, wie etwa bei Rabatten für Personengruppen mit typischerweise geringem Einkommen, oder wenn die Vorteilsgewährung wettbewerbliche Gründe hat, weil sie einen bestimmten Kundenkreis anziehen soll, wie z.B. *Lady's Nights*, also Tanzveranstaltungen mit freiem Eintritt für Frauen.[392] Ausgeschlossen ist eine Rechtfertigung nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 AGG jedoch, wenn der gewährte Vorzugspreis tatsächlich dem marktüblichen Preis entspricht und die vermeintliche Bevorzugung eine indirekte Benachteiligung von Trägern bestimmter geschützter Merkmale verschleiern soll.[393]

Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 AGG kann eine Ungleichbehandlung wegen der – tatsächlichen oder nur mutmaßlichen[394] – Religion schließlich auch im Hinblick auf die Religionsfreiheit des Benachteiligenden gerechtfertigt sein. Dieses gilt vor allem für Einrichtungen der Religionsgemeinschaften sowie für sonstige Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion zur Aufgabe gemacht haben, aber auch für Privatpersonen.[395] Voraussetzung ist, dass die unterschiedliche Behandlung Ausfluss eines konkreten anerkannten Glaubenssatzes ist, dessen Nichtbeachtung den Benachteiligenden in einen nicht hinzunehmenden Gewis-

[390] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 43.
[391] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 44.
[392] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 11.
[393] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 44.
[394] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 44.
[395] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 13.

senskonflikt bringen würde,[396] wobei das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft zu berücksichtigen ist.

(β) Grundtatbestand

Auch über die Regelbeispiele hinaus kann eine Ungleichbehandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts nach dem Grundtatbestand des § 20 Abs. 1 AGG gerechtfertigt sein, wenn dafür ein sachlicher Grund besteht. Dieser ist nicht näher konkretisiert und muss im Einzelfall durch wertende Abwägung der konkreten Umstände unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben festgestellt werden, wobei die Regelbeispiele als Orientierungshilfe dienen.[397] Entscheidend für die Annahme eines sachlichen Grundes sind neben dem Charakter des jeweiligen Schuldverhältnisses die konkreten Umstände und Belange auf Seiten beider Parteien.[398] Ein sachlicher Grund ist nur gegeben, wenn mit der unterschiedlichen Behandlung ein nachvollziehbares, nicht offensichtlich willkürliches Ziel verfolgt wird[399] und die Ungleichbehandlung zur Erreichung dieses Ziels erforderlich und angemessen ist[400].

(4) Positive Maßnahmen

Gemäß § 5 AGG ist eine Ungleichbehandlung auch dann zulässig, wenn sie in Form einer geeigneten und angemessenen positiven Maßnahme bestehende Nachteile wegen eines der geschützten Merkmale unterbinden oder kompensieren soll. Darin kommt der allgemeine europäische Grundsatz zum Tragen, dass die Interessen Einzelner zur Wahrung der Interessen einer Vielzahl von Menschen zurückzutreten haben.[401]

Bei der Regelung des § 5 AGG handelt es sich ebenfalls um einen Rechtfertigungsgrund.[402] Nicht überzeugen kann insoweit der Einwand, dass eine solche „umgekehrte Diskriminierung“, die statt auf Ungleichbehandlung auf Gleichstellung abzielt, schon tatbestandlich keine

---

396 *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 20, Rn. 11.
397 Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 43.
398 *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 20, Rn. 6.
399 *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 20, Rn. 6; vgl. auch *Maier-Reimer,* NJW 2006, 2577 (2581).
400 *Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 4; a.A. *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 20, Rn. 6, der das Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ablehnt.
401 *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 5, Rn. 1.
402 *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 5, Rn. 1; *Lingemann,* in: PWW, BGB, § 5 AGG, Rn. 1.

Benachteiligung i.S.v. AGG darstelle.[403] Wie bereits dargelegt zeichnet sich eine Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 1 AGG dadurch aus, dass der Betroffene wegen eines geschützten Merkmals eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person sie erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.[404] Maßgeblich ist insofern allein die Behandlung des Betroffenen in Relation zu der Vergleichsperson, nicht dagegen die Motivation des Handelnden im Hinblick auf Schlechterstellung des einen oder aber Besserstellung des anderen mit dem Ziel der Gleichstellung durch Ausgleich bestehender Nachteile.

Der Begriff der Maßnahme umfasst alle Handlungen, die darauf abzielen, Nachteile wegen eines der einschlägigen Merkmale zu verhindern oder auszugleichen.[405] Nachteile sind bereits eingetretene oder drohende Schlechterstellungen eines Personenkreises.[406] Als Maßnahmen i.S.v. § 5 AGG kommen beispielsweise Sportangebote für behinderte Menschen, Computerkurse für Senioren sowie Sprachkurse für Menschen mit bestimmter ethnischer Herkunft in Betracht.[407]

Der Anbieter hat darüber hinaus den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, also eine Maßnahme zu wählen, die geeignet, erforderlich[408] und angemessen ist, die bestehenden Nachteile für die Zukunft zu verhindern oder zu kompensieren. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Ungleichbehandlung ist zu berücksichtigen, dass der Staat selbst und nicht der Bürger dazu berufen ist, positive Maßnahmen zur Verhinderung von Diskriminierung zu ergreifen; der Anbieter hat daher nur einen engen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation.[409]

---

[403] So aber *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 5 AGG, Rn. 1.
[404] Vgl. in diesem Kapitel unter II 4 b.
[405] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 5, Rn. 6.
[406] *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 5 AGG, Rn. 1.
[407] *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 5 AGG, Rn. 3.
[408] Auch ohne explizite gesetzliche Bestimmung ist der mildeste Eingriff zu wählen, vgl. *Lingemann*, in: PWW, BGB, § 5 AGG, Rn. 5.
[409] *Lingemann*, in: PWW, BGB, § 5 AGG, Rn. 1, 6.

5. Rechtsfolgen

a. Ansprüche aus § 21 AGG

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot ergeben sich aus § 21 AGG. Nach der amtlichen Entwurfsbegründung[410] regelt § 21 Abs. 1 AGG – in Nachbildung von § 1004 BGB[411] – die „Primäransprüche" des Benachteiligten auf Beseitigung und künftige Unterlassung, während in Abs. 2 „Sekundäransprüche" auf Schadensersatz und Entschädigung normiert sind. Diese Terminologie ist jedoch nicht dahingehend zu deuten, dass die Ansprüche aus Abs. 2 nachrangig gegenüber denen aus Abs. 1 sind; vielmehr besteht insoweit Anspruchskonkurrenz.[412]

aa. Beseitigungsanspruch

Der Beseitigungsanspruch nach § 21 Abs. 1 S. 1 AGG erfordert einen objektiven Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot,[413] welcher bereits mit der Ankündigung einer verbotenen Benachteiligung beginnen kann, etwa durch den Aushang eines Gastwirts, wonach bestimmten Personengruppen der Zugang zur Gaststätte untersagt ist.[414] Der Verstoß muss unmittelbar zu der noch andauernden Beeinträchtigung geführt haben, deren Beseitigung der Anspruchsteller verlangt.[415] Soweit die unterschiedliche Behandlung aufgrund der Vorschriften der §§ 5; 19 Abs. 3; 20 AGG gerechtfertigt ist, scheidet ein objektiver Verstoß aus.[416] Im Übrigen wird die Rechtswidrigkeit der unterschiedlichen Behandlung bereits durch den Verstoß gegen § 19 AGG indiziert und kann bei Vorliegen eines allgemeinen zivilrechtlichen Rechtfertigungsgrundes entfallen.[417]

---

[410] BTDrucks 16/1780, S. 46.
[411] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 21, Rn. 4.
[412] *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 32; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 74.
[413] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 46.
[414] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 187; vgl. auch *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 8.
[415] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 191; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 9.
[416] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 188; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 6.
[417] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 188; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 10; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 21, Rn. 7; a.A. *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 6.

Der Beseitigungsanspruch ist allein auf Abstellung der anhaltenden Beeinträchtigung für die Zukunft gerichtet, nicht dagegen auf Herstellung des ursprünglichen Zustandes oder auf Folgenbeseitigung.[418] Eine Beeinträchtigung i.S.v. § 21 Abs. 1 S. 1 AGG liegt in der benachteiligenden Behandlung gerade aufgrund eines der geschützten Merkmale, wobei Ungleichbehandlung und Grund untrennbar miteinander verknüpft sind.[419] Die Beseitigung einer solchen Benachteiligung besteht nicht darin, den Benachteiligten nunmehr mit (hypothetischen) Vergleichspersonen in jeder Hinsicht gleich zu behandeln, sondern darin, ihn nicht mehr aufgrund eines geschützten Merkmals anders zu behandeln.[420] So kann der Vermieter, der in Abweichung von seiner üblichen Mietpraxis von einem ausländischen Mieter aufgrund dessen Ethnie eine Mietkaution verlangt, diese Beeinträchtigung beseitigen, indem er die Kautionsforderung nicht mehr auf die ethnische Herkunft des Mieters, sondern auf dessen geringe Einkünfte stützt. Ob der Beseitigungsanspruch auch auf Abschluss eines Vertrags gerichtet sein kann, ist streitig und wird in einem späteren Untersuchungsschritt im Einzelnen zu analysieren sein.

bb. Unterlassungsanspruch

Die Vorschrift des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG normiert einen Unterlassungsanspruch für den Fall, dass weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, also durch Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot konkret drohen[421]. Tatbestandsvoraussetzung ist damit die auf Tatsachen basierende ernsthafte Besorgnis einer erneuten Beeinträchtigung (Wiederholungsgefahr), was in der Regel aufgrund der vorangegangenen rechtswidrigen Benachteiligung – widerlegbar – vermutet werden kann.[422]

Über den Gesetzeswortlaut hinaus können auch vorbeugende Unterlassungsansprüche auf die Norm gestützt werden.[423] Voraussetzung dafür sind ernstliche, greifbare Anhaltspunkte tatsächlicher Art, die erwarten lassen, dass der Anspruchsgegner in naher Zukunft und in näher

---

[418] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 191 f.; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 3; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 9; a.A. *Lingemann*, in: PWW, BGB, § 21 AGG, Rn. 2, welcher einen auf Naturalrestitution gerichteten Beseitigungsanspruch annimmt.

[419] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 2.

[420] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 3.

[421] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 46.

[422] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 6; *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 196; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 14; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 37.

[423] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 7; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 21, Rn. 5; *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 198; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 4; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 14.

bestimmter Weise gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen wird (Erstbegehungsgefahr).[424]

Der Unterlassungsanspruch umfasst alle Handlungen, die erforderlich sind, um die drohende Beeinträchtigung zu verhindern. Er ist damit nicht zwingend auf reine Untätigkeit gerichtet, sondern kann auch ein positives Handeln umfassen, etwa die Zugangsgewährung zu einer Einkaufspassage.[425] Auch ein Zwang zum Vertragsabschluss wird als Inhalt des Unterlassungsanspruchs diskutiert.[426]

cc. Schadensersatzanspruch

Strukturell ist der verschuldensabhängige Schadensersatzanspruch aus § 21 Abs. 2 S. 1, 2 AGG der Regelung des § 280 Abs. 1 BGB angeglichen.[427] Der Anspruchsgegner hat sowohl für eigenes schuldhaftes Verhalten gemäß § 276 BGB als auch für das eines Dritten gemäß §§ 31; 278 BGB einzustehen.[428] Sofern die pflichtwidrige Benachteiligung feststeht, kann der Anspruchsgegner gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 AGG den Entlastungsbeweis führen, also nachweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Das Verschuldenserfordernis wird im Hinblick auf die Merkmale Geschlecht, Rasse und ethnische Herkunft unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH[429] teilweise für europarechtswidrig gehalten,[430] wobei *Jan Dirk Harke*[431] zutreffend darauf hinweist, dass Verschulden im Falle einer nachgewiesenen verbotenen Benachteiligung kaum in Zweifel zu ziehen sein dürfte.

Umfang und Höhe des Schadensersatzanspruchs richten sich nach dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 BGB, wobei insbesondere dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens praktische Relevanz zukommt: Der Anspruchsgegner kann nämlich erfolgreich einwenden, er hätte den Anspruchsteller auch ohne Verstoß gegen § 19 AGG aus einem anderen Grund ungünstiger behandeln dürfen; in dem Fall kommt nur ein Entschädigungs-

---

[424] *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 198; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 38.
[425] In diesem Sinne, jedoch missverständlich formuliert, BTDrucks 16/1780, S. 46.
[426] Vgl. etwa *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 208; *Schiek,* in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 13.
[427] *Grüneberg,* in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 5; *Lingemann,* in: PWW, BGB, § 21 AGG, Rn. 3.
[428] *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 21, Rn. 10.
[429] Vgl. oben 2. Kap. III 2 a.
[430] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 45 ff. m.w.N. (Fn. 128); a.A. *Busche,* in: Leible/Schlachter, S. 159 (176) zum ADG-E 2004; *Hinz,* Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 27.
[431] SchuldR-AT, Rn. 42.

anspruch nach § 21 Abs. 2 S. 3 AGG in Betracht.[432] Eine Haftungshöchstgrenze für den materiellen Schadensersatz besteht nicht, so dass nach der Gesetzesbegründung[433] die benachteiligende Verweigerung einer Taxifahrt dazu führen kann, dass der Taxifahrer dem Kunden in voller Höhe den Schaden, insbesondere auch den entgangenen Gewinn, ersetzen muss, der ihm durch den anschließend versäumten Geschäftstermin entstanden ist.

dd. Entschädigungsanspruch

Wegen immaterieller Schäden kann der Benachteiligte gemäß § 21 Abs. 2 S. 3 AGG zum Zwecke der Genugtuung eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Hierbei handelt es sich um eine gesetzliche Anordnung i.S.v. § 253 Abs. 1 BGB, die immateriellen Schadensersatz über die in § 253 Abs. 2 AGG aufgeführten Rechtsgüter hinaus auch für Verletzungen des Achtungs- und Geltungsanspruchs gewährt[434] und damit eine wirksame Sanktion insbesondere für die Fälle verbotener Benachteiligung normiert, in denen ein materieller Schaden nicht eingetreten oder nicht nachzuweisen ist.[435] Voraussetzung ist allerdings, dass die Zurückweisung bzw. Herabsetzung – in Anlehnung an die Grundsätze der Geldentschädigung bei Eingriffen in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht – eine gewisse Intensität erreicht und nicht anders ausgeglichen werden kann.[436] Angemessen ist die Entschädigung, wenn sie dem Benachteiligten Genugtuung verschaffen kann, wobei bei der Bemessung der grundsätzlich unbeschränkten[437] Entschädigungshöhe die Sanktionszwecke der Wirksamkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Abschreckung zu berücksichtigen sind.[438] Der Ausgleich materiellen Schadens führt zu einer Minderung des Entschädigungsanspruchs.[439]

Streitig ist, ob auch der Entschädigungsanspruch des § 21 Abs. 2 S. 3 AGG ein Vertretenmüssen des Anspruchsgegners voraussetzt. Dieses wird teilweise unter Hinweis darauf bejaht, dass § 21 Abs. 2 AGG als einheitliche verschuldensabhängige Anspruchsgrundlage für mate-

---

[432] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 9; *ders.*,VersR 2006, 1297 (1302).

[433] BTDrucks 16/1780, S. 46; vgl. auch *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, § 21, Rn. 11; im Einzelnen zur Schadensberechnung *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (1099 f.).

[434] *Armbrüster*, VersR 2006, 1297 (1303); *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 52.

[435] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 12.

[436] *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 21; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 61; vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 46.

[437] *Lingemann*, in: PWW, BGB, § 21 AGG, Rn. 4; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 21, Rn. 3.

[438] *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 6.

[439] *Lingemann*, in: PWW, BGB, § 15 AGG, Rn. 7.

rielle und immaterielle Schäden anzusehen sei.[440] Zudem sei es sachlich nicht begründbar, an die Ersatzfähigkeit materieller Schäden höhere Hürden anzulegen als an die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden.[441] Die wohl h.M.[442] will Entschädigung für immaterielle Schäden dagegen verschuldensunabhängig gewähren. Zur Begründung wird zum einen darauf verwiesen, dass es gegenüber der inzwischen aufgehobenen Referenznorm des § 611a Abs. 2 BGB[443] ein Rückschritt wäre, Entschädigungsansprüche nunmehr von einem Verschulden abhängig zu machen, zumal der EuGH bereits die frühere Fassung des § 611a Abs. 2 BGB deshalb für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt hatte.[444] Zum anderen ergebe sich aus dem Aufbau der Norm, dass das Verschuldenserfordernis in S. 2 sich lediglich auf den in S. 1 geregelten materiellen Schadensersatzanspruch beziehe, nicht dagegen auf den erst in S. 3 normierten Entschädigungsanspruch.[445]

Der letztgenannten Auffassung ist insbesondere im Hinblick auf die Systematik des Gesetzes zu folgen. Auch für das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot sieht § 15 Abs. 1, 2 AGG – nahezu wortgleich mit § 21 Abs. 2 AGG – Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung vor. Ausweislich der Gesetzesbegründung[446] ist jedoch nur der Schadensersatz-, nicht dagegen der Entschädigungsanspruch verschuldensabhängig. Warum aber innerhalb eines Gesetzes zwei nahezu wortgleiche Regelungen ohne jegliche Erläuterung in der Gesetzesbegründung unterschiedliche Wirkungen haben sollen, ist nicht ergründlich. Das Schweigen der amtlichen Begründung[447] zu einem Verschuldenserfordernis für Entschädigungsansprüche nach § 21 Abs. 2 S. 3 AGG kann daher nur dahingehend gedeutet werden, dass nichts anderes gelten soll als bei der Parallelvorschrift des § 15 Abs. 2 AGG.[448] Der Ge-

---

[440] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 13; *ders.*, VersR 2006, 1297 (1303); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 40 f.; im Ergebnis ebenso *Adomeit/Mohr*, AGG, § 21, Rn. 12; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 6; *Schreier*, JuS 2007, 308 (308, 312); *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 25.

[441] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 13.

[442] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 21, Rn. 12; *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (176) zum ADG-E 2004; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 57; *Lingemann*, in: PWW, BGB, § 21 AGG, Rn. 4; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 21; *Rolfs*, NJW 2007, 1489 (1494); *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (1098).

[443] I.d.F. vom 29.06.1998, BGBl. I, S. 1694.

[444] *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (176) zum ADG-E 2004; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 57; vgl. zur Rspr des EuGH oben 2. Kap. III 2 a.

[445] *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 57.

[446] BTDrucks 16/1780, S. 38.

[447] BTDrucks 16/1780, S. 46.

[448] *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 28; dagegen *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 40.

genauffassung ist zudem entgegenzuhalten, dass Antidiskriminierungsrecht in erster Linie die persönliche Zurück- und Herabsetzung des Betroffenen wirksam kompensieren soll, was durchaus dafür spricht, an die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden niedrigere Anforderungen zu stellen als an die Ersatzfähigkeit materieller Schäden.[449] Im Ergebnis sind Entschädigungsansprüche nach § 21 Abs. 2 S. 3 AGG damit verschuldensunabhängig zu gewähren.

b. Ausschlussfrist

Für Ansprüche aus § 21 Abs. 1, 2 AGG gilt nach Abs. 5 S. 1 eine Ausschlussfrist von zwei Monaten nach Anspruchsentstehung, die dem Anspruchsgegner zeitnah Rechtssicherheit verschaffen[450] und seinen bürokratischen Aufwand mindern soll[451]. Das Verstreichen dieser materiell-rechtlichen Ausschlussfrist führt zum Erlöschen des Anspruchs und ist daher nicht erst auf Einrede, sondern von Amts wegen zu beachten.[452] Die Fristwahrung erfordert eine rechtzeitige formlose Mitteilung des Anspruchstellers an den Anspruchsgegner, dass er aus einem konkreten Lebenssachverhalt Ansprüche wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot erhebe.[453] Nicht erforderlich sind Schriftlichkeit oder gar Maßnahmen der Rechtsverfolgung, wie beispielsweise Zustellung eines Mahnbescheides oder Klageerhebung.[454] Die Ansprüche nach § 21 Abs. 1, 2 AGG unterliegen der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB, welche neben und unabhängig von der Ausschlussfrist zu laufen beginnt und nicht durch die reine Geltendmachung des Anspruchs gehemmt wird.[455]

Ein Verstreichen der Ausschlussfrist führt gemäß § 21 Abs. 5 S. 2 AGG nicht zum Untergang des Anspruchs, wenn der Anspruchsteller ohne sein Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert war. Nach Wegfall des Hinderungsgrundes muss der Anspruchsteller die Geltendmachung allerdings unverzüglich i.S.v. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB nachholen.[456] Der Gegenauf-

---

[449] *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (176).
[450] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 47.
[451] Vgl. BTDrucks 16/2022, S. 13.
[452] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 31.
[453] *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 107 f.; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 32.
[454] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 32.
[455] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 34.
[456] *Armbrüster*, VersR 2006, 1297 (1305); *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 252; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 8; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 30; *Rolfs*, NJW 2007, 1489 (1494); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 69; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 33.

fassung[457], welche dem Anspruchsteller ab Kenntniserlangung eine erneute Frist von zwei Monaten gewähren will, ist die Rechtsprechung des BGH[458] entgegenzuhalten, der für die vergleichbare Regelung des § 651g Abs. 1 S. 2 BGB unverzügliche Geltendmachung der Ansprüche verlangt.

c. Prozessuale Durchsetzung

Den Vorgaben der Beweislast-Richtlinie 97/80/EG[459] sowie Art. 8 Abs. 1 RL 2000/43/EG; 9 Abs. 1 RL 2004/113/EG folgend sieht § 22 AGG für die prozessuale Durchsetzung von Ansprüchen Benachteiligter nach dem AGG eine Beweiserleichterung vor. Die allgemeinen Beweislastregeln, nach denen der Kläger neben der Schlechterstellung selbst auch deren Anknüpfung an geschützte Merkmale darzulegen und zu beweisen hätte, würden regelmäßig zu einer unzumutbaren Beweisnot und einem Leerlaufen des Benachteiligungsverbots führen, da der Benachteiligende unzulässige Gründe typischerweise verbirgt.[460] Dem begegnet die Regelung des § 22 AGG dadurch, dass der Kläger lediglich Indizien darlegen und ggf. beweisen muss, aus denen sich die überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, dass der Beklagte für die Ungleichbehandlung an geschützte Merkmale angeknüpft hat.[461]

Den Kläger trifft hiernach grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er gegenüber einer tatsächlichen oder hypothetischen Vergleichsperson ungünstiger behandelt worden ist und dass diese Ungleichbehandlung an ein durch § 19 Abs. 1, 2 AGG geschütztes Merkmal anknüpft.[462] Während die unterschiedliche Behandlung jedoch zur Überzeugung des Gerichts vorliegen muss, genügt es im Übrigen, dass der Kläger Hilfstatsachen darlegt und ggf. beweist, die die Anknüpfung an ein geschütztes Merkmal als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen; Glaubhaftmachung, etwa durch eidesstaatliche Versicherung i.S.v. § 294 Abs. 1 ZPO, reicht nicht aus.[463] Die Absenkung des Beweismaßes bezieht sich

---

457 *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 21, Rn. 16; *Deinert,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 105a; *Lingemann*, in: PWW, BGB, § 21 AGG, Rn. 6; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2582).

458 NJW 2004, 3178 (3180 f.).

459 RL 97/80/EG des Rates vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. L 14 vom 20.01.1998, S. 6-8.

460 *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 22, Rn. 1; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 22 AGG, Rn. 1.

461 Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 47.

462 *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 22 AGG, Rn. 2 f.

463 *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 31.

mithin nicht auf das Vorliegen der Vermutungstatsachen selbst,[464] sondern auf die daraus zu ziehende Schlussfolgerung, dass der Beklagte für die Ungleichbehandlung verbotene Beweggründe hatte[465]. Stehen dem Kläger für den Beweis der Hilfstatsachen keine ausreichenden Beweismittel zur Verfügung, so soll nach der Gesetzesbegründung[466] das Gericht im Rahmen seiner gesetzlichen Möglichkeiten den Kläger zur Wahrheitsermittlung nach § 141 ZPO anhören und nach § 448 ZPO von Amts wegen vernehmen.

Hält das Gericht aufgrund der bewiesenen Vermutungstatsachen eine unzulässige Anknüpfung an geschützte Merkmale für überwiegend wahrscheinlich, greift gemäß § 22 AGG eine Beweislastumkehr: Dem Beklagten obliegt nunmehr der Beweis des Gegenteils. Er muss vollen Beweis dafür erbringen, dass er den Kläger nicht wegen eines der geschützten Merkmale ungünstiger behandelt hat.[467] Darüber hinaus trifft den Beklagten die Beweislast für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen sowie für das Nichtvertretenmüssen einer unzulässigen Benachteiligung.[468]

d. Konkurrierende Ansprüche

Die Vorschrift des § 21 Abs. 3 AGG trägt dem Günstigkeitsprinzip Rechnung, wonach die Umsetzung der Richtlinien nicht zu einer Absenkung des bestehenden Schutzniveaus führen darf.[469] Insofern bleiben über den Wortlaut der Norm hinaus neben Ansprüchen aus unerlaubter Handlung auch vertragliche und vertragsähnliche Ansprüche unberührt.[470] § 21 Abs. 3 AGG ergänzt die Regelung des § 32 AGG, wonach die allgemeinen Bestimmungen gelten, soweit das AGG nichts anderes bestimmt.[471] Die Vorschriften des AGG gehen somit – vorbehaltlich gegenteiliger gesetzlicher Bestimmung – den allgemeinen schuld- und deliktsrechtlichen Normen grundsätzlich nicht als *lex specialis* vor.[472]

---

[464] So aber *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 22 AGG, Rn. 3.1; vgl. auch *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 22, Rn. 5, die überwiegende Wahrscheinlichkeit sowohl für das Vorliegen der Hilfstatsachen als auch für die Kausalität zwischen Ungleichbehandlung und Benachteiligungsgrund ausreichen lassen wollen.

[465] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 22 AGG, Rn. 1; vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 47.

[466] BTDrucks 16/1780, S. 47.

[467] *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 22, Rn. 58; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 22 AGG, Rn. 4 ff.

[468] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 22, Rn. 8.

[469] Vgl. Art. 6 Abs. 2 RL 2000/43/EG; Art. 7 Abs. 2 RL 2004/113/EG.

[470] Ausführlich hierzu *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 80.

[471] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 32, Rn. 3.

[472] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 32, Rn. 4.

Als konkurrierende deliktische Ansprüche kommen insbesondere solche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie Ansprüche wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB in Betracht.[473] Demgegenüber ist § 19 Abs. 1, 2 AGG nach zutreffender Auffassung kein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB.[474] Dieses lässt sich insbesondere damit begründen, dass die §§ 19 ff. AGG Tatbestand und Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot selbst abschließend regeln und die Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 AGG anderenfalls leer liefe.[475] Auch die Gesetzesbegründung[476] verneint implizit eine Schutzgesetzqualität des § 19 Abs. 1, 2 AGG, indem sie eine Anspruchskonkurrenz mit § 823 Abs. 2 BGB beispielhaft für den Fall in Betracht zieht, dass die Benachteiligung die Voraussetzungen einer Beleidigung i.S.v. § 185 StGB erfüllt.

Darüber hinaus kann der Benachteiligte neben den Ansprüchen aus § 21 Abs. 1 AGG auch einen quasinegatorischen Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch analog § 1004 BGB wegen einer andauernden oder bevorstehenden Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts haben.[477]

Als vertragliche und quasivertragliche Ansprüche kommen insbesondere solche auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung sowie auf Schadensersatz statt der Leistung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB in Betracht; so kann der Abbruch von Vertragsverhandlungen aufgrund eines geschützten Merkmals zu Schadensersatzansprüchen sowohl nach § 21 Abs. 2 AGG als auch nach § 280 Abs. 1 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB führen.[478]

Für den Anspruchsteller kann es vorteilhaft wie auch nachteilig sein, seine Ansprüche nach den allgemeinen Vorschriften statt nach § 21 Abs. 1, 2 AGG geltend zu machen. So unterfallen Ansprüche nach den allgemeinen schuldrechtlichen und deliktischen Vorschriften zwar

---

[473] Vgl. im Einzelnen *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 76 ff.

[474] In diesem Sinne *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 22; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 77; a.A. *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 241; *Harke*, SchuldR-AT, Rn. 44; *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 29; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 36.

[475] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 22; vgl. auch *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2582), der die Schutzgesetzqualität des AGG zwar bejaht, diesem aber als *lex specialis* eine den § 823 Abs. 2 BGB verdrängende Wirkung zuschreibt.

[476] BTDrucks 16/1780, S. 46 f.

[477] *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 79.

[478] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 23; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 24; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 80.

nicht der kurzen Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 S. 1 AGG, müssen jedoch nach den allgemeinen Beweislastregeln – ohne Geltung der Beweiserleichterungen des § 22 AGG – durchgesetzt werden[479].

6. Sonstige Bestimmungen zur Gewährleistung effektiven Benachteiligungsschutzes

Neben den Beweiserleichterungen nach § 22 AGG[480] dienen insbesondere die Unabdingbarkeit der Vorschriften des AGG gemäß § 21 Abs. 4 AGG sowie die Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände nach § 23 AGG der effektiven Durchsetzung des Benachteiligungsverbots in der Praxis.

a. Zwingendes Recht

Die Vorschriften des AGG sind gemäß § 31 AGG der rechtsgeschäftlichen Verfügungsmacht der Parteien zulasten des Berechtigten entzogen und damit einseitig zwingendes Recht.[481] Dasselbe ergibt sich aus § 21 Abs. 4 AGG, wonach der Benachteiligende sich nicht auf Vereinbarungen berufen kann, die von dem Benachteiligungsverbot abweichen. Damit sind weder das Benachteiligungsverbot an sich noch dessen Rechtfertigungsgründe und Rechtsfolgen vertraglich abdingbar.[482] Eine entsprechende Vereinbarung bzw. ein entsprechendes einseitiges Rechtsgeschäft sind insoweit unwirksam, behalten aber entgegen dem Grundsatz des § 139 BGB im Übrigen ihre Gültigkeit.[483] Unberührt von der Regelung des § 21 Abs. 4 AGG bleibt ein nachträglicher Vergleich oder Verzicht über bereits begründete Ansprüche nach dem AGG.[484]

b. Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände

Gemäß § 23 AGG sind Antidiskriminierungsverbände im Rahmen ihres Satzungszwecks befugt, die rechtlichen Interessen potenziell oder tatsächlich Benachteiligter wahrzunehmen. Antidiskriminierungsverbände sind nach der Legaldefinition des § 23 Abs. 1 AGG Personenzusammenschlüsse, die nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend ihrer Satzung ent-

---

[479] *Armbrüster,* in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 21; *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 38; a.A. *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 72, § 22 AGG, Rn. 5.

[480] Siehe dazu bereits in diesem Kapitel unter II 5 c.

[481] *Adomeit/Mohr,* AGG, § 31, Rn. 1.

[482] *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 21, Rn. 15.

[483] *Deinert,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 94; *Meinel/Heyn/Herms,* AGG, 2007, § 21, Rn. 25.

[484] *Armbrüster,* in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 194; *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 21, Rn. 15; *Deinert,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 93a.

sprechend die besonderen Interessen von benachteiligten Personen oder Personengruppen i.S.v. § 1 AGG wahrnehmen, wie beispielsweise Vereine, die sich speziell für die Rechte von Migrantinnen und Migranten oder aber für die besonderen Bedürfnisse behinderter Menschen einsetzen[485]. Zulässig ist neben dem Auftritt als Rechtsbeistand Benachteiligter im gerichtlichen Verfahren gemäß § 23 Abs. 2 AGG auch die Besorgung von Rechtsangelegenheiten vermeintlich benachteiligter Personen durch rechtliche Beratung und Vertretung.[486]

III. Fazit

Während das umfassende Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG sich auf das europarechtlich Gebotene beschränkt, schießt das eingeschränkte Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG sowohl im sachlichen Anwendungsbereich als auch bezüglich der geschützten Persönlichkeitsmerkmale über die Richtlinienvorgaben hinaus. Das Hauptanwendungsfeld des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots liegt bei Geschäften über öffentlich zur Verfügung gestellte Güter und Dienstleistungen, einschließlich von Wohnraum. Auch bei den praktisch weniger bedeutsamen Geschäften i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-7 AGG handelt es sich regelmäßig um öffentlich angebotene Verträge, was eine einheitliche Untersuchung mit den Geschäften i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG erlaubt. Erfasst werden neben Vertragsangeboten auch Aufforderungen hierzu sowohl seitens gewerblich als auch nicht-gewerblich tätiger Personen. Aus dem Anwendungsbereich ausgenommen sind jedoch zum Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse sowie die Begründung besonderer Nähe- und Vertrauensverhältnisse.

Auf der Rechtsfolgenseite geben die EG-Antidiskriminierungsrichtlinien – in Übernahme der EuGH-Rechtsprechung – wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vor, ohne diese näher zu spezifizieren. Verlangt werden damit lediglich Rechtsfolgen, die Benachteiligungen effektiv ausgleichen, dabei auch die Rechte des Benachteiligenden schonend wahren und zugleich vorbeugenden Diskriminierungsschutz gewährleisten. Ein Kontrahierungszwang kommt insoweit als Rechtsfolge in Betracht, ist aber nicht vorgegeben und wäre damit ebenfalls als überschießende Richtlinienumsetzung zu bewerten. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen für seine Überprüfbarkeit an höherrangigem Recht werden an gegebener Stelle zu erörtern sein.

---

[485] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 48.
[486] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 23, Rn. 16.

Festzuhalten bleibt, dass der sehr weit und teilweise überschießend gefassten Tatbestandsseite des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots, das auch öffentliche Angebote durch nicht-gewerblich Tätige einbezieht, mit einem Kontrahierungszwang auf der Rechtsfolgenseite ebenfalls eine das europarechtlich Gebotene übersteigende, sehr einschneidende Sanktion gegenüberstände. Dieses wird bei der Prüfung und verfassungsrechtlichen Bewertung eines Kontrahierungsanspruchs wegen verbotener Benachteiligung zu berücksichtigen sein.

4. KAPITEL: DIE RECHTSFIGUR DES KONTRAHIERUNGSZWANGS

I. Definitionen von Kontrahierungszwang

Mangels gesetzlicher Begriffsbestimmung und aufgrund des breiten Meinungsspektrums, das sich zu der Rechtsfigur Kontrahierungszwang gebildet hat, existieren mehrere beachtenswerte Definitionen. Diese sollen im Folgenden umrissen und auf ihre wesentlichen Inhalte untersucht werden, um für die anschließende Analyse von Kontrahierungszwang und seine Abgrenzung von verwandten Rechtsfiguren und anderen Zwangsformen auf sie zurückgreifen zu können.

Die erste und bis heute gebräuchlichste Definition von Kontrahierungszwang stammt aus dem Jahr 1920 von *Hans Carl Nipperdey*[487]: „Kontrahierungszwang ist die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen." Hiernach bestehen das Mittel von Kontrahierungszwang in einer gesetzlichen Verpflichtung und sein Zweck im Vertragsabschluss mit einem Begünstigten, während eine explizite Funktionsbestimmung fehlt.[488]

Im Ergebnis vergleichbar definiert *Ernst Rudolf Huber*[489] in seiner Schrift zum Recht der Wirtschaftsverwaltung aus dem Jahr 1953 Kontrahierungszwang als „eine durch Gesetz oder auf gesetzlicher Grundlage durch Verwaltungsakt geschaffene Pflicht zum Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages." Auch diese Definition beinhaltet über Mittel- und Zweckbestimmung hinaus kein ausdrückliches funktionales Element.

Eine Kombination aus Mittel-, Zweck- und Funktionskomponente findet sich dagegen bei *Werner Mertens*[490] aus dem Jahr 1929. Danach ist Kontrahierungszwang „der zur Abwendung der Gefährdung lebenswichtiger Interessen der Einzelnen oder der Gesamtheit von der Rechtsordnung als sozialem Institut einem Rechtssubjekt auferlegte willensfremde Zwang zum Abschluß eines der Interessen der Gesamtheit entsprechenden Vertrages, dessen Inhalt

---

[487] Kontrahierungszwang, S. 7; übernommen bspw. vom LG Stuttgart, WM 1996, 1770 (1773); *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 15; *Bülck*, Abschlusspflicht, S. 23, 30 ff.; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (3 f.); *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 79; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 28 m.w.N. in Fn. 6.

[488] *Busche*, Privatautonomie, S. 110.

[489] Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 486 f.

[490] Über Kontrahierungszwang, S. 5.

feststehend ist.“ Auch nach *Mertens* wird Kontrahierungszwang damit zum Zwecke eines Vertragsabschlusses durch rechtlichen Zwang vermittelt. Darüber hinaus benennt er seine Funktion allgemein mit dem Schutz lebenswichtiger Individual- oder Gemeinschaftsinteressen.

Wolfgang Kilian[491] hat 1980 eine rein funktionale Definition entwickelt, die Kontrahierungszwang beschreibt „als ein Korrektiv für das marktbedingte Fehlen einer zumutbaren Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertragsabschluß über wichtige Güter oder Leistungen.“ Im Unterschied zu *Mertens*, der Kontrahierungszwang allgemein die Aufgabe zuschreibt, lebenswichtige Individual- und Gemeinschaftsgüter zu schützen, begrenzt *Kilian* die korrigierende Funktion von Kontrahierungszwang damit zweifach: Zum einen im Hinblick auf die fehlende Ausweichmöglichkeit des Nachfragers, zum anderen hinsichtlich der Relevanz der begehrten Leistung. Lässt *Kilians* Definition auch eine ausdrückliche Mittel- und Zweckbestimmung vermissen, so sieht er Kontrahierungszwang doch typischerweise dadurch angeordnet, „daß die eine Seite [gesetzlich[492]] verpflichtet wird, unter präzis formulierten Voraussetzungen einen Vertrag mit einem bestimmbaren Vertragspartner abzuschließen“[493]. In Übereinstimmung mit den bereits dargestellten Begriffsbestimmungen dient Kontrahierungszwang damit auch nach *Kilian* dem Zweck des Vertragsabschlusses mit einem Begünstigten durch gesetzlich vermittelten Zwang.

Eine jüngere Definition stammt von *Jan Busche* aus dem Jahr 1999. Er gelangt zur Bestimmung von Kontrahierungszwang als „einem die Vertragsbegründungsfreiheit begrenzenden *Rechts*institut des Privatrechts“, bei dem sich „die korrigierende Einwirkung vermittels rechtlichen Zwangs auf den Willen der verpflichteten Vertragspartei […] zur Vertragsbegründung mit einem bestimmten – vom Kontrahierungszwang begünstigten – Rechtssubjekt [vollzieht]“.[494] Neben dem Mittel des Rechtszwangs und dem Zweck des Vertragsabschlusses beinhaltet *Busches* Definition damit auch eine funktionale Komponente – die korrigierende Begrenzung der Vertragsbegründungsfreiheit. Indem *Busche* Art und Relevanz der mit Kontra-

---

[491] AcP 180 (1980), 47 (52).

[492] Dass nur gesetzliche und keine vertraglich begründeten Verpflichtungen gemeint sind, verdeutlicht *Kilian* im folgenden Satz mit „die Vorschriften“, AcP 180 (1980), 47 (55). Auch die von *Kilian* separat behandelten Kontrahierungszwänge der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft (56 ff.) sind gesetzliche Kontrahierungspflichten.

[493] *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (54 f.).

[494] *Busche*, Privatautonomie, S. 111 (Hervorhebung im Original).

hierungszwang zu schützenden Werte bzw. angestrebten Ziele – bewusst[495] – außen vor lässt, greift seine Funktionsbestimmung gegenüber denen von *Mertens* und *Kilian* erheblich weiter.

Zusammenfassend kristallisieren sich damit anhand der gängigsten Definitionen Mittel, Zweck und Funktion als die drei wesentlichen Elemente von Kontrahierungszwang heraus. Dieser soll nach nahezu allen Begriffsbestimmungen[496] durch gesetzlichen Zwang vermittelt werden und dem Vertragsabschluss mit einem Begünstigten dienen. Dagegen beinhaltet nur ein Teil der dargestellten Definitionen eine funktionale Komponente und bestimmt sie zudem uneinheitlich, vor allem unterschiedlich eng. Im weiteren Verlauf dieses Kapitels sollen die Mittel-, Zweck- und Funktionskomponenten von Kontrahierungszwang eingehend beleuchtet werden, um an ihnen einen Kontrahierungszwang aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG strukturieren und gesetzessystematisch einordnen zu können.

II. Besonderer und allgemeiner Kontrahierungszwang

Zur Differenzierung der unterschiedlichen Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang haben sich in Literatur und Rechtsprechung abweichende Begrifflichkeiten entwickelt, weshalb hier ebenfalls eine Festlegung erforderlich ist. Ganz überwiegend wird unterschieden zwischen dem aus dem BGB hergeleiteten (*allgemeinen*, *mittelbaren*, *relativen*) Kontrahierungszwang einerseits und dem spezialgesetzlich geregelten (*besonderen*, *unmittelbaren* oder *absoluten*) Kontrahierungszwang andererseits.[497]

Die Gegensatzpaare *mittelbar* - *unmittelbar*[498] und *relativ* - *absolut*[499] knüpfen dabei an die Rechtsfolge an und sollen die nicht explizit normierten Kontrahierungsansprüche aus den allgemeinen Vorschriften des BGB von den ausdrücklichen spezialgesetzlichen Kontrahierungspflichten abgrenzen.[500] Diese Klassifizierung ist jedoch insofern nicht überzeugend, als auch die spezialgesetzlichen Abschlussansprüche entweder aus einer unmittelbaren Leis-

---

[495] Vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 112.

[496] Allein *Kilian* hat die Mittel- und Zweckbestimmung von Kontrahierungszwang nicht zum Gegenstand seiner funktionalen Definition gemacht, sondern sie ihr erläuternd nachgeschaltet, AcP 180 (1980), 47 (52, 54 f.).

[497] Vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 117 ff. m.w.N.

[498] So *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 17, 21; *Bruns*, JZ 2007, 385 (388); *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 8 f.; *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, § 20 IV 2 (Rn. 112); *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 43; *Vykydal*, JA 1996, 81 (Fn. 2); *Wolf*, in: Soergel, BGB, Vor § 145, Rn. 52 f.

[499] *Elster*, in: Stier-Somlo/Elster, Handwörterbuch, 3. Bd., S. 700 (701).

[500] *Busche*, Privatautonomie, S. 118.

tungspflicht[501] oder aber aus einem Schadensersatz- bzw. Beseitigungsanspruch[502] abzuleiten sind.[503] Dieses gilt auch für einen Kontrahierungszwang aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG: Trotz spezialgesetzlicher Verankerung im AGG muss er aus einem Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch hergeleitet werden und wäre deshalb als *mittelbar* oder *relativ* zu klassifizieren.

Die terminologische Unterscheidung der Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang anhand der Rechtsfolgenanordnung ist jedoch nicht nur implausibel; sie ist auch unter studienspezifischen Gesichtspunkten nicht zielführend: Gegenstand der Arbeit ist die Analyse von Kontrahierungszwang als Mittel des Antidiskriminierungsrechts und seine Gegenüberstellung mit herkömmlichen Kontrahierungspflichten. Dieses rückt die Tatbestandsseite der Rechtsfigur Kontrahierungszwang in den Fokus der Untersuchung, die von einer begrifflichen Differenzierung nach der Rechtsgrundlage oder dem Regelungsbereich der einschlägigen Normen profitieren dürfte.

Bei einer Unterscheidung nach der Rechtsgrundlage wären die außerhalb des BGB normierten Abschlusspflichten als *besondere* und die innerhalb des BGB verankerten Kontrahierungspflichten als *allgemeine* zu klassifizieren.[504] Dass diese Einteilung nicht konsequent durchzuhalten ist, offenbaren neben der Entwurfsregelung des § 319e Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 319a BGB-E, die als Spezialnorm im BGB verankert werden sollte,[505] vor allem die besonderen Kontrahierungspflichten aus §§ 558 Abs. 1; 575 Abs. 2, 3 BGB sowie die Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB. Eine aus letztgenannter Norm abgeleitete Abschlusspflicht zählt nicht zu den allgemeinen, sondern zu den besonderen Kontrahierungspflichten, da ihr Anwendungsbereich gerade durch das in Bezug genommene Schutzgesetz eingegrenzt wird.[506] Vorzugswürdig ist daher eine Klassifizierung nach dem Regelungsbereich, so dass im Folgenden mit den Beiworten *besondere* / *spezielle* / *spezialgesetzliche* diejenigen Abschlusspflichten bezeichnet werden, deren zugrunde liegenden Rechtsnormen spezielle privatrechtliche Lebenssachverhalte regeln, während *allgemeiner Kontrahierungszwang* diejenigen Ab-

---

[501] Vgl. z.B. § 22 PBefG; § 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG; § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG.
[502] Vgl. § 33 i.V.m. § 20 Abs. 1, 2 GWB.
[503] *Busche,* Privatautonomie, S. 118.
[504] So *Busche,* Privatautonomie, S. 119 im Zuge einer vorläufigen Einordnung; *ders.,* in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 109, 111; einschränkend *ders.,* in: Münchener Kommentar, Vor § 145, Rn. 12; *Klingenfuß,* Kontrahierungszwang, S. 9.
[505] S.o. 2. Kap. IV 4 a.
[506] *Busche,* Privatautonomie, S. 219; *Klingenfuß,* Kontrahierungszwang, S. 184.

schlusspflichten meint, die prinzipiell uneingeschränkt jedes Vertragsverhältnis begründen können.

III. Die Elemente des Kontrahierungszwangs

1. Mittel des Kontrahierungszwangs

Die Verfasser der dargestellten Definitionen bestimmen das Mittel von Kontrahierungszwang nahezu einhellig mit gesetzlichem Zwang.[507] Als Rechtsgrundlage sollen alle Normen der Rechtsordnung in Betracht kommen, mithin formelle Gesetze, Rechtsverordnungen sowie autonome Satzungen von Selbstverwaltungskörperschaften, darüber hinaus auch aufgrund formellen Gesetzes ergangene Verwaltungsakte.[508] Abzugrenzen ist die Vertragsabschlusspflicht aufgrund einer Rechtsnorm damit von anderen Zwangsformen, wie insbesondere vertraglichem, faktischem, wirtschaftlichem und moralischem Zwang.

a. Abgrenzung von willentlich begründetem Zwang

aa. Vertraglicher Zwang

(1) Abgrenzung

Wird Kontrahierungszwang nach den genannten Begriffsbestimmungen gesetzlich vermittelt oder – anders formuliert – durch eine Rechtsnorm angeordnet, so gilt es zu untersuchen, anhand welcher Kriterien er abzugrenzen ist von Kontrahierungspflichten, die von dem Verpflichteten selbst willentlich herbeigeführt werden, insbesondere von der vertraglich begründeten Verpflichtung zum Vertragsabschluss.

(α) Meinungsstreit

Während die ganz h.M.[509] zwischen vertraglichen und gesetzlichen Abschlusspflichten unterscheidet und nur letztere als Kontrahierungszwang begreift, wird vereinzelt[510] auch ihre Zu-

---

[507] S.o. in diesem Kapitel unter I; anders *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (52, 54 f.), vgl. hierzu jedoch oben Fn. 492.
[508] *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 9 f.; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 28 m.w.N.
[509] *Bülck*, Abschlusspflicht, S. 32; *Busche*, Privatautonomie, S. 113; *Grupp*, Kontrahierungszwang, S. 6; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 15 ff.; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 29 f.

sammenfassung zu einer einheitlichen Rechtsfigur befürwortet. Der Meinungsstreit gründet maßgeblich auf unterschiedlichen Anknüpfungspunkten bei der Gegenüberstellung beider Formen von Abschlusspflicht.

So stellt die h.M. zur Abgrenzung darauf ab, dass gesetzliche und vertragliche Kontrahierungspflichten auf unterschiedliche Weise begründet werden, vereinfacht ausgedrückt, entweder durch eine Rechtsnorm oder durch die Parteien selbst. Zur Bestimmung einer gesetzlichen Abschlusspflicht hat *Hans Carl Nipperdey*[511] das „Moment des willensfremden Zwangs" entwickelt, welches dann vorliege, wenn nicht der Verpflichtete selbst sich gebunden habe, sondern die Bindung außerhalb seines Willens durch ein rechtliches Gebot entstanden sei. Im Ergebnis übereinstimmend stellt *Jan Busche*[512] für die Annahme von Kontrahierungszwang darauf ab, dass die Bindung nicht autonom durch den Verpflichteten selbst, sondern heteronom durch eine Rechtsnorm herbeigeführt worden ist.

Gegen beide Abgrenzungskriterien wendet *Henning Klingenfuß*[513] ein, dass gesetzlichen Kontrahierungspflichten in aller Regel ebenfalls eine Willensbetätigung des Verpflichteten vorausgehe, dieser nämlich gemeinhin seine „generelle Abschlussbereitschaft" zuvor geäußert habe, beispielsweise durch die Eröffnung eines Geschäftes und das Bereithalten und Anbieten der Ware. Diese Argumentation könnte insbesondere für die Analyse eines durch § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vermittelten Kontrahierungszwangs Bedeutung erlangen, der gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG primär öffentlich angebotene Güter und Dienstleistungen betrifft.

Im Übrigen stellt *Klingenfuß*[514] für den Vergleich gesetzlicher und vertraglicher Kontrahierungspflichten im Gegensatz zur h.M. nicht auf die Art ihrer Begründung, sondern auf ihre Wirkung ab und zeigt auf, dass die einmal eingegangene vertragliche Verpflichtung zum Vertragsabschluss bei nachträglicher Willensänderung des Verpflichteten ebenso wirkt wie ein Kontrahierungszwang: Der Gebundene wird gegen seinen aktuellen Willen zum Abschluss

---

[510] Insbesondere *Klingenfuß,* Kontrahierungszwang, S. 17 ff. und *Molitor,* JherJb 73 (1923), 1 (16 ff.). Auch *Reichert,* Abschlusszwang, S. 24 f., fasst unter Kontrahierungszwang zumindest solche vertraglich begründeten Abschlusspflichten, die der öffentlichen Daseinsvorsorge dienen. Seine beispielhafte Begründung anhand von Konzessionsverträgen, mit denen Energieversorgungsunternehmen gegen die Einräumung von Nutzungsrechten Versorgungspflichten auferlegt werden, hat aber bereits *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 29 f., als faktischen Zwang dekuvriert und damit *Reicherts* Einordnung als willentlichen oder gar rechtlichen Zwang widerlegt.

[511] Kontrahierungszwang, S. 15.

[512] Privatautonomie, S. 113; so auch *Gernhuber,* Schuldverhältnis, S. 130 f.

[513] Kontrahierungszwang, S. 18 f.

[514] Kontrahierungszwang, S. 17 f. im Anschluss an *Molitor,* JherJb 73 (1923), 1 (16 ff.).

eines Vertrags gezwungen. Die begriffliche Trennung vertraglicher Kontrahierungspflichten von Kontrahierungszwang hält *Klingenfuß*[515] für entbehrlich, da sie nur dazu diene, die weniger bedeutungsvollen vertraglichen Abschlusspflichten vom wissenschaftlich interessanteren Kontrahierungszwang abzugrenzen; dessen begriffliche Ausweitung auf das Fehlen einer vorherigen Willensbildung des Verpflichteten sei allein der sachlichen Rechtfertigung dieser Differenzierung geschuldet.

Auch *Erich Molitor*[516] plädiert für die Zusammenfassung vertraglicher und gesetzlicher Abschlusspflichten zu Kontrahierungszwang, stellt dabei aber die zwangsläufige Willentlichkeit einer vertraglichen Abschlusspflicht in Frage: „Verpflichtungswille ist nicht stets und ohne Weiteres Erfüllungswille".[517] Der Kontrahierungspflichtige könne sich die anschließende Erfüllung der Vertragsabschlussverpflichtung vielmehr unausgesprochen vorbehalten. Zudem sucht *Molitor*[518] zu belegen, dass nicht jedes Rechtsgeschäft überhaupt willentlich eingegangen werde, und verweist dazu auf die Rechtsfolgen des geheimen Vorbehaltes nach § 116 BGB[519] sowie der Nichtanfechtung einer Willenserklärung trotz Willensmangels gemäß §§ 119; 120 BGB.

(β) Stellungnahme

Der Vorstoß *Klingenfuß*' und *Molitors* hin zu einer Vereinheitlichung vertraglicher und gesetzlicher Kontrahierungspflichten begegnet erheblichen Bedenken. *Klingenfuß*, der etwa durch die Warenauslage im Geschäft auch bei gesetzlichen Kontrahierungspflichten eine relevante Willensbetätigung des Verpflichteten zu erkennen meint, lässt die Unterscheidung zwischen bindendem Vertragsantrag und der Aufforderung dazu außer Betracht. Deren unstreitige Differenzierung[520] verbietet es aber, durch Konstruktion eines an die Öffentlichkeit gerichteten Angebots Kontrahierungszwang als vertragliche Abschlusspflicht zu begreifen.[521] Vielmehr lassen sich beide Willensbetätigungen eindeutig und griffig anhand des Rechtsbindungswillens voneinander abgrenzen: Sein Vorhandensein indiziert stets einen verbindlichen

---

[515] Kontrahierungszwang, S. 18.
[516] JherJb 73 (1923), 1 (16 ff.).
[517] *Molitor*, JherJb 73 (1923), 1 (17).
[518] JherJb 73 (1923), 1 (4, 18).
[519] Hierunter fällt auch der von *Molitor*, JherJb 73 (1923), 1 (4) als Gegenschluss aus § 118 BGB gesondert aufgeführte sog. *böse Scherz*.
[520] Vgl. nur *Busche*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 145, Rn. 10; *Flume*, BGB-AT II, S. 636 f.; *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 29 II 2, Rn. 19 ff.
[521] *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (40).

Vertragsantrag und damit eine vertraglich begründete Kontrahierungspflicht, sein Fehlen dagegen eine unverbindliche *invitatio ad offerendum* und damit einen Kontrahierungszwang.[522]

Demgegenüber sind *Molitors* Beispiele in der Tat Beleg dafür, dass auch einem aufgrund Vertrags Kontrahierungspflichtigen von vornherein der tatsächliche Wille zur Erfüllung, also zum Abschluss des Zielvertrags, fehlen kann. In den Fällen der §§ 116; 119; 120 BGB mangelt es bereits am Verpflichtungswillen. Auch *Molitor* ist allerdings entgegen zu halten, dass sein Standpunkt maßgebliche Wertungen des Gesetzes außer Acht lässt. Die gesetzlichen bzw. die durch Rechtsprechung und Jurisprudenz entwickelten normativen Regeln zur Abgrenzung unverbindlicher von verbindlicher Willensbetätigung[523] ebenso wie zur Abgrenzung nichtiger von rechtlich wirksamer Willensbetätigung[524] sind auch hier zugrunde zu legen. Danach hat der Vorbehalt, die eingegangene Verpflichtung nicht erfüllen bzw. sich gar nicht erst verpflichten zu wollen, zum Vertrauensschutz des Geschäftspartners sowie zur Wahrung der Sicherheit des Rechtsverkehrs ebenso unbeachtlich zu bleiben wie die Nichtanfechtung einer willensmangelbehafteten Erklärung trotz Anfechtungsrechts. Hierin liegt schließlich auch keine unangemessene Benachteiligung des Verpflichteten, der die Vertragsabschlussverpflichtung tatsächlich nicht hat eingehen oder zumindest nicht hat erfüllen wollen. Er selbst hat bewusst einen Vertrauenstatbestand geschaffen bzw. im Falle der §§ 119; 120 BGB nicht von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht und muss sich daran festhalten lassen.

Diese Beurteilung harmoniert auch mit den von *Nipperdey* und *Busche* entwickelten Abgrenzungskriterien: Hat sich der Betroffene die Eingehung der Verpflichtung oder jedenfalls ihre Erfüllung insgeheim vorbehalten bzw. trotz Anfechtungsrechts seine irrtümlich abgegebene Vertragserklärung bestehen lassen, so ist seine Willenssphäre in *Nipperdeys* Sinne durchaus von der Vertragsabschlussverpflichtung berührt und mit *Busche* nach den Wertungen des Gesetzes in autonomer Entscheidung eine Bindung eingegangen worden.[525]

Abschließend kann, ohne der verfassungsrechtlichen Abwägung vorzugreifen, bereits an dieser Stelle konstatiert werden, dass die Eingriffsintensität einer Kontrahierungspflicht in die Vertragsfreiheit elementar davon abhängt, inwieweit der Verpflichtete sich selbst gebunden hat oder aber gesetzlich gebunden wird. Im Falle einer willentlichen, respektive vertraglichen

---

[522] *Busche*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 145, Rn. 7, 9.
[523] Konkret die bereits angesprochene Differenzierung zwischen Vertragsantrag und *invitatio ad offerendum*.
[524] Z.B. gemäß §§ 105; 116 ff. BGB.
[525] Vgl. oben Fn. 511, 512.

Bindung handelt es sich jedenfalls um keinen Eingriff, sondern um die Ausübung von Vertragsfreiheit[526]. Aufgrund dieses verfassungsrechtlichen sowie aufgrund der vorgenannten dogmatischen Aspekte sind vertraglich eingegangene und gesetzlich angeordnete Kontrahierungspflichten grundlegend unterschiedlich zu beurteilen. Dieses rechtfertigt für sich schon ihre Verortung in eigenständigen Rechtsfiguren und erfordert jedenfalls ihre begriffliche und inhaltliche Differenzierung.

(2) Erscheinungsformen vertraglichen Zwangs

Da für die vorliegende Untersuchung mit der ganz h.M.[527] an der Unterscheidung zwischen Kontrahierungszwang als gesetzlicher Vertragsabschlussverpflichtung einerseits und vertraglichen Kontrahierungspflichten andererseits festgehalten wird, sollen zu ihrer Abgrenzung die wesentlichen Erscheinungsformen vertraglichen Abschlusszwangs benannt werden. Hierzu zählen unzweifelhaft Rechtsgeschäfte, die eine direkte Verpflichtung zum Vertragsabschluss beinhalten. Dieses gilt für den Vorvertrag[528], der beide Seiten zum Abschluss des Hauptvertrags verpflichtet, für den schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag auf Abschluss des dinglichen Verfügungsvertrags[529] sowie für den Geschäftsbesorgungsvertrag, der – etwa als Kommissionsvertrag – Vertragsabschlüsse mit Dritten zum Gegenstand hat.[530]

Auch Option und Vertragsangebot führen – nach Ausübung des Optionsrechts bzw. nach Annahme – zwingend zum Abschluss eines Vertrags: Unabhängig davon, welche rechtliche Konstruktion der Option im Einzelfall zugrunde liegt (Festofferte, Angebotsvertrag oder bedingter Hauptvertrag mit Optionsvorbehalt)[531], begründet sie für den Berechtigten die Möglichkeit, durch einseitige Erklärung den zuvor inhaltlich bestimmten Vertrag unmittelbar zustande kommen zu lassen. Das Vertragsangebot bindet den Antragenden nach § 145 BGB und führt bei rechtzeitiger Annahme ebenfalls unmittelbar zum Vertragsabschluss.[532] Im Unterschied zu Kontrahierungszwang beruhen beide Rechtsfiguren damit auf einer auf Vertragsabschluss gerichteten Willensbetätigung des Verpflichteten. Sie differieren allerdings noch in

---

[526] *Fikentscher/Heinemann,* SchuldR, § 20 II, III (Rn. 109 f.).
[527] S.o. Fn. 509.
[528] *Busche,* Privatautonomie, S. 113; *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 29.
[529] Die Abgrenzung dieser Vertragskonstellation von Kontrahierungszwang hält selbst *Molitor,* JherJb 73 (1923), 1 (16 f.) für denkbar, der ansonsten alle vertraglichen Kontrahierungspflichten unter Kontrahierungszwang fassen will.
[530] Im Einzelnen hierzu und zu ähnlichen Fallkonstellationen *Nipperdey,* Kontrahierungszwang, S. 15 ff.
[531] Vgl. hierzu im Einzelnen *Busche,* in: Münchener Kommentar, BGB, Vor § 145, Rn. 70 ff.
[532] *Klingenfuß,* Kontrahierungszwang, S. 15.

einem weiteren Punkt von Kontrahierungszwang: Option und Vertragsangebot bringen keinen Anspruch auf Vertragsabschluss hervor, verpflichten also nicht dazu, „für die Entstehung des Vertrages durch positives Handeln tätig zu werden“, sondern nur dazu, die Ausübung des Optionsrechts bzw. die Annahmeerklärung gegen sich gelten zu lassen.[533] Option und Vertragsangebot sind damit bereits bindende Bestandteile des späteren Vertrags und keine Kontrahierungspflichten im eigentlichen Sinne.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in Abgrenzung von Kontrahierungszwang dann eine vertragliche Abschlusspflicht vorliegt, wenn sie sich aus einem wirksamen (Vor-)Vertrag ergibt, während Option und Vertragsangebot überhaupt keine Vertragsabschlusspflichten begründen.

bb. Kontrahierungszwang in verschiedenen Willensphasen

Ohne *Klingenfuß'* Plädoyer für eine Zusammenfassung gesetzlicher und vertraglicher Abschlusspflichten folgen zu wollen, gibt sein Hinweis auf eine regelmäßig vorangehende Willensbetätigung des Verpflichteten doch Anstoß zu der Feststellung, dass Kontrahierungspflichten in verschiedenen Stadien der Vertragsanbahnung entstehen können und ihnen damit – je nach Fortschritt – unterschiedliche Willensphasen zugrunde liegen. Da es sich hierbei mangels wirksamen Vertrags eindeutig um gesetzlich angeordnete Kontrahierungspflichten handelt, dient diese Erkenntnis zwar nicht der weiteren Abgrenzung von Kontrahierungszwang nach außen. Allerdings dürfte sie in einem späteren Untersuchungsschritt wichtige Anknüpfungspunkte liefern für die Einordnung einer neuartigen durch § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vermittelten Abschlusspflicht in das System der gesetzlichen Kontrahierungspflichten. An dieser Stelle sollen daher die beiden wesentlichen Willensmomente bei der Vertragsanbahnung umrissen werden, auf deren Grundlage Kontrahierungszwang angeordnet wird: Die *generelle Abschlussbereitschaft*[534] und die *gegenläufige Willensbetätigung*.

---

[533] *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 20 f. zum Vertragsantrag. Nach einer Mindermeinung verpflichtet auch Kontrahierungszwang nicht zur Abgabe einer Vertragserklärung, sondern unmittelbar zur Erbringung der Sach- oder Dienstleistung, vgl. *Molitor*, JherJb 73 (1923), 1 (31 f.); *Reinhardt*, in: FS Schmidt-Rimpler, S. 115 (123); *Siebert*, in: FS Niedermeyer, S. 215 (233, Fn. 60) m.w.N. Dieses wird im Rahmen der Rechtsfolge von Kontrahierungszwang zu vertiefen sein.

[534] Bezeichnung in Anschluss an *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 19.

(1) Kontrahierungszwang aufgrund *genereller Abschlussbereitschaft*

Die erste Phase der Vertragsanbahnung beginnt mit der Öffnung des Waren- oder Dienstleistungsangebots an die Allgemeinheit[535] und endet mit der ersten Kontaktaufnahme der potenziellen Vertragspartner zum Zwecke von Vertragsverhandlungen. In diesem Zeitraum hat der Anbieter nicht mehr als den grundsätzlichen Willen, Leistungen an Interessenten zu erbringen[536], mit anderen Worten eine *generelle Abschlussbereitschaft*. Die hier anknüpfende Kontrahierungspflicht wird von der zugrunde liegenden Norm unmittelbar als Primäranspruch auf die jeweilige Leistung angeordnet, besteht damit bereits kraft Gesetzes, wird aber als *verhaltener Anspruch*[537] erst durch das Vertragsabschlussverlangen des Interessenten fällig und erfüllbar[538] (*originäre Kontrahierungspflicht).*

Beispiele hierfür finden sich in der Personenbeförderung, wo etwa Grundlage der Beförderungspflicht nach § 22 PBefG der genehmigte und tatsächlich aufgenommene Verkehrsbetrieb für eine unbegrenzte Personenzahl ist.[539] Auch im Versicherungsrecht besteht für Anbieter der Kraftfahrzeughaftpflicht- bzw. privaten Pflegeversicherung gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG bzw. § 110 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 22, 23 Abs. 1, 3, 4 SGB XI allein aufgrund des allgemeinen Angebots entsprechender Versicherungsleistungen eine Kontrahierungspflicht gegenüber versicherungspflichtigen Bewerbern, die auf Verlangen fällig wird.[540] Ferner müssen Energieversorgungsunternehmen nach Maßgabe von § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG allein aufgrund ihres Netzbetriebes Vertragsinteressenten anschließen und ihnen die Energieentnahme gestatten, sobald diese ihren Versorgungsanspruch geltend machen.[541] In den genannten Fäl-

---

[535] Vgl. *Klingenfuß,* Kontrahierungszwang, S. 19; ähnlich *Bydlinski,* AcP 180 (1980), der diesen generellen Abschlusswillen offenbar nicht erst mit der Öffnung des Angebots an die Allgemeinheit, sondern bereits mit der Gründung oder Übernahme eines Unternehmens ausgedrückt sieht.

[536] *Bydlinski,* AcP 180 (1980), 1 (39).

[537] Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass er trotz Bestehens erst auf Verlangen des Berechtigten fällig und – entgegen § 271 Abs. 2 BGB – erfüllbar wird, vgl. *Busche,* Privatautonomie, S. 242 m.w.N.

[538] *Busche,* Privatautonomie, S. 585.

[539] *Heinze,* PBefG, § 22, Abs. 1, 2.

[540] *Feyock,* in: Feyock/Jakobsen/Lemor, Kraftfahrtversicherung, § 5 PflVG, Rn. 12 für die Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung; *Luthe,* in: Hauck/Noftz, SGB XI, K § 110, Rn. 6 für die private Pflegeversicherung.

[541] Vgl. *Busche,* Privatautonomie, S. 455 zu § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG a.F.

len wird der Anbieter mithin „auf erstes Anfordern“[542] eines Interessenten zum Vertragsabschluss verpflichtet, sofern etwaige besondere Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind[543].

Werden die exemplarisch aufgeführten spezialgesetzlichen Kontrahierungspflichten damit bereits in dem frühen Vertragsanbahnungsstadium der *generellen Abschlussbereitschaft* begründet, die betroffenen Anbieter mithin allein aufgrund ihres tatsächlichen Leistungsangebots zum Vertragsabschluss auf Verlangen verpflichtet, so dürfte diese Privilegierung des Nachfragers Umständen geschuldet sein, die bereits bei Eintritt in die Vertragsverhandlungen vorliegen. Dieses können insbesondere leistungs- und marktbezogene Aspekte sein, nicht dagegen solche, die aus dem Verhalten des Anbieters gegenüber dem Nachfrager resultieren. So verfolgt der Gesetzgeber beispielsweise mit den Abschlusspflichten der §§ 22 PBefG; 10 AEG; 18 Abs. 1 S. 1 EnWG das Ziel, Personenbeförderung bzw. Energieversorgung als allgemeine Grundversorgungsaufgaben sicherzustellen.[544] Der Kontrahierungszwang aus § 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG soll einem gesetzlich geschaffenen hohen Nachfragefaktor gerecht werden: Der Verpflichtung jeden Kfz-Halters zum Abschluss eines Kfz-Haftpflichtversicherungsvertrags aus § 1 PflVG.[545]

Sofern die exemplarisch genannten spezialgesetzlichen Abschlusspflichten im Hinblick auf ihre Entstehung stellvertretend für alle besonderen Kontrahierungspflichten stehen, diese also – noch nicht abschließend bestimmten – Umständen Rechnung tragen, die bereits vor Aufnahme von Vertragsverhandlungen vorliegen, so legt das eine Korrelation zwischen den herkömmlichen besonderen Kontrahierungspflichten und dem Willensstadium der *generellen Abschlussbereitschaft* nahe.

(2) Kontrahierungszwang aufgrund *gegenläufiger Willensbetätigung*

Das sich anschließende Stadium der Vertragsverhandlungen erstreckt sich von der ersten Kontaktaufnahme der potenziellen Vertragspartner zum Zwecke des Vertragsabschlusses bis zum Abschluss eines wirksamen Vertrags. Kontrahierungspflichten, die das Gesetz erst in

---

[542] *Busche*, Privatautonomie, S. 419, 438, 485.

[543] Sofern beispielsweise gemäß § 22 PBefG die Beförderungsbedingungen eingehalten werden und die Beförderung im Einzelfall möglich ist.

[544] *Busche*, Privatautonomie, S. 579.

[545] *Feyock*, in: Feyock/Jakobsen/Lemor, Kraftfahrtversicherung, § 5 PflVG, Rn. 10; *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 81; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 122 f.; a.A. *Busche*, in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 110.

diesem Stadium anordnet, werden nahezu ausnahmslos[546] durch eine Willensbetätigung des Verpflichteten ausgelöst, die gegenläufig ist zu seinem ursprünglichen Abschlusswillen. Nicht durch das Bereitstellen einer bestimmten Leistung, sondern erst aufgrund der Verweigerung eines zunächst in Aussicht gestellten Vertragsabschlusses wird mittelbar über einen Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch ein Primäranspruch auf Vertragsabschluss begründet[547] (*derivative Kontrahierungspflicht*).

So werden als Rechtsfolge einer rechtswidrigen Vertragsverweigerung in erster Linie Kontrahierungsansprüche wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB sowie vereinzelt aus unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB diskutiert.[548] Auch Kontrahierungszwang aus vorvertraglichem Verschulden gemäß § 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, der vorwiegend in den beiden Fallgruppen des schuldhaften Abbruchs von Vertragsverhandlungen und der vorsätzlich herbeigeführten Formnichtigkeit erörtert wird,[549] setzt eine Willensbetätigung entgegen dem ursprünglich angestrebten Vertragsabschluss voraus. Die genannten Beispiele zählen alle zur Kategorie des allgemeinen Kontrahierungszwangs. In Anlehnung an den oben angenommenen Zusammenhang zwischen den herkömmlichen besonderen Abschlusspflichten und der Willensphase der *generellen Abschlussbereitschaft* legt das die Vermutung nahe, dass demgegenüber der allgemeine Kontrahierungszwang mit einer *gegenläufigen Willensbetätigung* korreliert, d.h. erst mit ihr begründet wird.

Doch auch eine durch § 21 AGG vermittelte besondere Abschlusspflicht entsteht nicht bereits aufgrund *genereller Abschlussbereitschaft*, sondern erst mit sachwidriger Vertragsverweigerung, also ebenfalls erst mit *gegenläufiger Willensbetätigung* des Anbieters im Stadium der Vertragsverhandlungen. Insofern deuten sich bei dieser Kontrahierungspflicht ein maßgeblicher Unterschied zu den herkömmlichen spezialgesetzlichen Kontrahierungspflichten und eine Parallele zum allgemeinen Kontrahierungszwang an.

---

[546] Einzig ersichtliche Ausnahme bildet ein – sehr umstrittener – Abschlusszwang wegen fahrlässig herbeigeführter Formnichtigkeit, vgl. dazu im Einzelnen *Hackl*, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, S. 55 ff.

[547] Vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 585; *Neuner*, JZ 2003, 57 (61, 64).

[548] S.o. 2. Kap. IV 2 b (Fn. 162).

[549] Hierzu ausführlich *Hackl*, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, S. 47 ff.

cc. Fazit

Einem Vertragsabschlussanspruch können zwei ihrer Qualität nach unterschiedliche Willensbetätigungen des Verpflichteten zugrunde liegen: In der ersten Phase der Vertragsanbahnung ist es der auf Vertragsabschluss mit grundsätzlich jedermann gerichtete generelle Abschlusswille, durch den *originäre Kontrahierungspflichten* begründet werden; in der zweiten Phase ist es der hierzu gegenläufige Wille einer Abschlussverweigerung gegenüber einem bestimmten Vertragsinteressenten, der zu *derivativen Kontrahierungspflichten* führt. Aus der beispielhaften Verortung verschiedener Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang auf der Grundlage des einen oder des anderen Willensstadiums lässt sich die Vermutung ableiten, dass die spezialgesetzlichen Kontrahierungspflichten einerseits und die allgemeine Abschlusspflicht andererseits auf jeweils unterschiedlichen Willensphasen basieren, wobei eine durch § 21 AGG vermittelte besondere Abschlusspflicht letztgenanntem Stadium zugehörig sein und damit eine Sonderstellung einnehmen dürfte. Da diese Zuordnung für die Struktur, Dogmatik und gesetzessystematische Stellung eines Kontrahierungszwangs wegen verbotener Benachteiligung von elementarer Bedeutung sein dürfte, soll für den Fortgang der Untersuchung folgende erste Arbeitsthese aufgestellt werden:

> Charakteristisch für die Entstehung herkömmlicher spezialgesetzlicher Kontrahierungspflichten ist die *generelle Abschlussbereitschaft* des Verpflichteten, der von der Rechtsordnung privilegierte Leistungen der Öffentlichkeit zum Vertragsabschluss zur Verfügung stellt. Demgegenüber gründet der allgemeine Kontrahierungszwang auf einer *gegenläufigen Willensbetätigung* des Verpflichteten, der den zunächst in Aussicht gestellten Vertragsabschluss anschließend in rechtswidriger Weise verweigert.

b. Abgrenzung von faktischem Zwang

Keinen Kontrahierungszwang begründen weiterhin faktische Zwangslagen, also Situationen, „die keinen Raum für reale Handlungsalternativen lassen“[550] und zu deren Beendigung zwingend ein Vertrag abgeschlossen werden muss. Exemplarisch benennt *Nipperdey*[551] den „Städ-

[550] *Kilian,* AcP 180 (1980), 47 (76).
[551] *Nipperdey,* Kontrahierungszwang, S. 12 f.; so auch *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 40 f.

ter, der sich nicht selbst versorgt“ und dadurch gezwungen ist, sich Lebensmittel zu kaufen, um nicht zu verhungern. Die Rechtsordnung belässt ihm insoweit Entscheidungsfreiheit.

c. Abgrenzung von wirtschaftlichem Zwang

aa. Problematik

Umstritten ist, ob Rechtsnormen, die für den Fall der Nichtbefolgung einer bestimmten Verhaltenspflicht wirtschaftliche Nachteile aussprechen, einen Kontrahierungszwang begründen. Als Beispiel hierfür soll die Beschäftigungsquote für Schwerbehinderte gemäß § 71 Abs. 1 S. 1 SGB IX dienen. Danach ist ein Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich mindestens 20 Arbeitnehmern im Monat dazu verpflichtet, wenigstens fünf Prozent der Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen zu besetzen. Für die Dauer der Nichterfüllung dieser Beschäftigungspflicht muss er nach § 77 Abs. 1 S. 1 SGB IX eine Ausgleichsabgabe leisten und handelt ordnungswidrig gemäß § 156 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX. *Christian Heinrich*[552] sieht hierin einen mittelbaren Kontrahierungszwang, da der Arbeitgeber zur Abwendung finanzieller Einbußen mittelbar zur Einstellung Behinderter gezwungen sei. *Jan Bus*che[553] hingegen lehnt für diese und vergleichbare Pflichten zur Meidung wirtschaftlicher Beschränkungen einen Kontrahierungszwang mit der Begründung ab, dass sich der Verpflichtete diesem „’verhaltenen‘ Zwang“ entziehen und stattdessen die Kompensationszahlungen leisten könne, also nicht zwingend die geforderten Arbeitsverträge schließen müsse.

Zur Auflösung dieser Divergenz muss die Rechtsfigur Kontrahierungszwang im Hinblick auf die Qualität ihrer Zwangswirkung weiter präzisiert werden: Zum einen stellt sich die Frage, ob auch dann noch ein Kontrahierungszwang vorliegt, wenn dem Verpflichteten die Freiheit der Wahl bleibt, entweder den Vertrag abzuschließen oder aber den Vertragsabschluss zu verweigern und dafür wirtschaftliche Nachteile in Kauf zu nehmen. Zum anderen ist zu entscheiden, ob die Zwangswirkung auf den Betroffenen notwendigerweise von einem individualrechtlichen Abschlussanspruch des Berechtigten ausgehen muss oder auch allein in dro-

---

[552] Formale Freiheit, S. 225 f. zu den inzwischen aufgehobenen §§ 5, 11, 68 SchwbG; Kontrahierungszwang ebenfalls bejahend: *Kilian,* AcP 180 (1980), 47 (53, 67) zu § 4 SchwbG i.d.F. vom 29.04.1974; *Medicus/Lorenz,* SchuldR-AT, Rn. 81; *Neuner,* NJW 2000, 1822 (1829); *Schlechtriem/Schmidt-Kessel,* SchuldR-AT, S. 36 (Fn. 8).

[553] Privatautonomie, S. 113 f.; so auch *Armbrüster,* in: Erman, BGB, Vor § 145, Rn. 28; *Vykydal,* JA 1996, 81 (84); *Wolf,* in: Soergel, BGB, Vor § 145, Rn. 52.

henden Sanktionen oder wirtschaftlichen Nachteilen für den Fall des Nichtabschlusses bestehen kann.

bb. Art der Zwangswirkung

Wollte man einen allein durch wirtschaftliche Steuerungsmittel hervorgerufenen verhaltenen Zwang zum Vertragsabschluss ausreichen lassen, um einen Kontrahierungszwang zu begründen, bestünde die Notwendigkeit einer weiteren Grenzziehung: Muss der wirtschaftliche Nachteil einer Kompensationsverpflichtung entspringen, wie § 77 Abs. 1 S. 1 SGB IX sie normiert, genügt etwa eine Sanktionierung durch Strafe oder Bußgeld, wie durch § 156 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX, oder wäre sogar die Versagung finanzieller Vorteile, z.B. von Subventionen, ausreichend? Die Bandbreite möglicher finanzieller Beschränkungen offenbart die Problematik, einen rein wirtschaftlichen Kontrahierungszwang überhaupt präzise zu begrenzen.

Zur qualitativen Bestimmung der Zwangswirkung von Kontrahierungszwang differenziert *Hans Carl Nipperdey*[554] zunächst zwischen faktischem und gesetzlichem Zwang danach, ob der Verpflichtete in seinem Entschluss über das *Ob* des Vertragsabschlusses „rechtlich frei" ist, unabhängig von den tatsächlichen Konsequenzen seiner Entscheidung. Anhand des Beispiels eines gelähmten Hausbesitzers, der zur Erfüllung seiner Gehwegreinigungspflichten einen Werkvertrag mit einem Dritten abschließen muss, um Sanktionen abzuwenden, klassifiziert er wirtschaftlichen Zwang überzeugend als Unterfall faktischen Zwangs[555]. Inhalt der gesetzlichen Verpflichtung ist lediglich die Reinigung des Gehweges als Erfolg, nicht dagegen die Art und Weise des Tätigwerdens als Eigen- oder aber als – vertragliche – Fremdleistung und damit auch kein Zwang zum Abschluss eines Vertrags. Dem Hausbesitzer steht es mit anderen Worten faktisch frei, die Reinigung selbst oder durch einen ihm gefälligen oder vertraglich verpflichteten Dritten durchzuführen, um Sanktionen abzuwenden; zur Herbeiführung des Erfolges ist er dagegen rechtlich verpflichtet.

Anders gelagert ist die exemplarisch genannte Einstellungsquote Schwerbehinderter: Seiner Beschäftigungspflicht aus § 71 Abs. 1 S. 1 SGB IX kann der betroffene Arbeitgeber nur durch den Abschluss von Arbeitsverträgen nachkommen. Da auch die Zahlung der Ausgleichsabgabe gemäß § 77 Abs. 1 S. 2 SGB IX diese Verpflichtung nicht aufhebt, bleibt der Arbeit-

---

[554] *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 14.
[555] *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 13; so auch *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 16 f.

geber – ungeachtet seiner faktischen Wahlmöglichkeit zwischen Einstellung und Ausgleichszahlung – rechtlich zum Vertragsabschluss verpflichtet. Allein aufgrund der Qualität seiner Zwangswirkung könnte § 71 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 77 Abs. 1 S. 1 SGB IX danach durchaus einen Kontrahierungszwang normieren.

Festhalten lässt sich damit, dass Kontrahierungszwang nicht bereits dann vorliegt, wenn der Vertragsabschluss der Verhinderung finanzieller Nachteile dient, sondern erst, wenn eine Rechtsnorm ihn – ungeachtet zusätzlicher wirtschaftlicher Sanktionen – zwingend anordnet.

cc. Ausgangspunkt der Zwangswirkung

Umstritten ist, ob die Zwangswirkung von Kontrahierungszwang notwendigerweise von einem subjektiven Anspruch des Berechtigten auf Vertragsabschluss ausgehen muss oder auch allein darin bestehen kann, dass der Nichtabschluss sanktionsbewehrt ist. *Heinrich*[556] bejaht am Beispiel des § 71 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 77 Abs. 1 S. 1 SGB IX implizit letzteres, indem er auch ohne Einstellungsanspruch des einzelnen schwerbehinderten Bewerbers nur aufgrund der Kompensationspflicht einen Kontrahierungszwang annimmt. Nach ganz überwiegender Auffassung steht der gesetzlichen Kontrahierungspflicht dagegen stets ein subjektives Recht des Begünstigten auf Vertragsabschluss gegenüber.[557] Da der beispielhaft genannte § 71 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 77 Abs. 1 S. 1 SGB IX dem einzelnen Bewerber keinen individualrechtlichen Einstellungsanspruch gewährt, wäre die Vorschrift danach nicht als Kontrahierungszwang zu klassifizieren.

Anknüpfungspunkte für die Entscheidung dieser Streitfrage bieten Zweck und Funktion von Kontrahierungszwang, wie sie aus den oben dargestellten Begriffsbestimmungen[558] hervorgehen: Wenn Kontrahierungszwang danach den Vertragsabschluss mit einem Begünstigten bezweckt, erscheint es geradezu zwingend, dass dieser ihn auch mittels eines individualrechtlichen Anspruchs durchsetzen kann und nicht auf das Greifen staatlicher Steuerungsmittel angewiesen ist. Nach der weiten Funktionsbestimmung *Busches*[559] soll Kontrahierungszwang zudem privatautonome Abläufe korrigieren. Der Grundsatz der Privatautonomie erkennt je-

---

[556] Formale Freiheit, S. 225 f. anhand der inzwischen aufgehobenen §§ 5, 11, 68 SchwbG; ebenso *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 41.

[557] *Busche*, Privatautonomie, S. 241 f., 584 f.; *Bydlinski*, JZ 1980, 378 (384); *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 138 f.; *Mertens*, Über Kontrahierungszwang, S. 26 f.; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 32 f.; differenzierend *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 90 ff., 100 f., 113.

[558] S.o. in diesem Kapitel unter I.

[559] Privatautonomie, S. 111.

dem einzelnen Grundrechtsträger die Freiheit zu, seine Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen selbst und eigenverantwortlich zu regeln.[560] Dem würde es jedoch zuwiderlaufen, wenn die Wiederherstellung der Vertragsabschlussfreiheit nicht dem Betroffenen selbst durch Geltendmachung eines subjektiven Rechts obläge, sondern vom Wirksamwerden staatlicher Sanktionen abhinge. Seinem Zweck und seiner Korrekturfunktion kann Kontrahierungszwang daher nur gerecht werden, wenn es in den Händen des jeweils Begünstigten liegt, sein Recht auf Vertragsabschluss geltend zu machen oder aufzugeben. Der Kontrahierungsanspruch ist naturgemäß personengebunden und damit weder übertragbar noch vererblich.[561]

dd. Zusammenfassung

In Abgrenzung von den Erscheinungsformen wirtschaftlichen Zwangs lässt sich damit festhalten, dass Kontrahierungszwang von der zugrunde liegenden Rechtsnorm zwingend und nicht nur unter Androhung finanzieller oder wirtschaftlicher Nachteile angeordnet wird, und dass ihm ein subjektives Recht des Begünstigten auf Vertragsabschluss gegenübersteht.

d. Abgrenzung von moralischem Zwang

Sittlich-moralische Pflichten zum Vertragsabschluss, etwa aufgrund eines besonderen Näheverhältnisses, beruhen ebenfalls auf keiner gesetzlichen Verpflichtung, solange sie dazu nicht erhoben werden[562]. Damit begründen auch sie keinen Kontrahierungszwang.

2. Rechtsfolge des Kontrahierungszwangs

Nach den oben dargestellten Definitionen[563] und nach ganz h.M.[564] besteht der Zweck von Kontrahierungszwang im Abschluss des verweigerten Vertrags und seine Rechtsfolge damit in dem einseitigen Anspruch des Berechtigten auf Abgabe der erforderlichen Vertragserklä-

---

[560] *Bork*, BGB-AT, Rn. 99.

[561] *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 113 f.; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 32.

[562] *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 17; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 14 f.

[563] S.o. in diesem Kapitel unter I.

[564] *Biermann*, JherJb 32 (1893), 267 (271 f.); *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 33; *Bülck*, Abschlusspflicht, S. 32; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (15 ff., 21 ff.); *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 8; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 131 f.; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (81) – „quasi-Verträge"; *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 85; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 87 f.; *Reichert*, Abschlusszwang, S. 27; *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 42 f.; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 30 f.

rung. Die Gegenauffassung[565] will dagegen auf den Zwischenschritt Vertragsabschluss verzichten und dem Berechtigten einen unmittelbaren Leistungsanspruch gewähren. Unter Berücksichtigung der differierenden Auffassungen soll die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch im Folgenden konkretisiert und anschließend zur Abgrenzung von weiteren verwandten Rechtsinstituten herangezogen werden.

a. Konkretisierung der Rechtsfolge

aa. Anspruchsinhalt

Die den spezialgesetzlichen Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang zugrunde liegenden Rechtsnormen formulieren ganz überwiegend auf unmittelbare Leistung gerichtete Handlungspflichten.[566] Dieses wird darauf zurückgeführt, dass die betreffenden Normen eine gezielte Lenkung durch Leistungspflicht bezwecken und nicht primär den Kontrakt selbst zum Ziel haben,[567] letzterer vielmehr nur Mittel zum Zweck darstellt[568]. Während die Mindermeinung[569] deshalb aus allen Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang eine unmittelbare Leistungspflicht ableitet, soll nach der h.M.[570] stets ein Anspruch auf Vertragsabschluss erwachsen.

Der erstgenannte maßgeblich von *Erich Molitor*[571] entwickelte Standpunkt wird vor allem damit begründet, dass nicht die Verweigerung des begehrten Vertrags, sondern die Ausgrenzung vom Güteraustausch an sich den Vertragsbewerber schädige. Dieser sei deshalb in aller Regel nicht vorrangig an dem Vertragsabschluss, sondern an der jeweiligen Leistung selbst interessiert und bereits befriedigt, wenn er diese auf anderem Wege, etwa durch Schenkung oder vermittels eines Dritten, erhielte.[572] Aus diesem Grunde sei der Umweg über einen erzwungenen Vertrag jedenfalls in den Fällen sinnlos, in denen das Gesetz ihn nicht ausdrücklich anordnet; der angestrebte Leistungsaustausch könne ebenso gut ohne vertragliche Grund-

---

565 *Molitor*, JherJb 73 (1923), 1 (31 f.); *Reinhardt*, in: FS Schmidt-Rimpler, S. 115 (123); *Siebert*, in: FS Niedermeyer, S. 215 (233, Fn. 60) m.w.N.
566 S.o. in diesem Kapitel unter II.
567 *Busche*, Privatautonomie, S. 473 f., 583.
568 *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (25).
569 S.o. Fn. 565.
570 S.o. Fn. 564.
571 JherJb 73 (1923), 1 (30 ff.).
572 *Molitor*, JherJb 73 (1923), 1 (22) am Beispiel der Ausnutzung einer Monopolstellung.

lage allein über die gesetzliche Anordnung vollzogen werden, was im Falle einer vollstreckungsrechtlichen Fiktion ohnehin geschehe.[573]

Dem ist zwar zuzugeben, dass es in der Praxis durchaus Schuldverhältnisse gibt, die mit Vollzug des realen Leistungsaustausches endgültig abgewickelt sind und keiner klärenden Vertragsabsprachen über etwaige Nebenforderungen oder Sekundäransprüche bedürfen.[574] Allerdings sind mögliche Leistungsstörungen zum Zeitpunkt der Erfüllung regelmäßig noch nicht absehbar und komplexere Rechtsgeschäfte dann doch dezidiert regelungsbedürftig. Mag der abgewiesene Vertragsbewerber sich zunächst auch mit dem Erhalt der tatsächlichen Leistung zufrieden geben, so wird das Bedürfnis nach einem Vertrag jedenfalls bei Dauerschuldverhältnissen, künftigen Leistungsansprüchen oder im Falle eintretender Leistungsstörungen später zu Tage treten.

Johannes Biermann[575] und *Hans Carl Nipperdey*[576] folgend hält die h.M. daher eine vertragliche Grundlage für unentbehrlich und gewährt dem Kontrahierungsberechtigten einen individualrechtlichen Anspruch gegen den Verpflichteten auf Abgabe der begehrten Vertragserklärung[577]. Dieses verschafft dem Kontrahierungspflichtigen die Möglichkeit, die Entscheidung über den abzuschließenden Vertrag eigenverantwortlich zu treffen und seine Vertragsabschlussverpflichtung dem Berechtigten gegenüber entweder zu erfüllen oder aber mit der möglichen Konsequenz eines Rechtsstreits und einer vollstreckungsrechtlichen Fiktion nach § 894 ZPO zurückzuweisen.[578] Der Berechtigte hingegen erhält erst durch die Reaktion des Verpflichteten Klarheit über dessen Leistungsbereitschaft und das weitere Vorgehen – das Einfordern der nunmehr vertraglich geschuldeten Leistung oder aber die Notwendigkeit einer gerichtlichen Durchsetzung der Vertragsabschlusspflicht.[579] Schließlich bildet auch ein unter Kontrahierungszwang zustande gekommener Vertrag eine Vertrauensbasis, auf der der Be-

---

[573] *Molitor*, JherJb 73 (1923), 1 (23, 25, 30 f.).
[574] So in der Regel die Massengeschäfte und massengeschäftsähnlichen Geschäfte nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG.
[575] JherJb 32 (1893), 267 (271 f.).
[576] Kontrahierungszwang, S. 113 ff.
[577] Im Einzelnen zum Zustandekommen des erzwungenen Vertrags *Busche*, Privatautonomie, S. 245 ff., 585 ff.
[578] *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (22 f.); *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 88, 116 ff.; anders *Stampe*, AcP 108 (1912), 42 (67 f.), der die Willenserklärung des Verpflichteten stets fingieren und den Vertrag durch einseitige Erklärung des Berechtigten zustande kommen lassen will.
[579] *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (22 f.).

rechtigte Leistungserfüllung erwarten und den Verpflichteten zur Vertragstreue anhalten kann.[580]

Im Anschluss an die h.M. sowie im Sinne der Rechtssicherheit und der Transparenz der betroffenen Geschäftsbeziehung ist mithin davon auszugehen, dass Kontrahierungszwang stets auf Vertragsabschluss, konkret auf Abgabe der begehrten Vertragsabschlusserklärung gerichtet ist.[581] Der Inhalt dieser Willenserklärung wird dabei durch das Vertragsabschlussverlangen bzw. -interesse des Kontrahierungsberechtigten bestimmt und ist damit nicht mehr disponibel.[582] Sind die Nebenkonditionen oder Abwicklungsmodalitäten der Leistung noch nicht hinreichend konkret bestimmt, so steht dem Kontrahierungsberechtigten ausnahmsweise auch die Klage auf Abgabe eines entsprechenden Angebots offen.[583]

bb. Bestimmung der Gegenleistung

Hingegen dürfte die vom Kontrahierungsberechtigten zu erbringende Gegenleistung noch konkretisierungsbedürftig sein, sofern dafür nicht Taxen, Tarife oder Gebührenverzeichnisse maßgeblich sind[584]. Die Bestimmungskriterien der Gegenleistung sind streitig: Zum Teil wird vertreten, dass die Festlegung der Gegenleistung der Disposition beider oder einer der Parteien überlassen ist, zum Teil, dass sie – allein oder zusätzlich – äußeren Umständen, wie insbesondere den Marktverhältnissen im weiteren Sinne zu folgen hat.

(1) Freies Aushandeln der Gegenleistung

Durch die Verpflichtung zum Abschluss eines bestimmten Vertrags wird der Kontrahierungspflichtige in seiner Vertragsbegründungsfreiheit eingeschränkt. Bliebe er darüber hinaus in der Vertragsgestaltung frei, könnte er durch das Stellen unannehmbarer Konditionen für die Gegenleistung den Vertragsabschluss faktisch vereiteln. Denn dass „kein Unternehmer […]

---

[580] *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (21 f.).

[581] A.A. *Armbrüster*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 166; *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 24 m.w.N., wonach der Benachteiligte nur einen Anspruch auf diskriminierungsfreie Entscheidung hat. Dieses wird in einem späteren Untersuchungsschritt zu vertiefen sein.

[582] *Busche*, Privatautonomie, S. 252; anders offenbar *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (27), der dem Kontrahierungsberechtigten die Leistung „nur im üblichen Rahmen“ zusprechen will, und dabei aus dem Blick verliert, dass eine qualitative und/oder quantitative Eingrenzung des Leistungsgegenstandes teilweise bereits auf der Tatbestandsseite durch die Rechtsnorm selbst geschieht, vgl. etwa § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG – „im Rahmen des veröffentlichten Flugplanes“; § 5 Abs. 2 S. 1 PflVG – „nach den gesetzlichen Vorschriften“; § 110 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI – „in dem nach § 23 Abs. 1 und 3 vorgeschriebenen Umfang“.

[583] *Bork*, BGB-AT, Rn. 673; vgl. auch BTDrucks 15/4538, S. 44 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004.

[584] Z.B. die nach §§ 21 Abs. 2 S. 1 LuftVG; 39 PBefG zu veröffentlichenden Beförderungsentgelte.

ein Feind seines eigenen Umsatzes zu sein [pflegt]“[585], dürfte gerade in dem Fall nicht gelten, in dem er durch sein Verhalten die Ablehnung eines konkreten Vertragspartners bereits über sein Umsatzstreben gestellt hat[586]. Würde man den Parteien unter diesen Umständen die privatautonome Disposition über die Gegenleistung uneingeschränkt überlassen, hätte Kontrahierungszwang den Effekt eines „Messer[s] ohne Klinge“[587], wäre also praktisch wirkungslos.

(2) Gegenleistung nach Kriterien der Angemessenheit bzw. Üblichkeit

Doch auch die vielfach befürwortete Bestimmung der Gegenleistung zu angemessenen[588] oder üblichen[589] Bedingungen bereitet praktische Probleme. So fehlt es in aller Regel an einer verlässlichen Vergleichsgrundlage zur Bestimmung einer angemessenen oder üblichen Gegenleistung, weil schuldrechtliche Typenfreiheit und individuelle Besonderheiten eines jeden Vertragsverhältnisses keine hinreichende Vergleichbarkeit gewährleisten.

Bei Massengeschäften und massengeschäftsähnlichen Geschäften i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG scheint die Sachlage dagegen vordergründig eine andere zu sein: Zum einen bieten die durch sie begründeten zumeist standardisierten und transparenten[590] Austauschverhältnisse eine gewisse anbieterübergreifende Vergleichbarkeit, zum anderen könnten auch etwaige Preisauszeichnungen des jeweiligen Anbieters im Falle der Vertragsverweigerung zur Bestimmung der Gegenleistung herangezogen werden. Den letztgenannten Ansatz verwirft *Jan Busche*[591] jedoch zu Recht mit dem Argument, dass in der Ausstellung der Waren kein verbindliches Angebot, sondern erst die Aufforderung zu einem solchen liege. Der Anbieter wolle sich daher mit der jeweiligen Preisauszeichnung dem Kunden gegenüber nicht binden, sondern ihm lediglich eine Orientierung bieten. Auf diese Weise bleibe nicht

---

585 *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (20).

586 *Busche*, Privatautonomie, S. 251, der aus diesem Grund im freien Aushandeln der Gegenleistung auch kein wirksames Korrektiv für Kontrahierungszwang anhand der Bedürfnislage sieht. Selbst derjenige Nachfrager, der sich aufgrund seiner Angewiesenheit auf die Leistung zu einer überhöhten Gegenleistung bereitfindet, könne durch das Fordern einer noch höheren, nicht mehr erbringbaren Gegenleistung zurückgewiesen werden (S. 250 f.).

587 *Belke*, Geschäftsverweigerung, S. 413; in diesem Sinne auch *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 15; *Bülck*, Abschlusspflicht, S. 6 f.; *Busche*, Privatautonomie, S. 251 f.; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (5); *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 131; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (77); *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 79; *Mertens*, Über Kontrahierungszwang, S. 3; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 31 – „juristische Anomalie“; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 32; *Zöllner*, in: FS Bydlinski, S. 517 (528).

588 *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 15; *Contzen*, Kontrahierungszwang, S. 27.

589 *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (27).

590 Standardisierung und Transparenz ergeben sich ohne weiteres aus den von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG aufgestellten Voraussetzungen der „vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen“.

591 Privatautonomie, S. 254 f.

nur der Nachfrager nach Wahl der Ware frei in seiner Abschlussentscheidung, sondern insbesondere auch der Anbieter in der Gestaltung des Vertragsinhalts und damit auch des Preises. Ist der Anbieter aber bei seinerseits freiwilligen Vertragsabschlüssen nicht an seine Preisauszeichnungen gebunden, so bestehe diese Bindung auch nicht unter Kontrahierungszwang.[592]

In der Tat wäre es nicht begründbar, eine an sich unverbindliche Preisangabe nur deshalb als verbindlich zu betrachten, weil der Anbieter durch unberechtigte Vertragsverweigerung abschlusspflichtig geworden ist. Wird der Anbieter aber nicht einmal durch die eigene Preisauszeichnung gebunden, dann muss dieses erst recht für den marktüblichen oder angemessenen Preis gelten, sofern ein solcher überhaupt verlässlich zu ermitteln ist. Eine derartige Preisbestimmung nach Kriterien objektiver Adäquanz ist nicht mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit vereinbar, der eine stetige Anpassung des Preises an Angebot und Nachfrage, Umsatz- und Gewinnkalkulation, Einkommensniveau und staatliche Transferleistungen erlaubt und dadurch das freie Spiel der Marktkräfte sicherstellt.[593]

(3) Gegenleistung nach Kriterien der Billigkeit

In Betracht kommt letztlich nur die Bestimmung der Gegenleistung über eine analoge Anwendung der §§ 315, 316 BGB, wonach es dem Anbieter als Empfänger der Gegenleistung zusteht, diese nach billigem Ermessen festzulegen.[594] Eine direkte Anwendung der §§ 315, 316 BGB scheidet aus, da diese einen Vertragsabschluss voraussetzen, der im Falle von Kontrahierungszwang gerade noch aussteht.[595] Die Vergleichbarkeit der Sachlagen ergibt sich daraus, dass die Entscheidung über den Vertragsabschluss an sich und über den Leistungsgegenstand – zwangsweise oder freiwillig – bereits gefallen ist, während die Gegenleistung noch offen ist bzw. beim direkten Anwendungsfall der §§ 315, 316 BGB von den Parteien bewusst offen gelassen wird, ohne den Vertragsabschluss selbst in Frage zu stellen[596].

Mehr noch als bei der von §§ 315, 316 BGB direkt erfassten Sachlage besteht allerdings unter Kontrahierungszwang die Gefahr, dass der abschlusspflichtige Anbieter die Ausübung seines Bestimmungsrechts verzögert, verweigert oder unbillig vornimmt, um auf diese Weise den

---

[592] *Busche*, Privatautonomie, S. 255.
[593] Ausführlich dazu *Busche*, Privatautonomie, S. 253 f.
[594] *Belke*, Geschäftsverweigerung, S. 435; *Busche*, Privatautonomie, S. 255 ff.; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 131; ablehnend *Bydlinski*, JZ 1980, 378 (381); *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 31.
[595] Vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 255.
[596] *Joussen*, SchuldR-AT, Rn. 152 ff.

unliebsamen Vertragsabschluss zu vereiteln. Während sich der Kontrahierungsberechtigte auf eine unbillige Bestimmung der Gegenleistung noch unter Vorbehalt einlassen kann, um zügig in den Genuss der Leistung zu kommen und die Gegenleistung später gerichtlich anpassen zu lassen,[597] ist er bei Verzögerung oder Verweigerung der Leistungsbestimmung auf ihre gerichtliche Substitution analog § 315 Abs. 3 S. 2 BGB angewiesen, um den Vertrag überhaupt zustande zu bringen[598].

Mit einiger Berechtigung erhebt *Franz Bydlinski*[599] daher gegen eine analoge Anwendung der §§ 315, 316 BGB den Einwand, dass der Kontrahierungsanspruch bei Verzögerung oder Verweigerung während der Dauer des gerichtlichen Verfahrens unerfüllt bliebe, selbst wenn das Leistungsinteresse dringender Natur sei. Tatsächlich kann dem allenfalls im Wege einer einstweiligen Leistungsverfügung analog § 940 ZPO begegnet werden, die indessen eine Vorwegnahme der Hauptsache darstellt und daher nur zur Abwendung besonders schwerer Nachteile zulässig ist, insbesondere im Falle einer akuten Notlage, einer Gefährdung des Lebensunterhalts oder einer unmittelbaren Existenzbedrohung[600]. Der Anspruchsteller muss so dringend auf die Erfüllung seines Anspruchs angewiesen sein, dass ihm die Dauer eines Hauptsacheverfahrens nicht zugemutet werden kann.[601] In allen anderen Fällen hat der Kontrahierungsberechtigte dagegen die Verzögerungen, die mit einem gerichtlichen Verfahren verbunden sind, hinzunehmen, wie jeder Kläger in einem Zivilprozess sie hinzunehmen hat und dafür gegebenenfalls Schadensersatz beanspruchen kann[602]. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass ein Kontrahierungspflichtiger, der die Bestimmung der Gegenleistung verzögert oder verweigert, mit der Vertragsabschlusserklärung selbst wie auch mit der sodann vertraglich geschuldeten Leistung in der Regel entsprechend verfahren wird. Schon deshalb wird sich der Kontrahierungsberechtigte zur Durchsetzung seines Anspruchs gezwungen sehen, den Rechtsweg zu beschreiten und die Verzögerung in Kauf zu nehmen.

In die Bestimmung der Gegenleistung nach billigem Ermessen fließen – anders als in die Bestimmung nach Üblichkeit oder Angemessenheit – auch die Einzelfallumstände des jeweili-

---

[597] *Bydlinski*, JZ 1980, 378 (381).
[598] *Busche*, Privatautonomie, S. 256 f. m.w.N.
[599] JZ 1980, 378 (380 f.).
[600] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 221.
[601] *Fischer*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 940, Rn. 4; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 940, Rn. 6.
[602] So auch *Bydlinski*, JZ 1980, 378 (380).

gen Geschäftes mit ein.[603] Im Wege eines „gedanklich simulierten Vertragskompromisses“[604] muss das Gericht auf Basis des Parteivortrags und ggf. ergänzend analog § 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände, wie insbesondere der konkreten Marktlage sowie der Gewinn- und Kostenkalkulation des Anbieters, nach freier Überzeugung über die Höhe der Gegenleistung entscheiden.

Der durch § 315 BGB eröffnete Abwägungsspielraum verbietet es allerdings, eine in dessen Rahmen vorgenommene Bestimmung gerichtlich ersetzen zu lassen, selbst wenn die gerichtliche Bestimmung gemäß § 315 Abs. 3 S. 1 ZPO zu einem für den Kontrahierungsberechtigten günstigeren Ergebnis geführt hätte.[605] Damit dient der Abwägungsspielraum der §§ 315, 316 BGB auch bei analoger Anwendung auf Kontrahierungszwang der Praktikabilität und Effizienz: Der Kontrahierungspflichtige kann seinen Abwägungsspielraum bei Bestimmung der Gegenleistung nach oben ausreizen, ohne eine gerichtliche Substitution befürchten zu müssen. Der Kontrahierungsberechtigte kann einen langwierigen Prozess vermeiden, indem er die Bestimmung der Gegenleistung im Rahmen des Abwägungsspielraums akzeptiert. Hätte das Gericht dagegen eine uneingeschränkte Ersetzungsbefugnis, würde dieses die Bereitschaft des Kontrahierungsberechtigten zur gerichtlichen Überprüfung steigern und gleichzeitig das Bemühen des Kontrahierungspflichtigen um Billigkeit bei der Ermessensausübung schmälern.

(4) Zusammenfassung

Während der Leistungsgegenstand eines unter Kontrahierungszwang zu schließenden Vertrags von Anfang an durch das Vertragsabschlussverlangen des Kontrahierungsberechtigten festgelegt wird, ist die Gegenleistung – in Ermangelung von Taxen, Tarifen oder Gebührenverzeichnissen – zunächst unbestimmt und bedarf zum Vertragsabschluss der Konkretisierung. Zwischen den beiden Extremen des freien Aushandelns der Gegenleistung durch die Parteien und ihrer Bestimmung nach rein objektiven Kriterien wie Marktüblichkeit oder Angemessenheit eröffnet die analoge Anwendung der §§ 315 Abs. 3, 316 BGB den einzig gangbaren Weg. Hiernach steht dem Kontrahierungspflichtigen als Empfänger der Gegenleistung das Bestimmungsrecht zu, das er nach billigem Ermessen auszuüben hat. Wird die Ausübung des Bestimmungsrechts verzögert, verweigert oder unbillig vorgenommen, so kann der Kon-

---

603 *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 307.
604 *Busche*, Privatautonomie, S. 257 ff. (258).
605 *Hager*, in: Erman, BGB, § 315, Rn. 19.

trahierungsberechtigte die Bestimmung analog § 315 Abs. 3 S. 2 BGB gerichtlich substituieren lassen.

cc. Prozessuale Durchsetzbarkeit

Verweigert der Kontrahierungspflichtige seine Mitwirkung am Vertragsabschluss, so ist der Berechtigte darauf verwiesen, seinen Anspruch auf Abgabe der Vertragsabschlusserklärung und ggf. auch den auf Erbringung der realen Leistung[606] einzuklagen. Anders als bei der materiellen Rechtslage – und damit im Rahmen der außergerichtlichen Durchsetzung[607] – lassen Rechtsprechung[608] und Literatur[609] es für die gerichtliche Geltendmachung eines Kontrahierungsanspruchs zum Teil genügen, wenn ohne vorherige oder zeitgleiche Verfolgung des Vertragsabschlussbegehrens unmittelbar auf Leistung geklagt wird. Der Kontrahierungsberechtigte soll danach einen „Doppelanspruch“ haben, aufgrund dessen er je nach Zweckmäßigkeit wahlweise Vertragsabschluss, reale Leistung oder im Wege der Klageverbindung beides gerichtlich geltend machen kann.[610]

Rechtsdogmatisch erscheint es allerdings zweifelhaft, das materiellrechtliche Erfordernis eines Vertrags als Leistungsgrundlage davon abhängig zu machen, ob die Leistung außer- oder innerprozessual begehrt wird, gewährleistet er doch hier wie dort gleichermaßen Rechtssicherheit, Transparenz und vertrauensbildende Konkretisierung[611]. Soweit *Franz Bydlinski*[612] zugunsten einer direkten Leistungsklage argumentiert, dass diese in unserem Rechtssystem der Regelfall sei, so lässt er offenbar außer Acht, dass die Vertragsabschlusserklärung des Verpflichteten auch bei der Klage aus Vorvertrag sowie bei der Klage auf Wandelung eines Kaufvertrags gemäß §§ 462, 465 BGB a.F.[613] durch richterlichen Gestaltungsakt fingiert

---

606 Ggf. auch den Anspruch auf Bestimmung der Gegenleistung gemäß §§ 315 Abs. 3 S. 2, 316 BGB, vgl. BGHZ 41, 271 (280); *Busche*, Privatautonomie, S. 267.

607 Vgl. insbesondere *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (23 ff.).

608 BGHZ 44, 279 (283); 49, 90 (92, 98 f.); BGH BB 1969, 1239 (1240); BGH GRUR 1973, 277 (280) – *Registrierkassen*.

609 *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (23 ff.); *Leidinger*, WRP 1995, 462 (466) zu § 26 Abs. 2 GWB a.F. m.w.N.; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 118; *Schulte*, NJW 1976, 1210; vgl. demgegenüber *Molitor*, JherJb 73 (1923), 1 (26), der aufgrund der Fiktionen der §§ 894; 897 ZPO die Klagen auf Abgabe der Vertragsabschlusserklärung sowie auf unmittelbare Leistung für identisch hält.

610 BGH, BB 1969, 1239 (1240); *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (25 f.); anders *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (82), der eine Klage auf Abgabe der Vertragsabschlusserklärung ablehnt.

611 Vgl. bereits oben in diesem Kapitel unter III 2 a aa.

612 AcP 180 (1980), 1 (23).

613 Weggefallen mit Wirkung zum 01.01.2002 durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138.

wird[614]. Auch hier ist Rechtsgrund für die Leistung mithin kein direkter Leistungsanspruch, sondern ein fiktiv geschlossener Vertrag.

Ganz überwiegend wird daher vertreten, dass eine Klage auf Erbringung der realen Leistung erst begründet sein kann, wenn der Kontrahierungsberechtigte zuvor erfolgreich auf Abgabe der Vertragsabschlusserklärung geklagt hat.[615] Aus Gründen der Zeiteffizienz und Prozessökonomie ist ihm dieser Weg jedoch in zweierlei Hinsicht zu erleichtern: Zum einen muss er nicht zwei separate Prozesse anstrengen, sondern kann beide Klageanträge im Wege der uneigentlichen Eventualklagehäufung gemäß § 260 ZPO miteinander verbinden.[616] Zum anderen ist der Klageantrag als Prozesshandlung der Auslegung zugänglich und damit in der Regel als konkludente Verbindung beider Anträge zu begreifen,[617] es sei denn, die Beschränkung auf einen Antrag ergibt sich eindeutig aus dem Klägervorbringen. Nach dieser vorzugswürdigen Ansicht kommt der Kontrahierungsberechtigte im Wege der Klageverbindung und aufgrund der Fiktion des § 894 ZPO ebenso schnell an sein Rechtsschutzziel wie nach der Gegenmeinung mittels einer direkten Leistungsklage und hat darüber hinaus für die weitere Geschäftsabwicklung eine vertragliche Rechtsgrundlage.

dd. Freiheit zur Abänderung oder Lösung

Korrespondierend zur Vertragsabschlusspflicht wollen einige Stimmen in der Literatur[618] den Kontrahierungspflichtigen in seiner Abänderungs- und Lösungsfreiheit vom Vertrag beschränken. Nur so könne Kontrahierungszwang seinen über die Formalie Vertragsabschluss hinausgehenden Zweck erfüllen, den Verpflichteten auch an die vertraglichen Primärpflichten zu binden.[619] Diese Auffassung dürfte jedoch zu kurz greifen, da sie außer Acht lässt, dass die

---

614 Hierzu ausführlich *Busche*, Privatautonomie, S. 265 f.

615 BGH NJW 1986, 2820 (2821); 2001, 1285 (1286); *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 33; *Busche*, Privatautonomie, S. 264 f.; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 11; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 198; *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 85.

616 BGH NJW 1986, 2820 (2821); 2001, 1285 (1286); OLG Dresden, ZUM 2003, 231 (233); *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 33; *Busche*, Privatautonomie, S. 265; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 11; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 139 f.; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 198; *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 I a (S. 49 f.); *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 34 IV 2, Rn. 30; *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 85; anders offenbar OLG Karlsruhe, BB 1977, 1112 f.

617 *Busche*, Privatautonomie, S. 266; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 140; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 118; vgl. BGH NJW 1975, 443 (444).

618 *Bülck*, Abschlusspflicht, S. 6 f.; *Contzen*, Kontrahierungszwang, S. 10; *Kramer*, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, Vor § 145, Rn. 9.

619 Vgl. *Contzen*, Kontrahierungszwang, S. 10.

Vertragsrechtsordnung selbst das Recht zur Vertragsänderung bzw. -lösung bereits umfassend regelt.

Gemäß § 311 Abs. 1 BGB ist eine Vertragsänderung grundsätzlich nur im gegenseitigen Einvernehmen der Vertragsparteien möglich. Ausnahmsweise räumt § 313 Abs. 1, Abs. 2 BGB ihnen ein einseitiges Recht auf Vertragsanpassung ein, sofern sich nachträglich die tatsächlichen Umstände schwerwiegend verändert oder sich die dem Vertrag zugrunde gelegten wesentlichen Vorstellungen als falsch erwiesen haben. Dieses Recht auf Anpassung muss aber unabhängig davon bestehen, ob der Berechtigte den Vertrag freiwillig oder unter Kontrahierungszwang geschlossen hat, da sich in diesem wie in jenem Fall die Voraussetzungen einer gestörten Geschäftsgrundlage einstellen können. Ist aber die Geschäftsgrundlage des erzwungenen Vertrags nach § 313 Abs. 1, Abs. 2 BGB gestört, so wird dieses in aller Regel auch die tatsächlichen Grundlagen der Kontrahierungspflicht betreffen, die dadurch entweder ganz entfällt oder in ihrer Rechtsfolge anzupassen ist. Es wäre damit weder sachgerecht noch der Zweckerfüllung von Kontrahierungszwang zuträglich, dem unfreiwilligen Vertragspartner bei Störung der Geschäftsgrundlage ein Anpassungsrecht zu verwehren.

Vergleichbares gilt im Grundsatz für eine Beschränkung der Lösungsfreiheit vom Vertrag. Das Recht auf einvernehmliche Vertragsauflösung durch Aufhebungsvertrag bedarf gegenüber dem kontrahierungspflichtigen Vertragspartner keiner Beschränkung, da die – freiwillige – Aufhebungserklärung des Kontrahierungsberechtigten sein Schutzbedürfnis entfallen lässt.

Etwas anderes könnte allenfalls für einseitige Lösungsrechte, wie insbesondere Anfechtungs-, Rücktritts- und Kündigungsrechte, gelten. Allerdings kann ein Willensmangel i.S.v. §§ 119, 120 BGB einer unter Kontrahierungszwang abgegebenen Willenserklärung ebenso zugrunde liegen wie einer freiwillig abgegebenen und hier wie dort ein Anfechtungsrecht begründen, mag anschließend auch die Kontrahierungspflicht über die nunmehr irrtumsbereinigte Vertragserklärung wieder aufleben.

Auch ein Rücktrittsrecht, das entweder als vertraglich eingeräumtes die Schutzbedürftigkeit des Kontrahierungsberechtigten entfallen lässt oder aber als gesetzliches Folge von Leistungsstörungen oder einer Störung der Geschäftsgrundlage ist, dürfte unter Kontrahierungszwang keine Einschränkungen erfahren. Der Kontrahierungspflichtige ist zwar unfreiwilliger, aber dennoch der Gegenseite gleichberechtigter Vertragspartner mit grundsätzlich allen vertraglichen Rechten und Pflichten. Damit kann auch ihm im Falle einer verspäteten, fehlerhaften

oder unmöglichen Leistung der Gegenseite die Lösung vom Vertrag nach §§ 323, 326 Abs. 5 BGB nicht prinzipiell verwehrt werden. Ob in diesem Fall der Kontrahierungsanspruch des Begünstigten ebenfalls wieder auflebt, ist eine Frage des Einzelfalls und müsste jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der treuwidrigen Rechtsausübung beurteilt werden.

Entsprechend dem gesetzlichen Rücktrittsrecht wird man dem Kontrahierungspflichtigen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch die außerordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses nach § 314 BGB[620] einzuräumen haben. Zweifelhaft könnte allenfalls das Recht auf eine ordentliche Kündigung sein, sofern dieses nicht – wie insbesondere im Wohnraummietrecht[621] – an enge Voraussetzungen geknüpft ist, die die gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien bereits hinreichend berücksichtigen. Kann sich der Kontrahierungspflichtige etwa vom Darlehensvertrag gemäß § 608 BGB jederzeit oder vom Dienstvertrag gemäß § 620 Abs. 2 BGB unter Einhaltung der Kündigungsfristen des § 621 BGB lösen, unterläuft er damit ggf. zunächst den fortbestehenden Kontrahierungszwang. Dieses rechtfertigt allerdings keine generelle Versagung des ordentlichen Kündigungsrechts, da der ursprünglich Kontrahierungspflichtige durchaus die Annahme hegen darf, die Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs seien zwischenzeitlich weggefallen und er könne sich nunmehr aus dem unerwünschten Vertragsverhältnis lösen.[622] Besteht die Abschlusspflicht dagegen fort, würde er sich durch die ordentliche Kündigung unmittelbar erneut kontrahierungspflichtig und – im Falle einer willkürlichen Kündigung in Kenntnis des fortbestehenden Kontrahierungszwangs – wegen positiver Vertragsverletzung gemäß § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB oder unerlaubter Handlung auch ersatzpflichtig machen.[623]

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass einseitige Abänderungs- und Lösungsrechte vom einmal geschlossenen Vertrag ohnehin nur unter engen Voraussetzungen bestehen. Sie bedürfen für unter Kontrahierungszwang geschlossene Verträge keiner weitergehenden Beschränkung, da die Kontrahierungspflicht ggf. unmittelbar wieder auflebt und der

---

620 Spezielle außerordentliche Kündigungsrechte statuieren insbesondere § 543 BGB für den Mietvertrag, §§ 569; 580 BGB für den Wohnraummietvertrag sowie §§ 626 f. BGB für den Dienstvertrag.

621 Vgl. §§ 573; 573a BGB.

622 A.A. offenbar *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 34 IV 2, Rn. 30 m.w.N., die bei bestehendem Vertrag ein Kündigungsverbot annehmen wollen.

623 *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 33; vgl. auch BGHZ 70, 132 (136); *Häublein*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 573, Rn. 103 für die unberechtigte Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses; *Rolfs*, in: Staudinger, BGB, § 573, Rn. 232 f.

Kontrahierungspflichtige sich im Falle einer rechtswidrigen Lösung vom Vertrag schadensersatzpflichtig macht.

ee. Fazit

Kontrahierungszwang bezweckt nach herrschender und vorzugswürdiger Auffassung den Vertragsabschluss mit einem Dritten, verpflichtet den Betroffenen mithin einseitig zur Abgabe der erforderlichen Vertragsabschlusserklärung. Erst der konkrete Vertrag bildet für beide Parteien eine Grundlage, auf der sie Leistungserfüllung verlangen, etwaige Leistungsstörungen abwickeln und sich gegenseitig zur Vertragstreue anhalten können. Aus diesem Grund ist es auch unerlässlich, dass die Parteien nicht nur außerprozessual, sondern auch im Falle der gerichtlichen Durchsetzung eines Kontrahierungszwangs vor oder zumindest zeitgleich zur Geltendmachung des realen Leistungsanspruchs miteinander kontrahieren. Zur Vereinfachung ist es dem Kläger jedoch zuzugestehen, die Klageanträge auf Abgabe der Vertragsabschlusserklärung und auf tatsächliche Leistung im Wege der uneigentlichen Eventualklagehäufung miteinander zu verbinden, worauf die Abgabe der Willenserklärung gemäß § 894 ZPO fingiert werden kann.

Inhaltlich wird der Leistungsgegenstand des erzwungenen Vertrags durch das Vertragsabschlussverlangen des Berechtigten bestimmt und ggf. durch die jeweilige Rechtsnorm qualitativ und / oder quantitativ eingegrenzt. Die Gegenleistung bedarf demgegenüber – vorbehaltlich einschlägiger Taxen, Tarife oder Gebührenverzeichnisse – noch der Konkretisierung, die sich sachgerecht nur über eine analoge Anwendung der §§ 315, 316 BGB erreichen lässt. Danach steht das Bestimmungsrecht über die Gegenleistung dem Kontrahierungspflichtigen zu, der es im Rahmen billigen Ermessens auszuüben hat. Im Falle einer Verzögerung, Verweigerung oder unbilligen Ermessensausübung kann der Berechtigte die Bestimmung – auch durch einen weiteren verbundenen Antrag – analog § 315 Abs. 3 S. 2 BGB gerichtlich substituieren lassen, um den Vertrag zustande zu bringen.

Die Freiheit zur Abänderung oder Lösung vom einmal geschlossenen Vertrag bedarf auch unter Kontrahierungszwang keiner Einschränkung, da sie nur im gegenseitigen Einvernehmen der Parteien oder aufgrund besonderer Umstände unter engen gesetzlichen Voraussetzungen möglich ist. Im erstgenannten Fall entfällt das Schutzbedürfnis des Berechtigten, im letztgenannten Fall ist es dem Kontrahierungspflichtigen wie auch jedem freiwilligen Vertragspartner zuzugestehen, Vertragsanpassung oder -auflösung zu verlangen. Lediglich im Falle einer unberechtigten Lösung vom Vertrag, insbesondere durch Kündigung eines Dauerschuld-

verhältnisses, könnte sich der Kontrahierungspflichtige schadensersatzpflichtig machen und unmittelbar erneut abschlusspflichtig werden.

Das Erfordernis eines vorherigen oder zeitgleichen Vertragsabschlusses lässt sich auch auf den Abschluss von Massengeschäften und massengeschäftsähnlichen Geschäften nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG übertragen. Im hiervon primär betroffenen Konsumgüter- und standardisierten Dienstleistungsbereich fallen Vertragsabschluss und Leistungserbringung häufig faktisch zusammen. Doch gerade bei anfänglicher Abschlussverweigerung durch den Anbieter werden sich die Parteien regelmäßig explizit über den Vertragsabschluss einigen, bevor sie die Leistungen austauschen. Bedenken bestehen allerdings gegen die Praktikabilität einer prozessualen Durchsetzung des Kontrahierungsanspruchs sowie einer gerichtlichen Bestimmung der Gegenleistung. Die von § 19 Abs. 1 AGG erfassten Geschäfte erlauben in der Regel keinen Aufschub für die Dauer eines Hauptsacheverfahrens. Eine einstweilige Leistungsverfügung analog § 940 ZPO kommt dagegen nur bei Erwartung schwerwiegender Nachteile in Betracht, was im sachlichen Anwendungsbereich des AGG allenfalls in Ausnahmefällen gegeben sein dürfte.

b. Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten

Anhand seiner Rechtsfolge Vertragsabschluss, konkret der Verpflichtung des Anbieters, das Vertragsangebot des Berechtigten anzunehmen, soll Kontrahierungszwang im Folgenden von weiteren Rechtsfiguren abgegrenzt werden.

aa. Abgrenzung von Rechtsinstituten mit fingierter Willenseinigung

(1) Gesetzliche Vertragsübernahme und Vertragsabschluss kraft Gesetzes

Gesetzliche Vertragsübernahme und Vertragsabschluss kraft Gesetzes haben gemeinsam, dass der erzwungene Vertrag unmittelbar gesetzlich begründet wird, im Unterschied zu Kontrahierungszwang also nicht durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt.[624] Bei der gesetzlichen Vertragsübernahme wird einer der Vertragspartner mitsamt seiner vertraglichen Rechtsposition ausgewechselt, ohne dass dafür eine Willenseinigung zwischen dem verbleibenden und dem neuen Vertragspartner erforderlich wäre.[625] Als Beispiel hierfür diene § 566 Abs. 1 BGB, wonach der Erwerber von Mietraum als Vermieter in die bestehenden

[624] *Busche*, Privatautonomie, S. 115, 116.
[625] *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 796 f.

Mietverträge eintritt, ohne mit den Mietern einen (neuen) Mietvertrag abschließen zu müssen. Ein Fall des Vertragsabschlusses kraft Gesetzes findet sich in § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG, nach dem ein gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksamer Leiharbeitsvertrag rückwirkend als zustande gekommen angesehen und auf diese Weise ohne Mitwirkung der Parteien ganz neu begründet wird.[626]

(2) Einseitiges gesetzliches Gestaltungsrecht

Ebenfalls kraft Gesetzes statt durch Willenseinigung kommt ein Vertrag zustande, den eine Partei durch Ausübung eines einseitigen gesetzlichen Gestaltungsrechts begründen kann.[627] Beispielhaft hierfür sei § 9 Abs. 2 BPersVG genannt[628], wonach ein in der Personalvertretung engagierter Auszubildender durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber seine Weiterbeschäftigung nach Abschluss der Ausbildung verlangen und damit einseitig den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags herbeiführen kann. Damit lässt sich auch das einseitige gesetzliche Gestaltungsrecht anhand seiner Rechtsfolge von Kontrahierungszwang abgrenzen.

bb. Abgrenzung von Rechtsinstituten des öffentlichen Rechts

Aus dem öffentlichen Recht weisen insbesondere der Benutzungs-, Anschluss- und Zulassungszwang sowie der diktierte Vertrag Parallelen zum Kontrahierungszwang auf. *Nipperdey*[629] hat aufgezeigt, dass Kontrahierungszwang ebenfalls im öffentlichen Recht wurzelt, sein Gegenstand, die einzugehende Verpflichtung, dagegen privatrechtlicher Natur ist. Die Abgrenzung zwischen Kontrahierungszwang und den genannten Rechtsinstituten des öffentlichen Rechts muss daher ebenfalls an der Rechtsfolgenseite anknüpfen.

(1) Benutzungs-, Anschluss- und Zulassungszwang

Benutzungszwang liegt vor, wenn ein Hoheitsträger aufgrund eines öffentlichen Bedürfnisses die Nutzung bestimmter kommunaler Einrichtungen zur Pflicht macht, Anschlusszwang, wenn er den betroffenen Bürgern dazu den baulichen und technischen Anschluss an eine be-

---

[626] Vgl. BAG NZA 2005, 1006 (1007 f.); *Ulrici*, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, ArbeitsR, § 10 AÜG, Rn. 6; a.A. *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 14 (diktierter Vertrag).
[627] *Busche*, Privatautonomie, S. 115.
[628] A.A. jeweils ohne Begründung *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 17; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (67).
[629] Kontrahierungszwang, S. 87.

stimmte öffentliche Anlage vorschreibt (z.B. den Anschluss an Abwasserbeseitigungsanlagen gemäß § 56 WHG i.V.m. den Wassergesetzen der Länder).[630] Wird der Bürger durch Benutzungs- und Anschlusszwang mithin verpflichtet, so wird er umgekehrt durch Zulassungszwang dazu berechtigt, eine bestimmte öffentliche Einrichtung zu nutzen (z.B. Kindergarten oder Schwimmbad der Gemeinde). Zulassungszwang verpflichtet den kommunalen Träger zur Nutzungsgewährung und räumt dem Bürger ein entsprechendes subjektives Recht ein.[631]

Bei allen drei genannten Rechtsinstituten kann der Hoheitsträger das Nutzungsverhältnis selbst (das *Wie*) im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich ausgestalten, während er bei der Entscheidung über die Nutzungsverpflichtung bzw. -bewilligung an sich (das *Ob*) verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Grundrechtsbindung, unterworfen ist und öffentlich-rechtlich durch Verwaltungsakt entscheiden muss (*Zweistufentheorie*).[632] Von Kontrahierungszwang, der stets auf Abgabe einer privatrechtlichen Vertragserklärung gerichtet ist, können Benutzungs-, Anschluss- und Zulassungszwang deshalb anhand der stets öffentlich-rechtlichen Begründung des Nutzungsverhältnisses klar abgegrenzt werden.

(2) Diktierter Vertrag

Auch der diktierte Vertrag ist ein Institut des öffentlichen Rechts, das in Kriegs- und Nachkriegszeiten als Mittel der Zwangswirtschaft, insbesondere zur zwangsweisen Wohnraumbeschaffung[633], eine bedeutende Rolle spielte, im geltenden Recht jedoch kaum noch vorkommt.[634] Im Unterschied zu Kontrahierungszwang kommt das Vertragsverhältnis bei einem diktierten Vertrag unmittelbar durch hoheitlichen Gestaltungsakt zustande.[635] Ob die dadurch herbeigeführte Verbindung zwischen den Parteien trotz beidseitig fehlender Selbstbestim-

---

630 *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: Schmidt-Aßmann, Bes. VerwR, 1. Kap., Rn. 114 f. (S. 87 f.).

631 *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 35.

632 *Erbguth*, Allg. VerwR, § 29, Rn. 4 ff. Die Zweistufentheorie stößt aufgrund der Aufspaltung eines einheitlichen Lebensverhältnisses und der damit verbundenen Abgrenzungsprobleme auf Kritik, die in der Sache über das vorwiegend betroffene Subventionsrecht hinausgeht. Doch selbst wenn man ihre Anwendung deshalb ablehnt, bleibt die Entscheidung über das „Ob" stets öffentlich-rechtlich, da auch die alternativ vorgeschlagenen einstufigen Verpflichtungs- oder Bewilligungsentscheidungen (Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag) öffentlich-rechtlicher Natur sind bzw. als Instrument des Verwaltungsprivatrechts (privatrechtlicher Vertrag) öffentlich-rechtlich gebunden sind, vgl. *Erbguth*, a.a.O., Rn. 6 m.w.N.

633 So waren die kommunalen Wohnungsbehörden nach § 16 WBewG vom 31.03.1953, BGBl. I, S. 97, ermächtigt, zwischen Wohnungseigentümer und Wohnungssuchendem einen Zwangsmietvertrag zu begründen.

634 Erscheinungsformen finden sich etwa in §§ 6a VermG; 97 Abs. 2 BauGB.

635 *Busche*, Privatautonomie, S. 116; *Joussen*, SchuldR-AT, Rn. 79 f.; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 14.

mung überhaupt noch privatrechtlicher Natur ist,[636] kann insofern offen bleiben, als in Abgrenzung zu Kontrahierungszwang jedenfalls keine aktive Willenseinigung vorliegt.

3. Funktion von Kontrahierungszwang

Die Funktionsbestimmung von Kontrahierungszwang verspricht einen maßgeblichen Erkenntnisgewinn für die Konturierung einer Vertragsabschlussverpflichtung als Rechtsfolge des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots. Dieses dient nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand primär dem Schutz Einzelner vor Diskriminierung wegen bestimmter Persönlichkeitsmerkmale und könnte sich in diesem Punkt entscheidend von den herkömmlichen Abschlusspflichten unterscheiden. Zwar lassen sich vor einer umfassenden Analyse der vielfältigen Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang keine abschließenden Aussagen zu seinen Aufgaben treffen, jedoch sollten der aktuelle Untersuchungsstand und die exemplarische Betrachtung einzelner Kontrahierungspflichten eine vorläufige Funktionsbestimmung erlauben.

a. Funktionale Elemente der Begriffsbestimmungen

Die eingangs des Kapitels dargestellten Definitionen von Kontrahierungszwang[637] lassen ein funktionales Element entweder ganz vermissen[638] oder differieren in ihren Funktionsbestimmungen. So bezeichnet *Jan Busche*[639] Kontrahierungszwang als ein „Instrument der korrigierenden Einwirkung auf privatautonom handelnde Rechtssubjekte“. Das damit beschriebene einschränkende Korrektiv privatautonomer Abläufe ist allerdings so weit gefasst, dass es – wie *Busche* selbst konstatiert[640] – in allen anderen gebräuchlichen Definitionen von Kontrahierungszwang ebenfalls ausdrücklich oder implizit enthalten ist. Konkret ist das darauf zurückzuführen, dass Kontrahierungszwang als gesetzlicher Zwang zum Vertragsabschluss naturgemäß die Freiheit der Vertragsbegründung begrenzt bzw. – vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Motive exakter formuliert – korrigiert. Damit ist die von *Busche* entwickelte Funktionsbestimmung bereits der Mittel-Zweck-Kombination von Kontrahierungszwang selbst inhärent und für die abgrenzende Konturierung eines durch § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vermittelten Kontrahierungszwangs nicht dienlich.

---

[636] Zweifel daran hat offenbar *Larenz,* SchuldR-AT, § 4 I b (S. 50).
[637] S.o. unter I.
[638] So die Definitionen von *Nipperdey* und *Huber,* vgl. oben Fn. 487, 489.
[639] Privatautonomie, S. 111 (Hervorhebung im Original).
[640] Privatautonomie, S. 111.

Werner Mertens[641] bestimmt die Aufgabe von Kontrahierungszwang mit der „Abwendung der Gefährdung lebenswichtiger Interessen der Einzelnen oder der Gesamtheit". Auch dieses impliziert eine Korrekturfunktion von Abschlusszwang, die allerdings durch Begrenzung auf den Schutz lebensnotwendiger Werte enger ist als *Busches* Funktionsbestimmung. Da die Vertragsfreiheit als verfassungsrechtlich geschütztes Gut jedoch ohnehin nur zum Schutze anderer elementarer Rechtsgüter beschränkt werden darf, eröffnet auch *Mertens* funktionale Beschreibung einen so weiten Aufgabenbereich, dass sie für die innere Differenzierung von Kontrahierungszwang ebenfalls keinen Erkenntnisgewinn verspricht.

Nach *Wolfgang Kilians*[642] funktionaler Definition dient Vertragsabschlusszwang der Korrektur einer Marktlage, die für Geschäfte über wichtige Güter und Leistungen keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bietet. *Kilian* begrenzt damit die Aufgabe von Kontrahierungszwang sowohl markt- als auch leistungsbezogen, scheidet also implizit Konstellationen aus, in denen der Nachfrager zumutbarerweise auf alternative Bezugsmöglichkeiten ausweichen kann oder – nach unbestimmtem Maßstab – Leistungen von geringerer Bedeutung begehrt. Da sich das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 19 AGG unabhängig von Bezugsalternativen und Relevanz der begehrten Leistung gegen Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr richtet[643], wäre ein daraus folgender Abschlusszwang von *Kilians* Funktionsbestimmung nicht erfasst. Hierin zeichnet sich ein erster funktionaler Anknüpfungspunkt für seine Abgrenzung von herkömmlichen Kontrahierungspflichten ab.

b. Vorläufige Funktionsbestimmung

Neben den genannten Definitionen bieten insbesondere die herkömmlichen Erscheinungsformen des besonderen sowie die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Fallgruppen des allgemeinen Kontrahierungszwangs wichtige Anhaltspunkte für eine vorläufige Funktionsbestimmung.

aa. Besonderer Kontrahierungszwang

Ansätze, die herkömmlichen Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs nach Aufgabenbereichen zu systematisieren, führen vordergründig zu sehr unterschiedlichen

[641] Über Kontrahierungszwang, S. 5.
[642] AcP 180 (1980), 47 (52).
[643] S.o. 3. Kap. II 1 c.

Ergebnissen.[644] Bei einer Gesamtschau bilden sich jedoch – unter Vernachlässigung der Abweichungen im Detail – drei wesentliche Kategorien heraus: Abschlusspflichten, bei denen der Anbieter typischerweise eine marktbeherrschende Stellung inne hat, Abschlusspflichten, die der Erfüllung einer wichtigen sozialen Versorgungsaufgabe dienen, sowie Abschlusspflichten, die außerhalb dieser beiden Fallgruppen stehen. Auf Grundlage dieser Kategorisierung soll der Aufgabenbereich der herkömmlichen spezialgesetzlichen Kontrahierungspflichten vorläufig umrissen werden.

(1) Besonderer Kontrahierungszwang bei marktbeherrschender Stellung des Anbieters

Ein Großteil der spezialgesetzlich normierten Abschlussverpflichtungen betrifft Anbieter mit typischerweise marktbeherrschender Stellung.[645] Charakteristisch hierfür sind § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG (Anschlusspflicht von Energieversorgungsunternehmen gegenüber Letztverbrauchern); §§ 5 Abs. 1; 8 EEG (Anschluss- und Abnahmepflicht der Netzbetreiber gegenüber Betreibern von Anlagen zur Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien); §§ 10 AEG; 22 PBefG; 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG (Personenbeförderungspflicht von Verkehrsunternehmen); § 14 Abs. 1 S. 1 AEG (Zugang von Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Eisenbahninfrastruktur); § 18 Abs. 1 PostG i.V.m. § 3 PDLV (Kontrahierungszwang bei Universalpostdienstleistungen) sowie § 33 i.V.m. § 20 Abs. 1, 2 GWB (kartellrechtliches Behinderungs- und Diskriminierungsverbot). Sofern die marktbeherrschende Anbieterstellung in diesen Fällen maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die genannten Abschlusspflichten ist, dürfte deren Funktion darin bestehen, die Marktmacht und die damit verbundene mangelnde Ausweichmöglichkeit für den Nachfrager zu kompensieren und möglichen Missbrauch durch willkürliche Vertragspartnerwahl oder einseitige Konditionenbestimmung zu verhindern. Der Aufgabenbereich der spezialgesetzlichen Kontrahierungspflichten dieser Kategorie wäre damit im weitesten Sinne marktbezogen.

---

[644] Vgl. etwa *Busche*, Privatautonomie, S. 578 ff.; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 187 ff.; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (74) – „Kompensationsfunktion" versus „Versorgungsfunktion"; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 148 ff.; *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 I a, b (S. 43 ff.); *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 136 ff.; vgl. auch *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 46, der die Normierung besonderer Kontrahierungspflichten für willkürlich hält.

[645] *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 15 ff.; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (74); *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 137.

(2) Besonderer Kontrahierungszwang zur Erfüllung einer sozialen Versorgungsaufgabe

Auch in Bereichen, in denen es um die Versorgung der Allgemeinheit mit elementar wichtigen Gütern und Leistungen geht, finden sich etliche Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs.[646] Zwar gehen diese regelmäßig einher mit einer marktbeherrschenden Stellung des Anbieters und können daher großenteils auch der vorgenannten Kategorie zugeordnet werden.[647] Darüber hinaus betreffen aber beispielsweise die Abschlusspflichten der Pflegeversicherer nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 22, 23 Abs. 1, 3, 4 SGB XI[648] und die der Sparkassen zur Einrichtung von Girokonten nach Landesrecht[649] ebenfalls soziale Versorgungsleistungen, ohne dass deren jeweilige Anbieter typischerweise marktbeherrschend wären. Damit kristallisiert sich die Sicherstellung allgemeiner Grundversorgungsaufgaben als weitere eigenständige Aufgabe des besonderen Kontrahierungszwangs heraus, die zwar regelmäßig durch marktbeherrschende Unternehmen wahrgenommen wird, im Übrigen aber nicht markt-, sondern leistungsbezogen ist.

(3) Besondere Kontrahierungspflichten eigener Art

Lediglich einige wenige spezialgesetzlich normierte Vertragsabschlusspflichten sind vordergründig weder durch relevante Marktstärke des Anbieters noch durch einen sozialen Versorgungsauftrag charakterisiert und stehen damit außerhalb der beiden vorgenannten Kategorien. Dieses gilt insbesondere für die Abschlusspflicht der Kfz-Haftpflichtversicherer gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG. Auch der Urheber eines Musikwerkes hat keine typischerweise marktbeherrschende Stellung inne und ist dennoch gemäß § 42a UrhG zur Einräumung von Nutzungsrechten an andere Tonträgerhersteller verpflichtet, sobald er auch nur eine derartige Lizenz erteilt hat.

Doch auch für diese Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs zeichnet sich ein gemeinsamer funktionaler Anknüpfungspunkt ab: Sie basieren auf einem gesetz-

---

[646] *Busche,* Privatautonomie, S. 578 f. („leistungssichernder Kontrahierungszwang"); *Kilian,* AcP 180 (1980), 47 (74); *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 137.

[647] So z.B. die Vertragsabschlusspflichten der Energieversorger gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG, der Personenbeförderungsunternehmen gemäß §§ 10 AEG; 22 PBefG; 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG sowie der Postdienstleister gemäß § 18 Abs. 1 PostG i.V.m. § 3 PDLV, vgl. *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 137.

[648] *Busche,* Privatautonomie, S. 579 zu der früheren Regelung in §§ 1 Abs. 2 S. 2, 23 Abs. 1, 110 Abs. 1 PflegeVG; vgl. auch *Vykykal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 137, Fn. 493.

[649] Z.B. § 5 Abs. 2 SpkG NRW vom 18.11.2008 (GVBl. S. 696); § 32 Nr. 1 SpkG S-Anh vom 13.07.1994 (GVBl. S. 823) i.V.m. § 5 SpkVO S-Anh vom 21.05.2003 (GVBl. 2003, S. 116); § 12 Abs. 2 ThürSpkVO vom 01.07.1999 (GVBl. S. 438); vgl. *Busche,* Privatautonomie, S. 635; so auch BGH NJW 1991, 978.

geberischen Eingriff in den freien Waren- und Leistungsaustausch. So gründet die Abschlusspflicht der Anbieter von Kfz-Haftpflichtversicherungen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 PflVG auf der gesetzlichen Halterpflicht zum Abschluss eines Kfz-Haftpflichtversicherungsvertrags nach § 1 PflVG. Diese zieht eine starke Abschlussnachfrage auf der einen und eine hohe Anbieterdichte auf der anderen Seite nach sich. Damit dient der Abschlusszwang der Kfz-Haftpflichtversicherer nicht der Korrektur von Marktstärke, sondern der faktischen Gewährleistung des gesetzlich geforderten Kfz-Haftpflichtversicherungsschutzes.[650] Auch der Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern liegt die urheberrechtliche Regelung zugrunde, dass grundsätzlich nur der Urheber selbst Nutzungsrechte einräumen kann. Einzelne Tonträgerhersteller könnten sich daher durch Profilierung und Gewährung attraktiver Vertragskonditionen einen Großteil der Lizenzen sichern und damit die interpretatorische und kulturelle Vielfalt auf dem Musiksektor zerstören.[651]

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auch die Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs, die weder durch eine Marktbeherrschung des Anbieters noch durch die Wahrnehmung einer sozialen Versorgungsaufgabe gekennzeichnet sind, trotz ihrer vordergründigen Verschiedenartigkeit eine funktionale Gemeinsamkeit haben dürften: Sie dienen der Neuordnung einer durch gesetzlichen Eingriff korrekturbedürftigen Marktlage und sind damit ebenfalls marktbezogen.

(4) Fazit

Anhand der exemplarischen Kategorisierung herkömmlicher spezialgesetzlicher Kontrahierungspflichten zeichnen sich bei vorläufiger Bewertung drei wesentliche Aufgabenbereiche ab: Den häufigsten Anknüpfungspunkt dürfte insoweit die marktbeherrschende Stellung des Anbieters und die damit verbundene Alternativlosigkeit bei der Anbieterwahl darstellen, zu deren Kompensation die jeweilige Vertragsabschlusspflicht bestimmt ist. Ein Großteil der hierzu zählenden Kontrahierungspflichten betrifft zugleich die Wahrnehmung einer sozialen Versorgungsaufgabe. Darüber hinaus richten sich spezialgesetzliche Abschlusspflichten jedoch auch an Grundversorger, die nicht typischerweise marktbeherrschend sind. Der funktionale Hintergrund dieses zweiten Anknüpfungspunktes dürfte in der Sicherstellung elementa-

---

[650] In diesem Sinne *Feyock*, in: Feyock/Jakobsen/Lemor, Kraftfahrtversicherung, § 5 PflVG, Rn. 6; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 122; anders *Busche*, in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 110: Sozialverträgliche Ordnung der verkehrsspezifischen Schadens- und Haftungsrisiken.

[651] *Wolff*, Zwangslizenzen, S. 58 f.

rer Versorgungsleistungen an die Allgemeinheit liegen und somit primär leistungsbezogen sein. Damit finden sich die beiden von *Kilian* – freilich kumulativ – benannten funktionalen Aspekte der mangelnden Ausweichmöglichkeit als marktbezogener und der Relevanz des begehrten Gutes als leistungsbezogener Komponente[652] in der beispielhaften Betrachtung der herkömmlichen spezialgesetzlichen Kontrahierungspflichten jedenfalls alternativ wieder.

Die Abschlusspflichten der dritten Kategorie lassen sich keiner der beiden vorgenannten Fallgruppen zuordnen. Da sie aber nach gegenwärtigem Erkenntnisstand dem Ausgleich einer erst durch gesetzgeberischen Eingriff entstandenen korrekturbedürftigen Marktlage dienen, kristallisiert sich auch für sie eine gewisse Marktbezogenheit heraus.

Einstweilen lässt sich damit festhalten, dass die herkömmlichen spezialgesetzlichen Abschlusspflichten entweder der Sicherstellung bestimmter Versorgungsaufgaben oder aber dem Ausgleich einer marktbedingten oder einer als Begleiterscheinung gesetzlicher Regulierung hervorgerufenen Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien dienen[653] und damit entweder leistungs- oder marktbezogen sind. Darin deutet sich ein wesentlicher funktionaler Unterschied zu einer durch § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vermittelten Abschlusspflicht an, die im Rahmen des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des AGG ausschließlich auf einer benachteiligenden Vertragsverweigerung des Anbieters gründet.

bb. Allgemeiner Kontrahierungszwang

Auch zum allgemeinen Kontrahierungszwang haben sich in Rechtsprechung und Literatur Fallgruppen herausgebildet, die Rückschlüsse auf seinen Aufgabenbereich zulassen. Im Unterschied zum besonderen Kontrahierungszwang knüpfen die einzelnen Kategorien jedoch nicht an unterschiedliche Erscheinungsformen bzw. Rechtsgrundlagen an, sondern an die kontrovers diskutierten Voraussetzungen eines allgemeinen Kontrahierungszwangs. Dieser wird ganz überwiegend hergeleitet aus einer Haftung wegen vorvertraglichen Verschuldens gemäß § 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB oder aber aus den deliktischen Anspruchsnormen §§ 823 Abs. 1; 826 BGB.[654] Diese Rechtsgrundlagen setzen alle ein pflichtwidriges Verhalten des Anspruchsgegners voraus; der Anbieter muss den ihm angetragenen Vertragsabschluss mithin pflicht- oder sittenwidrig, jedenfalls in rechtswidriger Weise

---

[652] S.o. in diesem Kapitel unter I.

[653] Vgl. auch *Busche,* in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 110; *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 44; *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 137.

[654] Vgl. hierzu ausführlich *Busche,* Privatautonomie, § 6 (S. 142 ff.).

verweigert haben. Während sich damit unmittelbar aus den genannten Anspruchsgrundlagen eine verhaltensbezogene Komponente des allgemeinen Abschlusszwangs ergibt, besteht Uneinigkeit darüber, ob und insbesondere welche markt- oder leistungsbezogenen Voraussetzungen darüber hinaus vorliegen müssen. Diskutiert werden auch hier vor allem die Kompensation überragender Marktstärke des Anbieters und die Erfüllung einer sozialen Versorgungsaufgabe.

(1) Kompensation überragender Marktstärke des Anbieters

Wie für den Großteil der spezialgesetzlichen Abschlusspflichten gilt die beherrschende Marktstellung des Anbieters auch für den allgemeinen Kontrahierungszwang als elementares Anknüpfungsmerkmal, wobei sich die Anforderungen an den Grad der Marktstärke im Laufe der Zeit jedoch erheblich reduziert haben.[655] Unabhängig von dem anzulegenden Maßstab besteht die Konsequenz einer überragenden Anbietermarktstellung für den Nachfrager jedenfalls in der eingeschränkten oder fehlenden Ausweichmöglichkeit und der damit verbundenen Angewiesenheit auf einen oder einige wenige Anbieter. In der Kompensation dieser defizitären Angebotslage dürfte daher auch der maßgebliche Ansatzpunkt für die Begründung des allgemeinen Abschlusszwangs liegen, während das Monopol- bzw. Marktstärkeerfordernis in seinen unterschiedlichen Graden und Ausprägungen tendenziell an Bedeutung zu verlieren scheint.[656]

Einvernehmen besteht jedenfalls darüber, dass die beherrschende Marktstellung des Anbieters für sich allein keinen allgemeinen Kontrahierungszwang zu begründen vermag.[657] Dieses ist nicht nur darauf zurückzuführen, dass die angeführten Rechtsgrundlagen des allgemeinen Kontrahierungszwangs ein pflichtwidriges Verhalten voraussetzen, sondern wird insbesondere damit begründet, dass die als Ausfluss der Allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte negative Vertragsfreiheit jedermann unabhängig von seiner Stellung im Wettbewerb grundsätzlich unbeschränkt zusteht.[658]

---

[655] Vgl. hierzu bereits oben 2. Kap. IV 2 b.

[656] *Busche*, Privatautonomie, S. 181 f.

[657] RGZ 115, 253 (258) – *Branntweinmonopol*; 133, 388 (391) – *Theaterkritiker*; BGH NJW 1990, 761 (762) – *Krankenhausbehandlungsverträge*; *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 16; *Bülck*, Abschlusspflicht, S. 38; *Greiner*, Kontrahierungszwang, S. 35; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 143 f.

[658] RGZ 115, 253 (258) – *Branntweinmonopol*; 133, 388 (391) – *Theaterkritiker*; *Bülck*, Abschlusspflicht, S. 38; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 61 f.; *Raiser*, JZ 1958, 1 (8); *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 144.

Unterliegen damit auch Monopolisten und – faktisch – marktbeherrschende Unternehmen nicht allein aufgrund ihrer Marktstellung einem allgemeinen Vertragsabschlusszwang, sondern erst bei deren pflichtwidriger Ausnutzung durch willkürliche Vertragsverweigerung oder das Stellen inakzeptabler Vertragskonditionen, so dürfte eine Aufgabe des allgemeinen Kontrahierungszwangs darin bestehen, den Missbrauch von Marktmacht bzw. allgemein fehlender Bezugsalternativen des Nachfragers zu unterbinden.

(2) Erfüllung einer sozialen Versorgungsaufgabe

Einen zweiten Ansatzpunkt für die Begründung einer allgemeinen Abschlusspflicht und eine weitere Parallele zu zahlreichen Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs bietet die Erfüllung sozialer Versorgungsaufgaben, deren Charakterisierung im Einzelnen allerdings umstritten ist. So wird teilweise einschränkend verlangt, dass der Anbieter eine gemeinwohlverpflichtende[659] oder faktisch marktbeherrschende[660] Stellung im Rechtsverkehr inne hat oder dass die Versorgungsleistung selbst der Deckung des normalen[661] oder des generell als wichtig angesehenen[662] Bedarfs dient bzw. der Nachfrager konkret auf sie angewiesen ist[663]. Einvernehmen besteht dagegen darüber, dass außerhalb der spezialgesetzlichen Vertragsabschlusspflichten private Anbieter sozialer Versorgungsleistungen einem allgemeinen Abschlusszwang nur im Falle einer Pflichtverletzung unterliegen, also aufgrund rechtswidriger Vertragsverweigerung[664]. Damit zeichnet sich die missbräuchliche Wahrnehmung einer Grundversorgungsaufgabe als weiterer funktionaler Anknüpfungspunkt für den allgemeinen Kontrahierungszwang ab.

(3) Rechtswidrige Geschäftsverweigerung als alleiniger Anknüpfungspunkt

Die Frage, ob ein allgemeiner Kontrahierungszwang auch unabhängig von der Marktstellung des Anbieters und der Wahrnehmung einer Grundversorgungsaufgabe allein aufgrund rechts-

---

659 *Bülck,* Abschlusspflicht, S. 108 ff.; *Kramer,* in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, Vor § 145, Rn. 13; *Larenz,* SchuldR-AT, § 4 I a (S. 48).

660 *Armbrüster,* in: Erman, BGB, Vor § 145, Rn. 29.

661 *Bydlinski,* AcP 180 (1980), 1 (37); *Medicus/Lorenz,* SchuldR-AT, Rn. 84.

662 *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 164.

663 OLG Celle, BB 1971, 1120; *Ellenberger,* in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 10; ähnlich auch *Grunewald,* AcP 182 (1982), 181, 194 ff., die die konkrete Angewiesenheit allerdings nicht auf eine soziale Versorgungsleistung bezieht, sondern auf ein nach objektiven Maßstäben zu beurteilendes gewichtiges Bedürfnis; vgl. auch *Niekiel,* Girokonto, S. 179 ff. für den Anschluss an den Bankenverkehr.

664 Vgl. nur *Ellenberger,* in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 10; *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 158, 164.

widriger Vertragsablehnung begründet werden kann, gewinnt besondere Bedeutung im Hinblick auf die abgrenzende Konturierung eines Kontrahierungsanspruchs aus § 21 AGG. Da § 19 Abs. 1, 2 AGG benachteiligende Vertragsverweigerungen ungeachtet besonderer markt- oder leistungsbezogener Faktoren für unzulässig erklärt, könnte sich an dieser Stelle eine wesentliche funktionale Überschneidung zwischen dem allgemeinen Kontrahierungszwang und einem durch § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vermittelten Abschlusszwang andeuten.

Eine allgemeine Abschlusspflicht allein aufgrund rechtswidriger Vertragsverweigerung wird insbesondere für zwei Fallgestaltungen bejaht: So soll der Anbieter, der trotz Geschäftseröffnung für den allgemeinen Verkehr einen Vertragsabschluss willkürlich verweigert, wegen treuwidrigen Verhaltens,[665] der Anbieter, der einen Vertragsabschluss aus diskriminierenden Gründen ablehnt, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten[666] einem allgemeinen Kontrahierungszwang unterliegen. Die Vertreter dieser Mindermeinungen legen dabei unterschiedlich enge Maßstäbe an,[667] lassen jedoch einhellig die Marktstellung des Anbieters, zumutbare Ausweichmöglichkeiten des Nachfragers sowie Art und Relevanz der begehrten Leistung außer Betracht[668].

Die Auffassung, dass allein die Geschäftseröffnung für den allgemeinen Verkehr jede willkürliche Vertragsablehnung verbiete, begegnet allerdings beachtlichen Einwänden, die insbesondere die Gewährleistung der negativen Vertragsfreiheit des Anbieters betreffen.[669] Die dargestellte Mindermeinung, die sich auch nicht auf gewohnheits- oder richterrechtliche Akzeptanz stützen kann[670], eröffnet einen extrem weiten Anwendungsbereich für den allgemeinen Kontrahierungszwang, indem sie ihm ohne Eingrenzung auf besondere markt- oder leistungsbezogene Umstände grundsätzlich jede willkürliche Vertragsablehnung über öffentlich angebotene Leistungen unterwirft. Demgegenüber wird ein allgemeiner Kontrahierungszwang

---

665 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 406 ff.; *Tilmann*, ZHR 141 (1977), 32 (76).

666 *Busche*, Privatautonomie, S. 294 f.; *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 272 ff. m.w.N. (Fn. 177); *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 407 f.; *Tilmann*, ZHR 141 (1977), 32 (78 f.); so auch *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (429 ff.) für Benachteiligung aus Gründen der Ethnie oder Nationalität.

667 Vgl. insbesondere *Busche*, Privatautonomie, S. 294 ff. – „nur in absoluten Grenzfällen" (298).

668 Vgl. *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (429 ff.); *Busche*, Privatautonomie, S. 295; *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 281 f.; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 396, 408; *Tilmann*, ZHR 141 (1977), 32 (76, 78 f.).

669 *Armbrüster*, in: Erman, BGB, Vor § 145, Rn. 29; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 44 f. (Fn. 69); *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (192); *Kühner*, NJW 1986, 1397 (1401); *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 I a (S. 47 f.); *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 84; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 152 f.; so auch *Busche*, Privatautonomie, S. 293 ff. gegen eine extensive Anwendung des allgemeinen Kontrahierungszwangs auf gleichheitssatzwidrige Benachteiligungen.

670 *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 20.

wegen diskriminierender Geschäftsverweigerung dadurch eingegrenzt, dass der zurückgewiesene Interessent durch die Diskriminierung auch noch in seiner Integrität verletzt ist. In diesem Fall könnte die Einschränkung der negativen Vertragsfreiheit des Anbieters durch die persönlichkeitsbezogene Zurückweisung des Vertragsbewerbers gerechtfertigt sein.

Zusammenfassend lässt der Schutz der negativen Vertragsfreiheit des Anbieters es bei vorläufiger Bewertung nicht zu, einen allgemeinen Kontrahierungszwang allein auf die pflichtwidrige Verweigerung eines Vertragsabschlusses zu stützen. Erst im Zusammenspiel mit anderen Faktoren, wie insbesondere marktbedingter Alternativlosigkeit, der Wahrnehmung einer Grundversorgungsaufgabe oder aber einer mit der Vertragsablehnung einhergehenden Diskriminierung des Interessenten dürfte die pflichtwidrige Geschäftsverweigerung eine maßgebliche Rolle bei der Begründung des allgemeinen Kontrahierungszwangs spielen.

c. Fazit

Nach vorläufiger, beispielhafter Kategorisierung kristallisieren sich für die herkömmlichen spezialgesetzlichen Abschlusspflichten und den allgemeinen Kontrahierungszwang zwei gemeinsame funktionale Anknüpfungspunkte heraus: Der Ausgleich einer marktbedingten bzw. durch gesetzliche Regulierung hervorgerufenen Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien sowie – alternativ – die Sicherstellung einer allgemeinen Grundversorgungsaufgabe.

Ein maßgeblicher Unterschied zeichnet sich dagegen in der Frage nach einer zusätzlichen integritätswahrenden Funktionskomponente ab: Nach jetzigem Erkenntnisstand ist es denkbar, dass eine pflichtwidrige Vertragsverweigerung auch dann einen allgemeinen Kontrahierungszwang zu begründen vermag, wenn sie mit einer Diskriminierung des Interessenten einhergeht. Ein vergleichbarer Anknüpfungspunkt ist für die herkömmlichen spezialgesetzlichen Vertragsabschlusspflichten nicht ersichtlich. Während sich deren Funktion damit auf die beiden erstgenannten Aufgaben zu beschränken scheint, könnte der allgemeine Kontrahierungszwang zumindest auch dem Schutz des Zurückgewiesenen vor Diskriminierung dienen.

Der allgemeine Kontrahierungszwang würde sich damit von den herkömmlichen spezialgesetzlichen Abschlusspflichten in demselben Aspekt unterscheiden, welcher ihn mit einem Kontrahierungszwang aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG eint: Der Schutz des Vertragsbewerbers vor Diskriminierung als vertragsfremdem Rechtsgut. Dieses soll anhand der folgenden zweiten Arbeitsthese überprüft werden:

Im Unterschied zu den herkömmlichen Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs, die entweder den Ausgleich einer marktbedingten bzw. gesetzlich geschaffenen Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien oder die Sicherstellung allgemeiner Grundversorgung zur Aufgabe haben, ist der allgemeine Kontrahierungszwang darüber hinaus auch ein Mittel zum Schutz vor Diskriminierung im Privatrechtsverkehr.

IV. Vorläufige Konturierung und gesetzessystematische Einordnung eines Kontrahierungszwangs aus § 21 AGG

1. Vorläufige Konturierung

Die Analyse der Rechtsfigur Kontrahierungszwang anhand seiner drei Elemente Mittel, Zweck und Funktion hat zur Herausbildung zweier Arbeitsthesen geführt, die nunmehr eine vorläufige Konturierung des besonderen Abschlusszwangs wegen Verstoßes gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot erlauben.

Danach dürfte eine durch § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vermittelte Abschlusspflicht dem allgemeinen Kontrahierungszwang in zwei Aspekten gleichen, in denen sie gleichzeitig von den herkömmlichen spezialgesetzlichen Abschlusspflichten zu divergieren scheint: Zum einen entsteht sie nicht bereits in der Willensphase der *generellen Abschlussbereitschaft*, also zu einem Zeitpunkt, in dem von der Rechtsordnung privilegierte Leistungen der Allgemeinheit zum Vertragsabschluss zur Verfügung gestellt werden, sondern erst mit *gegenläufiger Willensbetätigung* des Anbieters, der einen konkret in Aussicht gestellten Vertragsabschluss im Nachhinein pflichtwidrig verweigert. Zum anderen dient eine Abschlusspflicht aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG, die unabhängig von markt- oder leistungsbezogenen Umständen an die sachwidrige Differenzierung aufgrund bestimmter Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, primär dem Schutz der Integritätsinteressen des Vertragsbewerbers.

Entstehungszeitpunkt und Funktion in der so angenommenen Form dürften in enger Relation zueinander stehen. So dient die Entstehung der Abschlusspflicht infolge einer verbotenen Benachteiligung deren Unterbindung. Demgegenüber würde eine quasi prophylaktische Begründung der Abschlusspflicht im Vorfeld einer benachteiligenden Vertragsverweigerung die negative Vertragsfreiheit für alle in den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots fallenden Geschäfte faktisch aufheben, da der Anbieter allein durch die öffentliche Zurverfügungstellung seiner Leistung jedem Vertragsbewerber gegenüber kontrahie-

rungspflichtig wäre. Für die herkömmlichen besonderen Kontrahierungspflichten lässt sich dieser frühe Entstehungszeitpunkt hingegen damit rechtfertigen, dass die betroffenen Anbieter aufgrund einer – ggf. nur faktisch – beherrschenden Marktstellung oder einer sozialen Versorgungsaufgabe besondere Verantwortung innerhalb des Marktgeschehens tragen.

Einstweilen lässt sich damit festhalten, dass eine durch § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vermittelte Abschlusspflicht unabhängig von markt- oder leistungsbezogenen Aspekten dem Schutz vor Diskriminierung dient und daher nicht bereits durch das öffentliche Zugänglichmachen der Leistung, sondern erst durch die benachteiligende Vertragsverweigerung als *derivative Kontrahierungspflicht* entsteht.

2. Vorläufige gesetzessystematische Einordnung

Sollte die spezialgesetzliche Abschlusspflicht aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG danach strukturell und funktional dem allgemeinen Kontrahierungszwang angeglichen sein, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen das für letzteren nach sich zieht. Während vielfach unter Verweis auf § 21 Abs. 3 AGG die Herleitung einer Kontrahierungspflicht wegen verbotener Benachteiligung wahlweise aus den Vorschriften des AGG oder aus den allgemeinen Vorschriften befürwortet wird[671], sieht *Christian Armbrüster*[672] die Regelung des § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG im Hinblick auf Abschlusszwang als eine die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB ausschließende Spezialnorm an. Soweit der allgemeine Kontrahierungszwang wettbewerbliche Schieflagen kompensieren oder Grundversorgungsbedürfnisse sicherstellen soll, verfolgt das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot jedoch andere Regelungsziele und scheidet als *lex specialis* aus. Soweit der allgemeine Kontrahierungszwang dagegen als Instrument des Antidiskriminierungsrechts diskutiert wird, könnte der Gesetzgeber mit § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG eine Sonderregelung für Kontrahierungszwang wegen verbotener Benachteiligung geschaffen haben und Diskriminierungsschutz durch Vertragsabschlusszwang auf den sachlichen Anwendungsbereich der §§ 2 Abs. 1 Nr. 8; 19 AGG beschränkt haben. Ob dem die Bestimmungen der §§ 2 Abs. 3 S. 1; 21 Abs. 3; 32 AGG entgegenstehen, wird noch zu untersuchen sein.

---

671 "Günstigkeitsprinzip", vgl. *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 18 m.w.N.

672 In: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 20, die Konstruktion eines allgemeinen Kontrahierungszwangs wegen Diskriminierung allerdings insgesamt ablehnend; vgl. auch *Busche*, in: Münchener Kommentar, BGB, Vor § 145, Rn. 20, wonach ein allgemeiner Kontrahierungszwang aufgrund des Regelungsprogramms der §§ 19 ff. AGG nunmehr teilweise abgelehnt werde (ohne Nachweise); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, Einl. AGG, Rn. 2, wonach es einen allgemeinen Kontrahierungszwang „gab".

Die beiden zu Entstehungszeitpunkt und Funktion entwickelten Arbeitsthesen münden damit in einer dritten zu der gesetzessystematischen Stellung eines Kontrahierungszwangs als Rechtsfolge des § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG:

> Durch Erlass des § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG hat der Gesetzgeber Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge einer verbotenen Benachteiligung im Privatrechtsverkehr nunmehr auch außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 2 Abs. 1 Nr. 5-8; 19 AGG abschließend geregelt, was einen allgemeinen Kontrahierungszwang wegen Diskriminierung nunmehr ausschließt.

5. KAPITEL: KONTRAHIERUNGSZWANG IM SPANNUNGSVERHÄLTNIS VON DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ UND VERTRAGSFREIHEIT

I. Einleitung

Gewichtige Bedenken gegen einen Kontrahierungsanspruch aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG betreffen die Frage seiner Verfassungsmäßigkeit. Anders als bei Kontrahierungspflichten mit markt- oder leistungsbezogener Funktion besteht bei verbotener Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr nicht notwendigerweise ein strukturelles oder ökonomisches Ungleichgewicht zwischen den Beteiligten bzw. eine besondere Angewiesenheit auf die Leistung. Zweifelhaft und umstritten ist daher, ob sich die für Kontrahierungszwang mit markt- oder leistungsbezogenem Regelungszweck anerkannten Muster zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit auch auf einen Kontrahierungszwang wegen Diskriminierung übertragen lassen oder ob für diesen ggf. andere Rechtfertigungsschemata greifen.[673]

II. Eingriff in die Vertragsfreiheit

1. Gewährleistungsbereich der Vertragsfreiheit

a. Vertragsfreiheit als Erscheinungsform von Privatautonomie

Art. 2 Abs. 1 GG schützt im umfassenden Sinne die Handlungsfreiheit des Menschen, d.h. nicht nur im geistig-sittlichen Bereich, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht.[674] Privatautonomie bezeichnet insoweit die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als die Freiheit des Individuums, seine Rechtsgeschäfte nach Maßgabe der gesetzlichen Vorgaben nach seinem Willen und seinem Bedürfnis selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu gestalten.[675]

Da Privatautonomie sich maßgeblich durch mehrseitige Rechtsgeschäfte ausdrückt, ist der Vertrag ihr wesentliches Instrument und Vertragsfreiheit ihre wichtigste Ausprägung.[676] Ver-

---

[673] Vgl. *Britz,* VVdStRL 64, 355 (391 f.); *Jestaedt,* VVdStRL 64, 289 (343); *v. Koppenfels,* WM 2002, 1489 (1492); *Korell,* JURA 2006, 1 (8).

[674] BVerfGE 8, 274 (328) – *Preisgesetz*; 10, 89 (99) – *(Großer) Erftverband*; 12, 341 (347) – *Spinnweber-Zusatzsteuer*; 25, 371 (407) – *lex Rheinstahl*; 50, 290 (366) – *Mitbestimmung*; 73, 261 (270) – *Sozialplan*; 78, 232 (244) – *Landwirtschaftliche Altershilfe*; *Belke,* Geschäftsverweigerung, S. 17.

[675] Vgl. BVerfGE 72, 155 (170) – *Handelsgesellschaft*; 89, 214 (231) – *Bürgschaft I*; BVerfG NJW 1994, 2749 (2750) – *Bürgschaft II*; NJW 1996, 2021 – *Bürgschaft III*; *Flume,* BGB-AT II, S. 1, 15; *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 39.

[676] *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rn. 4; vgl. auch *v. Koppenfels,* WM 2002, 1489 (1491); *Korell,* JURA 2006, 1 (6); *Larenz/Wolf,* BGB-AT, § 34 III, Rn. 22.

tragsfreiheit ist jedoch determiniert durch das einfachgesetzliche Recht, das den Vertrag als Mittel zur Gestaltung privatrechtlicher Beziehungen konstituiert, inhaltlich ausfüllt und begrenzt.[677] Aufgrund dieser Wechselbeziehung zwischen verfassungsrechtlich gewährleisteter Vertragsfreiheit und einfachgesetzlichem Vertragsrecht wird die Grundrechtsqualität der Vertragsfreiheit immer wieder in Frage gestellt.[678] Allerdings sehen auch die Gegner eines Grundrechts Vertragsfreiheit die Freiheit zu rechtsgeschäftlicher Betätigung dadurch verfassungsrechtlich geschützt, dass sich das durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Selbstbestimmungsrecht auch auf die private Rechtsgestaltung erstreckt.[679] Damit kommt dem Meinungsstreit für die vorliegende Untersuchung keine tragende Bedeutung zu.

Unabhängig von der Frage der Grundrechtsqualität der Vertragsfreiheit ist streitig, ob sie allein durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird[680] oder ggf. durch spezielle und damit vorrangige Grundrechtsgewährleistungen, wie etwa Art. 12 Abs. 1 GG für Arbeitsverträge, Art. 14 Abs. 1 GG für erbrechtliche und Art. 6 Abs. 1 GG für familienrechtliche Geschäfte[681]. Überzeugend ist insofern die von *Jan Busche*[682] vertretene vermittelnde Ansicht, nach der „die in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundaussage der allgemeinen Handlungsfreiheit […] in die sie effektuierenden spezielleren Grundrechtsgewährleistungen aus[strahlt]". Ist im Einzelfall der Schutzbereich eines vorrangigen Grundrechts einschlägig, so wird dieser insofern durch die Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 1 GG flankiert, als sich die prinzipielle Freiheit zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung allein aus letzterem ableitet, während grundrechtsspezifische Betätigungen auf das spezielle Freiheitsgrundrecht zu stützen sind. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Allgemeine Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG *umfassend* und damit elementar geschützt und durch besondere Grundrechtsgewährleistungen ggf. nur noch spezifiziert und konkretisiert wird.

---

677 *Weller,* Die Vertragstreue, S. 169; vgl. auch *Rafi,* RuP 2005, 218 (219).

678 *Flume,* BGB-AT II, S. 17 ff.; *Huber,* Vertragsfreiheit, S. 19; *Kreutz,* Betriebsautonomie, S. 116 ff.; anders die ganz h.A., vertreten etwa durch BVerfGE 8, 275 (328) – *Preisgesetz*; 95, 267 (303) – *Altschulden*; *Armbrüster,* in: Erman, BGB, Vor § 145, Rn. 26; *Busche,* Privatautonomie, S. 53 f. m.w.N.; *Di Fabio,* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 19 f.; *Klingenfuß,* Kontrahierungszwang, S. 33; *Larenz,* SchuldR-AT, § 4 IV (S. 59 ff.).

679 Vgl. *Flume,* BGB-AT II, S. 18 f.; *Huber,* Vertragsfreiheit, S. 19 f.; *Kreutz,* Betriebsautonomie, S. 118 f.

680 So etwa BVerwGE 17, 306 (309); BGHZ 70, 313 (324); *Armbrüster,* in: Erman, BGB, Vor § 145, Rn. 26; *Contzen,* Kontrahierungszwang, S. 16; *Kilian,* AcP 180 (1980), 47 (49); *Kunig,* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2, Rn. 16, 29.

681 So insbesondere BVerfGE 6, 32 (37) – *Elfes*; 9, 338 (343) – *Hebammenaltersgrenze*; 19, 206 (225) – *Kirchenbausteuer*; 30, 292 (336) – Erdölbevorratung; 50, 290 (362) – *Mitbestimmung*; 70, 115 (123); 74, 129 (151 f.); *Di Fabio,* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 103; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rn. 4; *Larenz/Wolf,* BGB-AT, § 34 III, Rn. 22; *Weller,* Die Vertragstreue, S. 168 f.

682 Privatautonomie, S. 55 ff. (58).

b. Inhaltliche Eingrenzung von Vertragsfreiheit

Die inhaltliche Erfassung von Vertragsfreiheit wird erschwert durch eine Vielzahl unterschiedlicher Definitionen: So legt etwa *Larenz*[683] den Akzent auf die rechtliche Verankerung und Ausgestaltung von Vertragsfreiheit und definiert sie als „die von der Rechtsordnung anerkannte und […] gewährleistete Möglichkeit des Einzelnen, seine Rechtsbeziehungen zu einem frei von ihm gewählten Partner einvernehmlich mit diesem und für beide verbindlich selbst zu regeln". Andere Begriffsbestimmungen stellen die Wirkweisen der Vertragsfreiheit heraus, wie die von *Wolfram Höfling*[684], der mit der „Befugnis, mit einem frei gewählten Partner eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung in *thematischer Universalität und prozedualer Beliebigkeit* zu treffen" insbesondere die Partnerwahl-, die Inhalts- und Aspekte der Formfreiheit umschreibt. Umfassender, wenngleich ebenfalls nicht abschließend[685], werden die Ausübungsformen der Vertragsfreiheit von der Beschreibung *Karl Oftingers*[686] erfasst, wonach es „dem Belieben der Partei überlassen [ist], ob sie einen Vertrag eingehen will, mit wem, worüber, und ob oder wann der Vertrag wieder beseitigt oder wenigstens abgeändert werden soll."

Während die vorgenannten Definitionen Vertragsfreiheit einseitig aus Sicht des Berechtigten beschreiben, betrachtet *Jan Busche*[687] sie unter dem Aspekt der personellen Mehrdimensionalität, welche dem Einzelnen nur insoweit Raum zur Selbstbestimmung lasse, wie die Einigung mit der anderen Partei dieses erlaube. Da vertragliche Beziehungen wenigstens bipolar strukturiert seien, sei Vertragsfreiheit nicht nur auf die Verwirklichung der Selbstbestimmung des Individuums ausgerichtet, sondern auf einen beid- bzw. mehrseitig selbstbestimmten Vertragskompromiss.

Busches Ansatz erhellt, dass die Ausübung von Vertragsfreiheit – anders als sonstiges selbstbestimmtes Handeln im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG – von vornherein auf Interessenausgleich und damit nur auf eingeschränkte Verwirklichung der Selbstbestimmungsfreiheit angelegt ist. Führt man diesen Aspekt mit den wesentlichen Gesichtspunkten der dargestellten Begriffsbestimmungen zusammen, so lässt sich Vertragsfreiheit definieren als die dem Ein-

---

683 SchuldR-AT, § 4 (S. 40 f.).
684 Vertragsfreiheit, S. 3 (Hervorhebungen im Original).
685 Es fehlt die Wirkweise der Formfreiheit.
686 In: Freiheit, S. 315 (316).
687 Privatautonomie, S. 60 f.; 72 f.; vgl. auch *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (241 f.); *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 20.

zelnen verfassungsrechtlich gewährleistete Möglichkeit, soweit selbstbestimmt über die Wahl des Vertragspartners sowie über den Abschluss, den Inhalt und die Form sowie die Änderung und Beendigung eines Vertragsverhältnisses zu entscheiden, wie es der mehrseitige Interessenausgleich innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens zulässt.

c. Positive und negative Vertragsabschlussfreiheit

Vertragsabschlussfreiheit als das Recht, autonom über den Abschluss eines Vertrags zu entscheiden, hat eine positive und eine negative Seite. Erstere umfasst die Freiheit, beim Abschluss eines Vertrags zwischen mehreren potenziellen Vertragspartnern, Gestaltungsvarianten, Formen, Abschlussorten und -zeiten wählen zu können.[688] Diese Freiheit setzt jedoch die Einigung mit mindestens einem Vertragspartner voraus und ist damit lediglich eine „Antrags- und Annahmefreiheit“ ohne Vertragsabschlussgewähr.[689] Kommt es zum Vertragsabschluss, so verwirklicht sich die positive Vertragsabschlussfreiheit in einem mit Freiheitsgewinn einhergehenden Freiheitsverlust: Während der aus dem Vertrag folgende Anspruch die Freiheitssphäre des Berechtigten erweitert, führt die Bindung durch den Gegenanspruch zu einer Freiheitsverkürzung.[690] Letzteres betrifft den Aspekt der negativen Vertragsfreiheit, die dem Inhaber das Recht einräumt, eigenverantwortlich über das Eingehen vertraglicher Bindungen und den damit verbundenen Verlust von Freiheit zu entscheiden.[691]

d. Kontrahierungszwang als immanente Bindung der Vertragsfreiheit?

Der gesetzliche Zwang zum Vertragsabschluss wird ganz überwiegend als Eingriff in den soeben beschriebenen Gewährleistungsbereich der Vertragsfreiheit, konkret in die negative Vertragsabschlussfreiheit, betrachtet.[692] Hingegen plädiert *Jan Busche*[693] mit der *Theorie der vertragsrechtsgebundenen Selbstbestimmung* dafür, bereits den Gewährleistungsbereich von Vertragsfreiheit dergestalt zu begrenzen, dass staatliche Kontroll- und Korrekturmaßnahmen, auch in Form von Vertragsabschlusszwang, lediglich Ausdruck dieser Begrenzung sind, ein Eingriff in die Vertragsfreiheit demnach ausscheidet. Dieser Gedanke bedarf einer näheren

---

688 *Heinrich,* Formale Freiheit, S. 55.
689 *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 55.
690 *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (238 f.).
691 *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (238 f.).
692 *Heinrich,* Formale Freiheit, S. 235; *Mestmäcker,* JZ 1964, 441 (443); *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 39; *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 47 f.
693 Privatautonomie, S. 102 ff.; kritisch hierzu *Zöllner,* in: FS Bydlinski, S. 517 (520 ff.).

Betrachtung, um seine Übertragbarkeit auf einen Kontrahierungszwang speziell wegen Diskriminierung prüfen zu können.

Ansatzpunkt der *Theorie der vertragsrechtsgebundenen Selbstbestimmung* ist die Funktion von Vertragsfreiheit, welche anerkanntermaßen über die einer rein formal-technischen Ordnung von Vertragsabschlüssen hinausgeht, indem sie sich materiell auch auf die Funktionssicherung vertraglicher Selbstbestimmung erstreckt.[694] Zwar lässt der einem Vertragsabschluss immanente Interessenausgleich – wie bereits dargestellt – per se keine vollkommene Verwirklichung der individuellen Selbstbestimmung zu, allerdings müssen Konstellationen ausgeschlossen werden, in denen sich aufgrund eines erheblichen Machtgefälles die unterlegene Partei jeglicher Selbstbestimmung begibt.

So sehr über dieses Ziel auch Einvernehmen herrscht, so weit gehen die hierzu entwickelten Umsetzungstheorien auseinander.[695] Exemplarisch seien nur die *Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertrags*[696] und die *Theorie der gestörten Vertragsparität*[697] genannt, die auf einen konträr zur Vertragsfreiheit ausgerichteten eigenständigen Grundsatz der Vertragsgerechtigkeit zurückgreifen und – mit unterschiedlicher Akzentuierung insbesondere des Gerechtigkeitsbegriffs[698] – das Finden eines Vertragskompromisses durch weitgehend machtgleiche Verhandlungspartner als Gewähr für einen gerechten Interessenausgleich betrachten. Während aber die *Lehre von der Richtigkeitsgewähr* ungleiche Machtverteilung grundsätzlich akzeptiert und staatliche Kontroll- und Korrekturmechanismen nur in Extremfällen zum Tragen kommen lässt,[699] erlaubt die *Theorie der gestörten Vertragsparität* staatliches Eingreifen bereits bei einem bestimmten Maß an Machtungleichgewicht zwischen den Parteien.[700]

---

[694] Ausführlich hierzu *Busche*, Privatautonomie, S. 74 ff. m.w.N.; a.A. noch *Raiser*, JZ 1958, 1 (3).

[695] Vgl. die Überblicke bei *Busche*, Privatautonomie, S. 74 ff. und *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 174 ff.

[696] Vgl. insbesondere *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 (149 ff.); ihm folgend *Kramer*, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, Vor § 145, Rn. 3; *Larenz*, SchuldR-AT, § 6 I (S. 76 ff.); *Medicus*, BGB-AT, Rn. 472 ff.; *Säcker*, in: Münchener Kommentar, BGB, Einl., Rn. 169.

[697] BVerfGE 81, 242 (254 f.) – *Handelsvertreter*; 89, 214 (233 f.) – *Bürgschaft I*; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (186 f.); *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 42; *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (443); *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 43 f.; *Wolf*, in: Soergel, BGB, Vor § 145, Rn. 29.

[698] Während sich die *Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertrags* auf einen im Wesentlichen objektiven Gerechtigkeitsbegriff stützt, bemüht die *Paritätstheorie* primär subjektive Gerechtigkeitsvorstellungen.

[699] *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 (157).

[700] Vgl. hierzu im Einzelnen *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 42.

Busches Kritik an den verschiedenen Vertragskontrollmodellen[701] richtet sich insbesondere gegen den Versuch, Gerechtigkeitserwägungen in den Funktionsbegriff der Vertragsfreiheit zu implementieren, weil damit der prinzipielle Widerspruch zwischen gerechten und selbstbestimmten Vertragszielen vernachlässigt werde. Stattdessen sieht *Busche*[702] einen „Mindeststandard vertraglicher Selbstbestimmung" dadurch sichergestellt, dass der Gewährleistungsbereich der Vertragsfreiheit dort seine Grenze habe, wo anderen Beteiligten „die substantielle Möglichkeit zu vertraglicher Selbstbestimmung" abgeschnitten ist. Kontrahierungszwang sei eine Form der Konkretisierung dieser immanenten Begrenzung.[703]

Busches Immanenzthese hat ihren Anknüpfungspunkt damit in (vor-)vertraglichen Konstellationen, in denen ein erhebliches Machtgefälle zwischen den Parteien der unterlegenen jeden Spielraum für selbstbestimmte Rechtsgestaltung nimmt. Dieses betrifft insbesondere Situationen, in denen der Anbieter eine monopolartige oder zumindest äußerst marktstarke Position inne hat oder aber der Nachfrager in besonderem Maße auf die angebotene Ware angewiesen ist. Zweifelhaft ist hingegen, ob auch die dem Antidiskriminierungsrecht unterfallenden Konstellationen betroffen sind, in denen eine Vertragsverweigerung oder vertragliche Übervorteilung an Persönlichkeitsmerkmale des Interessenten anknüpft.

Ausdruck einer immanenten Begrenzung der Vertragsfreiheit kann eine staatliche Kontrollmaßnahme, wie namentlich ein Kontrahierungszwang, nur dann sein, wenn sie durch zielgerichtete Bindung der Vertragsfreiheit die Selbstbestimmung der unterlegenen Partei wiederherzustellen bestimmt ist und damit Konstellationen betrifft, in denen die Rechtsgestaltungsmöglichkeiten einer Partei typischerweise nicht mehr gewährleistet sind. Persönlichkeitsbezogene Benachteiligungen im Privatrechtsverkehr mögen zwar gelegentlich mit einer Einschränkung der vertraglichen Selbstbestimmung einhergehen, sind aber nicht typischerweise mit ihr verknüpft, da der Nachfrager regelmäßig – insbesondere im Bereich der Massengeschäfte – Ausweichmöglichkeiten hat.[704] Damit sind auch nach der *Theorie der vertragsrechtsgebundenen Selbstbestimmung* antidiskriminierungsrechtliche Vorschriften im Allgemeinen sowie ein etwaiger Kontrahierungszwang aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG im Be-

---

[701] Privatautonomie, S. 84 f.
[702] Privatautonomie, S. 109.
[703] *Busche*, Privatautonomie, S. 238, 273, 655.
[704] Vgl. auch *Britz*, VVdStRL 64, 355 (388 f.); *Jestaedt*, VVdStRL 64, 289 (343); *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1492) zum ZivADG-E 2001; *Korell*, JURA 2006, 1 (8) in Bezug auf die vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien.

sonderen jedenfalls nicht Ausdruck immanenter Schutzbereichsbegrenzungen der Vertragsfreiheit.

2. Eingriffsqualität von Kontrahierungszwang

Ein Grundrechtseingriff liegt nach dem sog. *modernen Eingriffsbegriff* in jeder staatlichen Maßnahme faktischer oder rechtlicher Art, die das geschützte Verhalten eines Grundrechtsträgers final oder auch nur mittelbar regelt.[705] Inwieweit das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit aufgrund der Weite seines Schutzbereichs eine Einschränkung dieses Eingriffsbegriffs erfordert, etwa durch Anwendung des auf unmittelbare und finale Rechtsakte beschränkten *klassischen Eingriffsbegriffs*[706] oder zumindest durch Beschränkung auf gezielte Maßnahmen[707], kann im Rahmen dieser Untersuchung dahinstehen, da Kontrahierungszwang die vertragliche Selbstbestimmung des Betroffenen jedenfalls unmittelbar und final durch Rechtsakt reglementiert.

Kontrahierungszwang verpflichtet den Betroffenen, mit einem bestimmten Vertragspartner über einen bestimmten Gegenstand ggf. in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu kontrahieren, wobei die Gegenleistung nicht frei bestimmbar, sondern – vorbehaltlich einschlägiger Taxen, Tarife oder Gebührenverzeichnisse – vom Kontrahierungspflichtigen nach billigem Ermessen festzulegen ist[708]; die einseitige Änderung oder Beendigung des Vertrags ist ihm nur unter den vertraglich festgelegten oder gesetzlich bestimmten Umständen möglich[709]. Damit sind von einem Kontrahierungszwang neben der negativen Vertragsabschlussfreiheit auch alle anderen in den Gewährleistungsbereich einbezogenen Wirkungsweisen der Vertragsfreiheit mehr oder minder stark betroffen, namentlich die Partnerwahl-, Inhalts-, Ände-

---

[705] BVerfGE 105, 279 (300 f.) – *Osho*; *v. Münch,* in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19, Rn. 51a.
[706] *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1, Rn. 27.
[707] *Murswiek,* in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 83.
[708] S.o. 4. Kap. III 2 a bb.
[709] S.o. 4. Kap. III 2 a dd.

rungs-, Beendigungs- und ggf. Formfreiheit.[710] Es verwundert insofern nicht, dass Kontrahierungszwang der Ruf des schärfsten Eingriffs in die Vertragsfreiheit zukommt.[711]

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Schrankensystematik des Art. 2 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG wird begrenzt durch die sog. *Schrankentrias*, welche sich aus den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz zusammensetzt.[712] Die verfassungsmäßige Ordnung als bedeutsamste dieser drei Schranken erfasst die Gesamtheit aller formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtssätze[713] und kommt damit einem einfachen Gesetzesvorbehalt gleich[714]. Die Weite des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 GG macht ein so umfassendes Verständnis dieser Grundrechtsschranke erforderlich, welche auch die Rechte anderer als alle subjektiven Rechte Dritter sowie das Sittengesetz im Sinne der Rechtsbegriffe *gute Sitten* und *Treu und Glauben* umfasst.[715]

Die Schrankensystematik des Art. 2 Abs. 1 GG kommt in einer Vielzahl die Vertragsfreiheit begrenzender Vorschriften zum Ausdruck, wie etwa im Verbraucherschutzrecht, im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, im Arbeitsrecht und im Recht der Wohnraummiete.[716] Auch die zahlreichen herkömmlichen Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang konkretisieren die Schranke der Vertragsfreiheit und werden, soweit sie ein wirtschaftliches oder strukturelles Machtungleichgewicht zwischen den Parteien zur Grundlage oder zur Voraussetzung haben, unter dem Aspekt der Vertragsgerechtigkeit allgemein als verfassungskonform

---

[710] A.A. *Rafi*, RuP 2005, 218 (220), der durch Kontrahierungszwang nur die Partnerwahlfreiheit eingeschränkt sieht.

[711] *Korell*, JURA 2006, 1 (6); *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (443); *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 253; vgl. auch *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (343) – „krasseste Form des Eingriffs in die Vertragsabschlussfreiheit"; *Kahrs*, Verletzung des Diskriminierungsverbots, S. 114 – „schärfste Mittel des zivilen Rechtsschutzes"; *Zöllner*, in: FS Bydlinski, S. 517 (518) – „Kontrahierungszwang [steht] in diametralem Gegensatz zur Abschlussfreiheit"; BTDrucks 15/4538, S. 43 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 – „sehr einschneidende 'Sanktion'".

[712] *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 37.

[713] St.Rspr seit BVerfGE 6, 32 (38 ff.) – *Elfes*.

[714] *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 408.

[715] *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 408 ff.

[716] *Korell*, JURA 2006, 1 (6); *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 45; vgl. auch *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (337 f.).

angesehen.[717] Als Rechtfertigungsgrundlage dient insoweit die Erkenntnis, dass „Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. […] Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten.“[718]

Maßstab für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Kontrahierungszwang aufgrund eines Machtgefälles zwischen den Parteien ist damit die Abwägung zwischen der Vertragsfreiheit des Kontrahierungspflichtigen auf der einen und der des Berechtigten auf der anderen Seite. Die Übertragbarkeit dieses Ansatzes auf einen Kontrahierungszwang wegen Diskriminierung ist im Zusammenhang mit möglichen Schutzbereichsbegrenzungen bereits abgelehnt worden[719] und auch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zweifelhaft, so dass für diese Interessenlage ggf. neue Rechtfertigungsschemata anhand der kollidierenden Grundrechtspositionen zu entwickeln sind.[720]

2. Grundrechtskollision und Drittwirkung von Grundrechten

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG[721] sind im Falle einer Grundrechtskollision die widerstreitenden Grundrechtspositionen im Wege praktischer Konkordanz so abzuwägen, dass nicht das eine das andere Grundrecht vollständig verdrängt, sondern die gegenläufigen Interessen schonend ausgeglichen werden. Dazu kann das betroffene Grundrecht – mit Ausnahme seines absolut geschützten Kernbereichs[722] – nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und mit dem Ziel der beidseitigen Optimierung der aufeinanderstoßenden Rechtspositionen beschränkt werden.[723] Dieses ursprünglich für vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte entwickelte Verfahren wird vom BVerfG[724] im Wege des Erst-recht-Schlusses auch auf Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt angewandt.

---

[717] *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (338); *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 48 f.

[718] BVerfGE 81, 242 (254 f.) – *Handelsvertreter*; vgl. auch *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1491); *Korell*, JURA 2006, 1 (7 f.); *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 48 ff., der Kontrahierungszwang deshalb als marktordnendes Instrument begreift.

[719] S.o. in diesem Kapitel unter II 1 d.

[720] Vgl. auch *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (338); *Korell*, JURA 2006, 1 (7 f.).

[721] E 28, 243 (260 f.) – *Dienstpflichtverweigerung*; 41, 29 (50 f.) – *Simultanschule*; 52, 223 (247) – *Schulgebet*; 93, 1 (21) – *Kruzifix*.

[722] BVerfGE 6, 32 (41) – *Elfes*; 80, 137 (153) – *Reiten im Walde*; *Antoni*, in: Hömig, GG, Art. 19, Rn. 5 f.

[723] BVerfGE 81, 278 (292) – *Bundesflagge*.

[724] E 66, 116 (136) – *Springer/Wallraff*; 87, 37 (46) – *Warnung vor Glykolwein*.

Der Feststellung einer Grundrechtskollision vorgeschaltet ist jedoch die Problematik ihrer Privatrechtsgeltung, konkret die Frage, ob und ggf. in welcher Form die Grundrechte überhaupt unter Privaten wirken, um im Falle einer benachteiligenden Vertragsverweigerung miteinander kollidieren zu können.[725] Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG sind Grundrechte Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, der damit ihr alleiniger Normadressat ist.[726] Die ursprünglich herrschende Theorie von der unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater[727], wonach Grundrechte ihre Abwehrfunktion gleichermaßen im Staat-Bürger-Verhältnis wie auch im Bürger-Bürger-Verhältnis entfalten, ist vor diesem Hintergrund weitestgehend aufgegeben worden. Maßgeblich das *Lüth-Urteil*[728] hat dagegen zu der heute überwiegenden Auffassung geführt, dass die Grundrechte eine objektive Werteordnung verkörpern, die auf alle Rechtsgebiete, einschließlich des Privatrechts, ausstrahlt und damit über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln mittelbar auch zwischen Privatrechtssubjekten wirkt.[729]

Diese Ausstrahlungswirkung der Grundrechte erlaubt jedoch nicht die pauschale Annahme einer Grundrechtsbindung Privater beim Vertragsabschluss;[730] erforderlich ist vielmehr die strikte Differenzierung zwischen staatlich und rechtsgeschäftlich gesetztem Privatrecht: Während der Gesetzgeber der Grundrechtsbindung des Art. 1 Abs. 3 GG unterliegt, wird eine Privatperson durch Eingehen vertraglicher Pflichten oder Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte nicht zum Grundrechtsverpflichteten.[731] Am Beispiel von Benachteiligungsschutz ist gesetzgeberisches bzw. generell staatliches Handeln an den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten zu messen, privates Handeln dagegen an einfachgesetzlichen Diskriminierungsschutzbestimmungen, welche ihrerseits grundrechtskonform sein müssen.[732] Dieses „asymmetrische Rechtfertigungssystem“ bedeutet für den Staat eine grundsätzliche Gleichbehandlungspflicht, für Privatrechtssubjekte hingegen ein prinzipielles Recht auf Willkür,

---

[725] Vgl. *Lerche,* in: FS Odersky, S. 215 (216).
[726] *Möllers,* in: Bottke/Möllers/Schmidt, S. 189 (195) m.w.N.
[727] Maßgeblich zurückgehend auf *Nipperdey,* RdA 1950, 121 (123 f.); so auch das BAG in st.Rspr ab BAGE 1, 185 (191 ff.) aufgegeben in BAGE 52, 88 (97 f.); vgl. auch *Hager,* JZ 1994, 373 ff.; heute noch für Art. 1 Abs. 1 GG *Neuner,* Privatrecht, S. 150 ff.
[728] BVerfGE 7, 198 (206 f.).
[729] Vgl. BVerfGE 73, 261 (269) – *Sozialplan*; 84, 192 (194 f.); 89, 214 (229 f.) – *Bürgschaft I*; 96, 375 (398); 112, 332 (358 f.); *Antoni,* in: Hömig, GG, Vorbem., Rn. 6; *Sachs,* in: Sachs, GG, vor Art. 1, Rn. 32.
[730] So aber *Wendtland,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 1, Rn. 2.
[731] *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005), 289 (331).
[732] *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005), 289 (332 f.).

welches durch verfassungskonforme einfachgesetzliche Diskriminierungsverbote beschränkt werden kann.[733]

3. Kollidierende Grundrechte

Als kollidierende Grundrechte des Benachteiligten kommen dessen positive Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie sein Recht auf Gleichbehandlung bzw. Diskriminierungsfreiheit aus Art. 3 GG in Betracht. Insofern orientiert sich das eigentliche, recht pauschale Ziel der §§ 19 ff. AGG, Diskriminierungen im Zivilrechtsverkehr zu verhindern,[734] an den zu schützenden Grundrechtspositionen des Benachteiligten. Diese sind im Einzelnen auf ihre Legitimität sowie daraufhin zu untersuchen, ob sie mit der beeinträchtigten negativen Vertragsfreiheit des Kontrahierungspflichtigen zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden können.

a. Positive Vertragsfreiheit

Als mittelbare Folge erfolgreichen Diskriminierungsschutzes wird den gefährdeten Personengruppen auch die wirtschaftliche Betätigung ermöglicht bzw. erleichtert.[735] Kontrahierungszwang könnte daher zum Ausgleich einer Kollision zwischen der negativen Vertragsfreiheit des Anbieters und der positiven Vertragsfreiheit des Benachteiligten verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Ein Zwang zum Vertragsabschluss ist insoweit das stärkste Mittel zur Kompensation, da er die verbotene Vertragsverweigerung nicht nur sanktioniert, sondern unmittelbar zum Abschluss des begehrten Geschäftes führt.

Einige Stimmen aus der Literatur[736] beschreiben in diesem Kontext den Effekt von Diskriminierungsschutzbestimmungen mit einer gleichzeitigen Begrenzung und Ausweitung von Vertragsfreiheit und beziehen sich dabei zum Teil auf die Rechtsprechung des BVerfG, das die Beschränkung der Vertragsfreiheit der einen Seite zugunsten der Sicherung von Vertrags-

---

[733] *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (333); vgl. auch *Möllers*, in: Bottke/Möllers/Schmidt, S. 189 (195).
[734] S.o. 3. Kap. II 1.
[735] S.o. 3. Kap. II 1 d.
[736] *Baer*, ZRP 2002, 290 (292); *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 81; *Eichenhofer*, Stellungnahme zum ADG-E 2004, S. 171 (172 f.); *Mahlmann*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 1, Rn. 57; *ders.*, Stellungnahme zum ADG-E 2004, S. 187 (193); *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 12; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43 (61 f.); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, Einl. AGG, Rn. 38; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (26); *Wiedemann/Thüsing*, DB 2002, 463; *Wrase*, HFR 2005, 47 (50); *ders.*, ZESAR 2005, 229 (241).

freiheit der anderen Seite für zulässig erklärt hat. Die Vertreter dieser Auffassung verkennen allerdings, dass den einschlägigen Entscheidungen des BVerfG[737] keine diskriminierungsspezifischen Konstellationen zugrunde lagen, sondern erhebliche wirtschaftliche oder intellektuelle Ungleichgewichtslagen zwischen den Parteien. Diese führten zu einer nicht mehr hinnehmbaren Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung auf einer Seite, was ein Ausbalancieren der beidseitigen Vertragsfreiheitssphären erforderlich machte.[738]

Demgegenüber ist Diskriminierungen im Zivilrechtsverkehr ein Mangel an rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung nicht inhärent, da der Benachteiligte sich nicht typischerweise in einer unterlegenen Position befindet und zudem in aller Regel Ausweichmöglichkeiten hat.[739] Insoweit kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass bestimmte mittels der geschützten Persönlichkeitsmerkmale abgrenzbare gesellschaftliche Gruppen, wie z.B. Frauen, Behinderte oder Ausländer, prinzipiell benachteiligt und damit sozial unterlegen seien.[740] Maßgeblich ist vielmehr das wirtschaftliche Kräfteverhältnis innerhalb des konkreten (Vor-)Vertragsverhältnisses, das sich entweder aus einem erheblichen Machtgefälle zwischen den Parteien oder aber aus der Angewiesenheit des Nachfragers auf die Ware ergibt und damit nicht pauschal aus der Zugehörigkeit zu einer gesellschaftlich benachteiligten Gruppe hergeleitet werden kann.[741]

In rein diskriminierungsspezifischen Konstellationen ist die positive Vertragsfreiheit des Benachteiligten mithin nicht beeinträchtigt, so dass es insofern an einer Grundrechtskollision fehlt, welche den Eingriff in die negative Vertragsfreiheit des Benachteiligenden rechtfertigen könnte. Deren Beschränkung – auch und gerade durch das Instrument des Kontrahierungszwangs – zugunsten der positiven Vertragsfreiheit des Benachteiligten ist verfassungsrechtlich vielmehr nur dann legitim, wenn die rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung des Benachteiligten aufgrund besonderer marktbezogener Einzelfallumstände, wie z.B. fehlender

---

[737] E 81, 242 – *Handelsvertreter*; 89, 214 – *Bürgschaft I*; 103, 89 (100 f.) – *Unterhaltsverzichtsvertrag*; BVerfG NJW 1994, 2749 (2750) – *Bürgschaft II*.

[738] Vgl. auch *Britz,* VVDStRL 64 (2005), 355 (384 ff.); *Deutscher Anwaltverein e.V.,* Stellungnahme zum ADG-E 2004, S. 489 (508).

[739] *Armbrüster,* HFR 2005, 103 (108); *ders.*, KritVj 2005, 41 (46); *ders.*, ZRP 2005, 41 (43); *v. Koppenfels,* WM 2002, 1489 (1492); *Korell,* JURA 2006, 1 (8); vgl. auch *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005), 289 (341); *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 272; *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 254.

[740] So aber *Wrase,* HFR 2005, 47 (50); offenbar auch *Baer,* ZRP 2002, 290 (292 f.); *Rafi,* RuP 2005, 218 (221 f.); wie hier *Britz,* VVDStRL 64 (2005), 355 (388 f.); *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005), 289 (341); *v. Koppenfels,* WM 2002, 1489 (1492).

[741] *Korell,* JURA 2006, 1 (8) m.w.N.

Bezugsalternativen, tatsächlich aufgehoben ist. In diesem Fall ist Anknüpfungspunkt für die Rechtfertigung des Eingriffs in die Privatautonomie des Benachteiligenden aber nicht die Diskriminierung, sondern die spezielle Wettbewerbssituation.[742]

b. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Als kollidierende Grundrechtsposition auf Seiten des Benachteiligten kommt weiterhin sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht. Dieses schützt umfassend die persönliche Integrität des Menschen, soweit sie nicht bereits vom Schutzbereich spezieller Grundrechte erfasst wird.[743]

Eine Vertragsverweigerung aus Willkür, sachwidrigen Erwägungen oder Antipathie betrifft den zurückgewiesenen Interessenten zweifelsohne in seiner persönlichen Sphäre. *Elke Herrmann*[744] gibt jedoch zu bedenken, dass eine persönliche Herabwürdigung damit nicht notwendigerweise einhergehe, sondern anhand der Einzelfallumstände gesondert festzustellen sei; die schlichte Berührung der Persönlichkeit durch Vertragsablehnung sei im Rahmen der Vertragsbegründungsfreiheit zulässig und zu ihrer Gewährleistung unvermeidlich. Dieses überzeugt insbesondere vor dem Hintergrund, dass je nach Typ und Zweck des abzuschließenden Vertrags üblicher- und zulässigerweise unterschiedliche, insbesondere unterschiedlich hohe Anforderungen an die Wahl des Vertragspartners gestellt werden. Eine sachwidrige oder willkürliche Vertragsverweigerung geht daher nur dann über eine zulässige Persönlichkeitsberührung hinaus und verletzt den Betroffenen in seinem persönlichen Achtungs- und Geltungsanspruch, wenn herabwürdigende Umstände positiv festgestellt werden können.

Doch selbst wenn sich eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Vertragsverweigerung danach im konkreten Fall bejahen lässt, so ist zweifelhaft, ob Kontrahierungszwang zu ihrer Kompensation geeignet ist. Dieses weniger, weil die im Raum stehende diskriminierende Haltung des Anbieters von vornherein die Entstehung eines vertraglichen Vertrauensverhältnisses verhindert und Schlechterfüllung, Nichterfüllung oder vorzeitige Vertragsauflösung damit

---

[742] Nach *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005), 289 (343) ist der Anbieter deshalb in diesen Fällen der „'Distributionsagent' des Gemeinwesens".
[743] *Murswiek,* in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 59.
[744] ZfA 1996, 19 (49 f.); vgl. auch *Britz,* VVDStRL 64 (2005), 355 (361, Fn. 18).

vorprogrammiert sind.[745] Insoweit muss es der Disposition des Berechtigten überlassen sein, ob er trotz der erlittenen Persönlichkeitsrechtsverletzung ein belastetes Vertragsverhältnis erzwingt oder sich auf immaterielle und ggf. materielle Schadensersatzansprüche beschränkt.[746] Maßgeblich ist vielmehr, dass sich mittels Vertragsabschlusszwangs zwar ein Verstoß gegen das Vertragsbegründungsinteresse ausgleichen lässt, nicht aber eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des zurückgewiesenen Interessenten.[747] Allein dadurch, dass der Anbieter – widerwillig – in ein Vertragsverhältnis mit dem unliebsamen Vertragspartner gedrängt wird, ist dessen Achtungs- und Geltungsanspruch noch nicht wieder hergestellt. Eine persönliche Herabwürdigung aufgrund diskriminierender Vertragsverweigerung ist somit zwar durch Zahlung von Schmerzensgeld und ggf. Widerruf ehrenrühriger Behauptungen kompensierbar, nicht aber durch erzwungene Nachholung des Vertragsabschlusses.

Damit lässt sich der Eingriff in die negative Vertragsfreiheit des Benachteiligenden durch Kontrahierungszwang auch nicht mit dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Benachteiligten rechtfertigen.

c. Gleichbehandlungsanspruch und Diskriminierungsverbote

aa. Mittelbare Drittwirkung von Art. 3 GG

Ob die negative Vertragsfreiheit des Anbieters mit dem Recht des Zurückgewiesenen auf Diskriminierungsfreiheit kollidiert, hängt davon ab, inwieweit sich ein solches Recht mit Geltung im Privatrechtsverkehr aus Art. 3 GG verifizieren lässt.

Dem Diskussionsentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Antidiskriminierungs- und Minderheitenrechtsgesetz vom 20.01.1998[748] lässt sich entnehmen, dass „das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG […] keinen ausreichenden Schutz vor Diskriminierungen [bietet]“, da es aufgrund seiner nur mittelbaren Geltung im Zivilrechtsverkehr andau-

---

745 So aber *Armbrüster*, NJW 2007, 1494 (1497 f.); *Busche*, Privatautonomie, S. 289; *ders.*, in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 116; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (44, Fn. 69); *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (247) für Dauerschuldverhältnisse nach bewusster Partnerwahl; *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 84; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 153.

746 In diesem Sinne auch *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 183; *Looschelders*, SchuldR-AT, Rn. 120; *Neuner*, Privatrecht, S. 239; *Wölfl*, ZRP 2003, 297.

747 *Busche*, Privatautonomie, S. 215 f.; *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 258; vgl. auch *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 34.

748 BTDrucks 13/9706, S. 9.

ernde Diskriminierung bestimmter gesellschaftlicher Gruppen nicht zu verhindern vermag; zur Anhebung des Schutzstandards seien deshalb Diskriminierungsschutzbestimmungen auf einfachgesetzlicher Ebene erforderlich. Auch die amtliche Begründung zum AGG-E[749] stützt sich auf den „durch Art. 3 GG dokumentierten Grundkonsens […], dass bestimmte Unterscheidungen auch im Bereich des Privatrechts, für den Artikel 3 GG nicht unmittelbar gilt, als unerwünscht gelten können".

Während die für den AGG-E und seine Vorentwürfe verantwortlichen jeweiligen Regierungsfraktionen damit offenbar einhellig eine mittelbare Drittwirkung von Art. 3 GG angenommen haben, ist diese Frage in der Literatur umstritten: So wird eine Privatrechtsgeltung von Art. 3 GG unter Hinweis auf die grundlegend unterschiedliche Struktur von Freiheits- und Gleichheitssätzen teilweise abgelehnt.[750] Da der Einzelne nicht zu einem gerechten Verhalten verpflichtet sei, sondern prinzipiell willkürlich agieren dürfe, seien die Gleichheitssätze nicht der Abwägung zugänglich; willkürliches Verhalten sei entweder ganz oder gar nicht zulässig.[751] Privatrechtliche Gleichbehandlungsgebote resultierten deshalb nicht aus Art. 3 GG, sondern aus den durch die Diskriminierung jeweils beeinträchtigten Freiheitsgrundrechten; so tangierten Diskriminierungen wegen der durch Art. 3 Abs. 3 GG geschützten Merkmale regelmäßig die Menschenwürde des Betroffenen, deren Schutz der Staat wiederum sicherzustellen habe.[752]

Demgegenüber betrachtet die Gegenansicht[753] Art. 3 GG als verfassungsrechtliches Abwehrrecht gegen Diskriminierung, das als solches über die zivilrechtlichen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe mittelbare Drittwirkung unter Privaten entfaltet. Insbesondere die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG könnten insoweit als spezifische Freiheitsgrundrechte zum Schutz vor Diskriminierung angesehen werden und seien so der Abwägung

---

[749] BTDrucks 16/1780, S. 22.

[750] *Möllers*, in: Bottke/Möllers/Schmidt, S. 189 (197) m.w.N.; vgl. auch *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (60); *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 180 f.; *Sacksofsky*, Gleichberechtigung, S. 201 ff.

[751] *Möllers*, in: Bottke/Möllers/Schmidt, S. 189 (197).

[752] *Möllers*, in: Bottke/Möllers/Schmidt, S. 189 (200); vgl. auch *Neuner*, JZ 2003, 57 (60).

[753] BGH NJW 1990, 761 (763) – *Krankenhausbehandlungsverträge*; *Dürig*, in: FS Nawiasky, S. 157 (178, Fn. 45); *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 273; *Gubelt*, in: Münch/Kunig, GG, 1, Art. 3, Rn. 2; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 132; *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 IV 3 (S. 65); *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 34 IV 3, Rn. 39; *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3, Rn. 233 f.; *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 38; *Uerpmann-Wittzack*, ZaöRV 68 (2008), 359 ff. zu Art. 3 Abs. 3 GG; *Wrase*, ZESAR 2005, 229 (236); nach *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (235 ff.) kommt Art. 3 Abs. 2, 3 GG sogar unmittelbare Drittwirkung zu.

mit kollidierenden Grundrechtspositionen zugänglich.[754] Damit wirken auch nach dieser Auffassung der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG nicht isoliert, sondern als „flankierender Freiheitsschutz hinsichtlich besonders gefährdeter persönlicher Eigenschaften und Verhaltensweisen".[755]

Bei der Entscheidung des Meinungsstreits ist der erstgenannten Ansicht zuzugestehen, dass Diskriminierung abstrakt betrachtet nicht mehr als eine sachlich nicht begründete Ungleichbehandlung darstellt, die erst durch die Berührung mit Freiheitssphären des Benachteiligten zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung werden kann. Dieses berücksichtigt jedoch auch die letztgenannte Auffassung, die willkürliches Verhalten Privater – begrenzt durch § 138 BGB[756] – grundsätzlich akzeptiert, sofern und solange es den Betroffenen nicht elementar in seiner eigenen Grundrechtsausübung beeinträchtigt. Mit dieser Maßgabe ist eine verbotene Benachteiligung unter Privaten strukturell nicht als Gleichheits-, sondern als Freiheitsproblematik zu qualifizieren und damit durchaus der Abwägung mit kollidierenden Grundrechtspositionen zugänglich. Der Bürger unterliegt nicht dem Gebot der Gleichbehandlung, sondern dem Verbot der Diskriminierung.

Für die mittelbare Drittwirkung von Art. 3 GG spricht zudem maßgeblich seine Entstehungsgeschichte, die unter dem Eindruck und im zeitlichen Zusammenhang mit dem nationalsozialistischen Unrechtsstaat geprägt ist von dem Ziel, menschenunwürdige Differenzierungen zu verhindern.[757] Dieses kann – ebenso wie der in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG niedergelegte Förderauftrag an den Staat zur Herstellung faktischer Gleichberechtigung von Mann und Frau[758] – effektiv nur durch eine Privatrechtsgeltung der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze erreicht werden, wobei die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG den allgemeinen Gleichheitssatz konkretisieren und mit ihm die Aufgabe teilen, zur Wahrung der Men-

---

[754] *Wrase*, ZESAR 2005, 229 (236 f.); vgl. auch *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 273 f.

[755] *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3, Rn. 236; vgl. auch *Baer*, ZRP 2001, 500 (502) – „Eingriff in das Recht auf Gleichbehandlung".

[756] *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 254 m.w.N.

[757] *Uerpmann-Wittzack*, ZaöRV 68 (2008), 359 (366); *Wrase*, ZESAR 2005, 220 (233), vgl. auch *Neuner*, JZ 2003, 57 (60).

[758] Vgl. hierzu BVerfGE 92, 91 (109) – *Feuerwehrabgabe*; 104, 373 (393) – *Ausschluss vom Doppelnamen*; 109, 64 (89) – *Mutterschaftsgeld II*; 113, 1 (15) – *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung*.

schenwürde und zum Schutz gefährdeter Minderheiten eine Existenz frei von Diskriminierung sicherzustellen.[759]

Die negative Abschlussfreiheit des Anbieters kollidiert folglich mit dem Recht des benachteiligten Interessenten auf Diskriminierungsfreiheit aus Art. 3 GG, welches als spezifisches Freiheitsgrundrecht nicht vom Anwendungsbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfasst wird, wenn auch Diskriminierungen regelmäßig mit einer Persönlichkeitsrechtsverletzung einhergehen.

bb. Verhältnismäßigkeit

Ob der Eingriff in die negative Vertragsfreiheit des Anbieters zum Schutz des Vertragsbewerbers vor Diskriminierung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist, bestimmt sich anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dieser ist gewahrt, wenn Kontrahierungszwang das geeignete und erforderliche Mittel zur Verfolgung eines legitimen Ziels ist und der Eingriff unter Berücksichtigung von Gewicht und Bedeutung des betroffenen Grundrechts angemessen ist.[760]

(1) Legitimer Zweck

Der mit dem Eingriff verfolgte Zweck muss verfassungslegitim sein, d.h. er muss mit der Verfassungsordnung konform gehen.[761] Das Ziel, die mit der Vertragsverweigerung einhergehende persönlichkeitsbezogene Benachteiligung durch einen Anspruch auf Abschluss des abgelehnten Vertragsabschlusses zu kompensieren und dadurch das Recht des Vertragsinteressenten auf Diskriminierungsfreiheit zu verwirklichen[762] ist legitim.

(2) Geeignetheit des Mittels

Kontrahierungszwang müsste ein geeignetes Mittel zum Schutz vor Benachteiligung sein, diesen Zweck also fördern. Indem der Anbieter nachträglich zu dem verweigerten Vertragsabschluss gezwungen wird, wird die persönlichkeitsbezogene Ungleichbehandlung des zurückgewiesenen Vertragsbewerbers gegenüber (potenziellen) anderen Vertragsbewerbern beseitigt.

---

[759] *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3, Rn. 236 f.
[760] *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 83 ff.
[761] *Wilms*, StaatsR II, Rn. 241 f.
[762] S.o. 3. Kap. II 1 c.

Dass dieses Rechtsschutzziel, insbesondere bei gerichtlicher Durchsetzung des Kontrahierungsanspruchs, häufig bereits durch Zeitablauf oder wegen eingetretener Unmöglichkeit vereitelt sein dürfte, weckt zwar Zweifel an der Praktikabilität, nicht aber an der prinzipiellen Eignung von Kontrahierungszwang als Mittel zum Diskriminierungsschutz.[763] Ein Mittel ist vielmehr schon dann geeignet, wenn es dem angestrebten Zweck dient und seine Erreichung möglich macht; nicht erforderlich ist hingegen, dass der erwünschte Erfolg auch in jedem Einzelfall realisierbar ist.[764] Sofern der Kontrakt noch möglich ist, wird der Benachteiligte durch den erzwungenen Vertragsabschluss vollständig rehabilitiert, ungeachtet etwaiger darüber hinausgehender Ansprüche auf Entschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung oder auf Ersatz materieller Schäden.

Vertragsabschlusszwang ist als Mittel des Antidiskriminierungsrechts auch nicht deshalb untauglich, weil der Benachteiligte nach der Vertragsverweigerung gar nicht mehr an der Begründung eines – nunmehr belasteten – Vertragsverhältnisses interessiert ist.[765] Die Entscheidung zwischen erzwungenem Vertragsabschluss, Schadensersatz und Entschädigung ist abhängig von den Einzelfallumständen und obliegt allein dem Anspruchsinhaber.[766] Damit ist Abschlusszwang zur Kompensation einer Benachteiligung durch Vertragsverweigerung grundsätzlich geeignet.

(3) Erforderlichkeit des Mittels

Kontrahierungszwang ist nur dann ein erforderliches Mittel, wenn sich das Recht des Benachteiligten auf Diskriminierungsfreiheit nicht ebenso wirkungsvoll ohne oder mittels milderen Eingriffs in die negative Vertragsfreiheit des Vertragsanbieters schützen ließe. Teilweise werden Entschädigungsansprüche insofern für das schonendere, aber gleichzeitig effektivere Mittel gehalten, weil sie in der Regel eine wirtschaftlich härtere Sanktion für den Vertragsanbieter darstellten als der Zwang zu einem das Gewinninteresse wahrenden Vertrags-

---

[763] So auch *Thüsing/v. Hoff,* NJW 2007, 21 (25) – „noch innerhalb der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers"; a.A. *Busche,* in: Leible/Schlachter, S. 159 (174 f.).

[764] BVerfGE 67, 157 (175) – *G 10*; 96, 10 (23) – *Räumliche Aufenthaltsbeschränkung*.

[765] So aber *Busche,* in: Leible/Schlachter, S. 159 (174 f.); *Bydlinski,* AcP 180 (1980), 1 (44, Fn. 69).

[766] In diesem Sinne auch *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 280 f. m.w.N.; vgl. bereits oben in diesem Kapitel unter III 3 b zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

abschluss.[767] Dem kann allenfalls unter der Prämisse zugestimmt werden, dass man mit *Christian Armbrüster*[768] auf den Ausgleich einer durch die Vertragsverweigerung erlittenen persönlichen Herabwürdigung abstellt. Diese ist nicht mittels Kontrahierungszwangs kompensierbar,[769] sondern primär im Wege der Entschädigungszahlung. Soweit es dagegen um die Beeinträchtigung des zurückgewiesenen Vertragsbewerbers in seinem Recht auf Diskriminierungsfreiheit geht, sind Schadensersatzansprüche materieller wie immaterieller Art ein weniger wirksames Ausgleichsmittel, da sie den durch die Benachteiligung hervorgerufenen rechtswidrigen Zustand fortbestehen lassen.[770] Scheidet ein Entschädigungsanspruch damit als milderes Mittel aus, so verbleiben an der Erforderlichkeit von Vertragsabschlusszwang keine Zweifel.

(4) Angemessenheit des Mittels

Kontrahierungszwang als Mittel des Antidiskriminierungsrechts ist angemessen, wenn er nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz den kollidierenden Grundrechten Grenzen setzt, die ihnen zu größtmöglicher Wirksamkeit verhelfen und die widerstreitenden Interessen zu einem verhältnismäßigen Ausgleich bringen.[771]

Privatautonomie ist geprägt durch den Grundsatz *stat pro ratione voluntas*[772], wonach auch irrationales Handeln zulässig ist und nicht der Rechtfertigung bedarf.[773] Die unbeschränkte Anwendung des Gleichheitsgebotes auf privatrechtliche Geschäfte würde zu einer weitreichenden Aushöhlung dieses Prinzips und damit der Vertragsfreiheit führen,[774] weil der Anbieter sich bei Abschluss und Gestaltung von Verträgen nur noch von – nachweisbar – sachbezogenen Erwägungen leiten lassen dürfte und seine wirtschaftlichen Strategien bzw. persönlichen Präferenzen entweder offen legen oder aber im Falle der Sachwidrigkeit verschleiern

---

[767] *Adomeit/Mohr,* AGG, § 21, Rn. 10; *Armbrüster,* KritVj 2005, 41 (47); *ders.*, NJW 2007, 1494 (1496); *ders.,* VersR 2006, 1297 (1304); *Korell,* JURA 2006, 1 (9); *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 259; *Thüsing/v. Hoff,* NJW 2007, 21 (25); vgl. auch *Hanau,* in: FS Adomeit, S. 237 (247) für Verträge nach bewusster Partnerwahl.

[768] NJW 2007, 1494 (1496 f.).

[769] S.o. in diesem Kapitel unter III 3 b.

[770] *Wendt/Schäfer,* JuS 2009, 206 (209).

[771] Vgl. BVerfGE 81, 278 (292) – *Bundesflagge*; 93, 1 (21) – *Kruzifix*.

[772] *Flume,* BGB-AT II, S. 6 – „An die Stelle der Vernuft tritt der Wille."

[773] *Pfeiffer,* Stellungnahme zum ADG-E 2004, S. 221 (234); *Picker,* JZ 2002, 880; *ders.,* JZ 2003, 540 (543); vgl. auch *Säcker,* ZRP 2002, 286 (286 f., 289), der diesen Grundsatz durch das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot verkehrt sieht: „Pro voluntate stat ratio!" (287).

[774] BGHZ 70, 313 (325).

müsste. Der Privatautonomie als tragendem Prinzip unserer Vertragsrechtsordnung kommt daher grundsätzlich Vorrang vor dem Gebot der Gleichbehandlung im Zivilrechtsverkehr zu („Präponderanz der Freiheit gegenüber der Gleichheit“[775]). Erst bei Hinzutreten besonderer Umstände, die eine Ungleichbehandlung im Privatrechtsverkehr als mit anderen elementaren Grundsätzen der Rechtsordnung unvereinbar erscheinen lassen, ist Raum für den verfassungsrechtlichen Schutz vor Diskriminierung aus Art. 3 GG.[776]

Diese besonderen Umstände erschließen sich aus dem Schutzzweck von Art. 3 GG, welcher zur Wahrung der Menschenwürde und zum Schutz von Minderheiten die Abwehr von Diskriminierungen auch im Privatrechtsverkehr verlangt.[777] Die Hürde zur Rechtfertigung des Eingriffs in die negative Vertragsfreiheit ist danach zum einen dann niedrig, wenn die Ungleichbehandlung den Benachteiligten elementar und in stigmatisierender Weise in dem Kernbereich seines menschlichen Daseins betrifft, mithin Menschenwürdebezug aufweist,[778] zum anderen, wenn die Gefahr besteht, dass sich die persönlichkeitsbezogene Benachteiligung verfestigt und auf andere Träger des betroffenen Persönlichkeitsmerkmals ausweitet (Minderheitenschutz)[779].

Indizwirkung für eine die Menschenwürde berührende Stigmatisierung haben die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG.[780] Im Übrigen kann auch die Rechtsprechung des BVerfG[781] Anhaltspunkte liefern, nach der der Gesetzgeber bei Ungleichbehandlungen umso strengeren Kriterien unterliegt, „je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, daß eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt“; die Bindung ist umso stärker, je mehr die Ungleichbehandlung sich auf Persönlichkeitsmerkmale statt auf

---

[775] *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 507; vgl. auch *Flume*, BGB-AT II, S. 21 f.; *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (25); *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 4 III 3, Rn. 68; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, Einl. AGG, Rn. 38.

[776] Vgl. *Baston-Vogt*, Persönlichkeitsrecht, S. 460 m.w.N.; *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 24; *Busche*, Privatautonomie, S. 294; *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 276; *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 34 IV 3, Rn. 38 f.

[777] *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3, Rn. 236 f.; vgl. auch *Uerpmann-Wittzack*, ZaöRV 68 (2008), 359 (367).

[778] Vgl. auch *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (347).

[779] *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3, Rn. 237; vgl. auch BVerfGE 88, 87 (96) – *Transsexuelle II*; 99, 367 (388) – *Montan Mitbestimmung*.

[780] Vgl. BVerfGE 102, 41 (64) – *Kriegsbeschädigtengrundrente*, abw. Meinung; *Möllers*, in: Bottke/Möllers/Schmidt, S. 189 (200) m.w.N.; *Wrase*, ZESAR 2005, 229 (233).

[781] E 88, 87 (96) – *Transsexuelle II*; 99, 367 (388) – *Montan Mitbestimmung*; vgl. auch BVerfGE 101, 275 (291) – *Fahnenflucht*; 103, 310 (319) – *DDR-Dienstzeiten*.

Verhaltensweisen bezieht und je mehr sie den Betroffenen in der Ausübung einer grundrechtlich gewährleisteten Freiheit beeinträchtigt.

Die Gefahr einer Stigmatisierung des Benachteiligten und Ausweitung der Diskriminierung auf andere Merkmalsträger wird vor allem durch das Maß bestimmt, in dem die Benachteiligung Öffentlichkeitsbezug hat, etwa durch ein an prinzipiell jedermann gerichtetes Leistungsangebot[782] oder im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Verkaufsstätte. Je mehr sich der Anbieter zur Vermarktung seiner Leistung der Öffentlichkeit bedient und daher durch eine Vertragsabschlussverweigerung irrational handelt, desto mehr muss sein Recht auf Nichtabschluss eines Geschäftes hinter dem Recht des Vertragsinteressenten auf diskriminierungsfreie Behandlung zurücktreten.[783] Darüber hinaus birgt eine öffentlich wahrnehmbare Diskriminierung eine Nachahmungsgefahr, deren Realisierung in größerem Umfang zu einer Gefährdung des sozialen Friedens führen kann.[784]

Ob eine Vertragsabschlusspflicht als Mittel des Antidiskriminierungsrechts nach diesen Maßstäben angemessen ist, kann nicht pauschal, sondern nur anhand der konkret in Frage stehenden Diskriminierungsschutzbestimmung beantwortet werden. Für Kontrahierungszwang aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG wird diese Frage im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung zu erörtern sein.

IV. Fazit

Kontrahierungszwang beschränkt neben der primär betroffenen negativen Abschlussfreiheit des Vertragsanbieters auch dessen Partnerwahl-, Inhalts-, Änderungs-, Beendigungs- und ggf. Formfreiheit und stellt damit einen umfassenden und massiven Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Aufgrund des hohen Stellenwertes, der der Privatautonomie in unserer Rechtsordnung zukommt, ist eine solche Beschränkung nur zum Schutz und zur Wahrung für das menschliche Zusammenleben schlichtweg unverzichtbarer Werte zulässig.

So werden Vertragsabschlusspflichten aufgrund einer dringenden markt- und / oder versorgungsbedingten Angewiesenheit auf die Leistung damit gerechtfertigt, dass die Beschränkung

---

[782] Vgl. *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 133; *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005), 289 (347).

[783] Vgl. auch *Baer,* ZRP 2002, 290 (293); *Bydlinski,* AcP 180 (1980), 1 (39 f.); *Delbrück,* in: FS Weber, S. 223 (238) ; *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 275.

[784] *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 277; *Otto,* Personale Freiheit und soziale Bindung, S. 147, 156, 165.

der negativen Vertragsfreiheit der einen Seite zur Wahrung bzw. Wiederherstellung der positiven Vertragsfreiheit der anderen Seite führt. Dieses Rechtfertigungsmuster lässt sich auf einen Kontrahierungszwang als Mittel des Diskriminierungsschutzes nicht übertragen, da in diskriminierungsspezifischen Konstellationen die rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung des Benachteiligten typischerweise nicht eingeschränkt ist.[785] Hier greift vielmehr das in Art. 3 GG verankerte Grundrecht auf Diskriminierungsfreiheit, das Menschenwürde- und Minderheitenschutz miteinander vereint.

Kontrahierungszwang ist ein grundsätzlich geeignetes und erforderliches Instrument, um die negative Vertragsfreiheit des Anbieters mit dem kollidierenden Recht des Interessenten auf Diskriminierungsfreiheit zum Ausgleich zu bringen. Aufgrund des prinzipiellen Vorrangs der Privatautonomie vor dem Anspruch des Vertragsinteressenten auf Benachteiligungsfreiheit im Privatrechtsverkehr ist Kontrahierungszwang als Instrument des Diskriminierungsschutzes jedoch nur angemessen, wenn die Zurückweisung den Betroffenen in einer die Menschenwürde berührenden Weise stigmatisiert oder aber die gesteigerte Gefahr birgt, dass sich die Diskriminierung auf andere Träger des Persönlichkeitsmerkmals ausweitet. Die Beantwortung der Frage, ob § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG einen Vertragsabschlusszwang vermittelt, wird sich im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung an diesem Maßstab zu orientieren haben.

[785] Vgl. auch *Britz*, VVDStRL 64 (2005), 255 (292) – „Diskriminierungsverbote schaffen […] ein neues und eigenes Spannungsverhältnis zur Vertragsfreiheit."

6. Kapitel: Die herkömmlichen Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang

I. Einleitung

Die dogmatische Einordnung eines durch § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vermittelten Abschlussanspruchs in das System der Kontrahierungspflichten erfordert eine Klassifizierung der herkömmlichen Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang. Diese sind bereits anhand ihres Regelungsbereichs in eine besondere und eine allgemeine Form unterteilt[786] und im Rahmen zweier Arbeitsthesen nach strukturellen[787] und funktionalen[788] Gesichtspunkten charakterisiert worden.

Die so gewählte Kategorisierung soll im Folgenden anhand einer Analyse herkömmlicher spezialgesetzlicher Kontrahierungspflichten sowie des allgemeinen Abschlusszwangs überprüft werden. Dabei erhebt die getroffene Auswahl an Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern beschränkt sich auf repräsentative Abschlusspflichten aus den wesentlichen durch Kontrahierungszwang reglementierten Lebens- und Rechtsbereichen.

II. Der besondere Kontrahierungszwang

1. Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs

a. Energierecht

Im Energierecht werden sowohl der Absatz als auch der Transport von Energie durch Kontrahierungspflichten geregelt. Keinem Vertragsabschlusszwang unterliegen demgegenüber de lege lata Netzbetreiber, die nach §§ 5, 8 EEG zum Anschluss von Anlagen zur Stromerzeugung aus regenerativen Energien und aus Grubengas sowie zur Abnahme, Übertragung und Verteilung dieses Stroms verpflichtet sind. Anders als noch § 2 StrEG[789] begründen die

---

[786] S.o. 4. Kap. II.
[787] S.o. 4. Kap. III 1 a cc.
[788] S.o. 4. Kap. III 3 c.
[789] Vom 07.12.1990, BGBl. I 1990, S. 2633, aufgehoben mit Gesetz vom 29.03.2000, BGBl. I 2000, S. 305. Vgl. hierzu ausführlich *Busche*, Privatautonomie, S. 510 ff.

§§ 5, 8 EEG nach Maßgabe von § 4 Abs. 1 EEG keine Vertragsabschlusspflicht mehr, sondern ein gesetzliches Schuldverhältnis.[790]

aa. Energieabsatz

Beispielhaft für die Kontrahierungspflichten beim Energieabsatz steht § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG. Danach sind kommunale Netzbetreiber verpflichtet, Endabnehmer – vorbehaltlich der Notwendigkeit und wirtschaftlichen Zumutbarkeit[791] – zu den allgemeinen Bedingungen an das Versorgungsnetz anzuschließen, konkret einen Vertrag über den Netzanschluss abzuschließen[792]. Voraussetzung für die Anschlusspflicht ist der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung i.S.v. § 3 Nr. 17 EnWG innerhalb eines Gemeindegebietes[793]. Der Netzbetrieb muss danach von vornherein darauf angelegt sein, grundsätzlich alle – ihrer Person und Zahl nach unbestimmten – Abnehmer innerhalb des jeweiligen Versorgungsgebietes anzuschließen.[794] Anschlussberechtigt ist jedermann, der den Netzanschluss entweder für seinen eigenen Energieverbrauch oder für den eines Dritten, beispielsweise eines Mieters, benötigt und auch zu nutzen beabsichtigt.[795] Die Vertragsbedingungen richten sich nach den nach Maßgabe von § 18 Abs. 3 EnWG erlassenen Rechtsverordnungen NAV und NDAV bzw. nach den vom Netzbetreiber ergänzend aufgestellten Bedingungen.[796]

Der Anschlussanspruch wird damit bereits mit Aufnahme des Netzbetriebs begründet, wenn also der Betreiber des Energieversorgungsnetzes die grundsätzliche Bereitschaft erkennen

---

[790] Vgl. die amtliche Entwurfsbegründung zu § 4 Abs. 1 EEG vom 18.08.2008, BTDrucks 16/8148, S. 41; *Cosack*, in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 5, Rn. 25, § 8, Rn. 12 ff.

[791] An der Notwendigkeit des Anschlusses fehlt es, wenn der Anspruchsteller eine Eigenbedarfsanlage zur Energiegewinnung betreibt oder sich von einem Dritten an das Energieversorgungsnetz anschließen lässt (vgl. *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 18, Rn. 30), weshalb in diesen Fällen gemäß § 18 Abs. 2 S. 1 EnWG keine allgemeine Anschlusspflicht besteht. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit nach § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG liegt vor, wenn der Netzbetreiber bei Abwägung der berechtigten Belange beider Seiten unter ökonomischen Gesichtspunkten unverhältnismäßig in seiner Vertragsfreiheit beeinträchtigt ist (*Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 18, Rn. 23 ff. mit Beispielen).

[792] Demgegenüber ist das ebenfalls in § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG geregelte Anschlussnutzungsverhältnis nicht vertraglicher Natur, sondern kommt kraft Gesetzes mit der Entnahme von Energie zwischen dem Versorgungsunternehmen und dem Abnehmer zustande, vgl. *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 18, Rn. 12 f.

[793] Der Netzbetrieb muss dabei nicht die gesamte Gemeinde flächendeckend erfassen, sondern kann sowohl grenzübergreifend als auch auf Teilbereiche beschränkt sein, vgl. zu § 10 EnWG a.F. *Büdenbender*, EnWG, § 10, Rn. 31.

[794] *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 18, Rn. 7.

[795] *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 18, Rn. 14 f.

[796] *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 18, Rn. 17 ff.

lässt, alle Letztverbraucher innerhalb des Gemeindegebietes an sein Energieversorgungsnetz anzuschließen. Maßgebliches Entstehungsstadium ist somit die *generelle Abschlussbereitschaft* des Netzbetreibers, ohne dass es auf eine vorherige Vertragsverweigerung ankäme; Fälligkeit tritt „auf erstes Anfordern“[797] des Anschlussberechtigten ein.

Der Aufgabenbereich der Netzanschlusspflicht nach § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG erschließt sich unter zwei Gesichtspunkten: Zum einen wird ein Gemeindegebiet in aller Regel von nur einem Energieversorgungsnetz bedient[798], zum anderen zählt Energiebelieferung zu den Aufgaben der allgemeinen Grundversorgung[799]. Die Netzanschlusspflicht dient somit der Kompensation einer faktischen Monopolstellung des Netzbetreibers bei gleichzeitiger Sicherstellung der allgemeinen Energieversorgung.[800]

Strukturell und funktional vergleichbare Regelungen enthalten §§ 17 Abs. 1; 36 Abs. 1 S. 1 EnWG. Nach § 17 Abs. 1 EnWG sind Netzbetreiber dazu verpflichtet, Letztverbraucher[801], andere Netze, Netzelemente sowie Energieerzeugungs- und -speicheranlagen an ihr Netz anzuschließen.[802] Die Vorschrift des § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG ist der Entflechtung von Netzbetrieb und Energielieferung nach §§ 6 ff. EnWG geschuldet und ergänzt die Netzanschlusspflicht der Netzbetreiber nach § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG um eine vom Leitungsbetrieb unabhängige Grundversorgungspflicht der Energieversorger für Haushaltskunden.[803]

bb. Energietransport

Einen weiteren Kontrahierungszwang im Energierecht normiert die Regelung des § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG. Danach sind Kommunen verpflichtet, ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb der Leitungen durch Wegenutzungsvertrag dem Energieversorgungsunternehmen zur Verfügung zu stellen, das die unmittelbare Versorgung

---

797 *Busche*, Privatautonomie, S. 438, 485.
798 *Büdenbender*, EnWG, § 10, Rn. 44 zu § 10 EnWG a.F.
799 Vgl. bereits oben 4. Kap. III 1 a bb 1 (Fn. 544).
800 Vgl. auch § 1 Abs. 1, 2 EnWG.
801 Für Letztverbraucher ist die Regelung des § 17 Abs. 1 EnWG nachrangig gegenüber dem Anschlusszwang aus § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG, der die Netzbetreiber für die Versorgung im Niederspannungs- und Niederdruckbereich zu besonderer Transparenz verpflichtet und gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG als Verweigerungsgrund nur wirtschaftliche Unzumutbarkeit zulässt, vgl. *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, S. 69 f.
802 Hierzu im Einzelnen *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, S. 59 ff.
803 *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 36, Rn. 1 ff.

der Letztverbraucher zu übernehmen beabsichtigt[804]. Es handelt sich dabei um einen privatrechtlichen Vertrag,[805] durch den die Gemeinde ihrerseits einen Anspruch auf Konzessionsabgabe erlangt.

Die verpflichtete Gemeinde hat die Nutzungserlaubnis prinzipiell zu erteilen und darf sie nur in Ausnahmefällen aus sachlichen Gründen verweigern.[806] Auch der Kontrahierungsanspruch aus § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG entsteht damit nicht erst mit sachwidriger Versagung des Wegerechts, sondern besteht kraft Gesetzes und wird auf erstes Anfordern durch das berechtigte Energieversorgungsunternehmen fällig.

Durch die Vertragsabschlusspflicht der Gemeinde soll zum einen gewährleistet werden, dass das hoheitliche Gut des kommunalen Verkehrswegenetzes für die Energieversorgung der Letztverbraucher verfügbar ist,[807] und damit eine Aufgabe der allgemeinen Daseinsvorsorge sichergestellt werden[808]. Zum anderen hat der Abschlusszwang den Ausgleich eines Wettbewerbsdefizits zur Aufgabe, da das berechtigte Energieversorgungsunternehmen zur Verlegung und Nutzung der Leitungen auf das gemeindliche Straßennetz angewiesen ist, während die Gemeinde ihrerseits zur Meidung von Konkurrenz für ein kommunales Energieversorgungsunternehmen und zur Schonung der Wegesubstanz kein eigenes Interesse an der Wegerechtseinräumung hat[809].

Die Vergabe des Wegerechts hat nach dem Gesetzeswortlaut „diskriminierungsfrei“ zu erfolgen, was aber nicht im Sinne der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote als Schutz des betroffenen Energieversorgers in seiner Unternehmensintegrität zu verstehen ist.[810] Vielmehr soll mit dieser Formulierung lediglich klargestellt werden, dass die Gemeinden zur wettbewerblichen Gleichbehandlung unterschiedlicher Energieversorgungsunternehmen verpflichtet sind[811] und für die Versagung des Wegerechts eines sachlichen Grundes bedürfen.

---

804 *Hellermann,* in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 46, Rn. 40.
805 *Koenig/Kühling/Rasbach,* Energierecht, S. 206.
806 *Hellermann,* in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 46, Rn. 45; vgl. auch die amtliche Begründung zum Gesetzentwurf vom 23.03.1997, BTDrucks 13/7274, S. 21.
807 *Hellermann,* in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 46, Rn. 44.
808 BVerfGE 66, 248 (258); BVerfG NJW 1990, 1783; BVerwGE 98, 273 (275); *Koenig/Kühling/Rasbach,* Energierecht, S. 206.
809 *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, S. 200, 205.
810 Ein unternehmerisches Persönlichkeitsrecht grundsätzlich anerkennend BGH NJW 2008, 2110 – *Gen-Milch*; offenlassend hingegen BVerfG NJW 2010, 3501 (3502) in ders. Sache.
811 *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, S. 205.

Somit dient auch die Regelung des § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG der Sicherstellung einer Grundversorgungsaufgabe als leistungsbezogener Komponente durch Kompensation eines bestehenden Wettbewerbsdefizits als marktbezogener Komponente.

b. Verkehrsrecht

Auch auf dem Verkehrssektor finden sich Erscheinungsformen des besonderen Abschlusszwangs mit unterschiedlichen Zielrichtungen: Während § 14 Abs. 1 S. 1 AEG Eisenbahninfrastrukturunternehmen dazu verpflichtet, Eisenbahnverkehrsunternehmen Zugang zum Schienensystem zu gewähren, mithin zwischen Unternehmen gilt, normieren §§ 22 PBefG; 13 BOKraft; 10 AEG; 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG in vergleichbarer Ausgestaltung Beförderungspflichten zwischen (Luft-)Verkehrsunternehmen und Verbrauchern.

aa. Zugang zur Eisenbahninfrastruktur

Gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 AEG sind Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, den nach Abs. 2 Zugangsberechtigten, insbesondere inländischen Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Nutzung ihres Eisenbahnnetzes sowie weitere angebotene Leistungen nach Maßgabe von § 3 EIBV diskriminierungsfrei zu gewähren. Hierbei handelt es sich entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht um einen unmittelbaren Leistungsanspruch, sondern um einen Kontrahierungsanspruch, was zum einen aus der Regelung des § 14 Abs. 6 AEG folgt, wonach die Netzzugangsbedingungen der Disposition der Parteien unterliegen, zum anderen aus der Komplexität des Fahrplan- und Trassenmanagements, mit dem ein unmittelbarer Netzzugangsanspruch unvereinbar wäre.[812]

Seinem Wortlaut nach normiert § 14 Abs. 1 S. 1 AEG ein Diskriminierungsverbot. Doch ebenso wenig wie bei der Regelung des § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG[813] geht es dabei um die Wahrung der Integrität des betroffenen Unternehmens, sondern um ein Verbot der Benachteiligung gegenüber Wettbewerbern. Der Vertragsbewerber hat gegen das verpflichtete Eisenbahninfrastrukturunternehmen einen Anspruch auf Zugangsgewährung auf erstes Anfordern in dem von § 3 EIBV festgelegten Umfang; eine Zurückweisung des Begehrens darf nur aus sachlichen Gründen erfolgen.[814]

---

[812] *Aehringhaus*, Netzzugangsregelungen, S. 18.
[813] Vgl. oben in diesem Kapitel unter II 1 a bb.
[814] Vgl. *Ernert*, Zugangs- und Entgeltregulierung, S. 111 f., 121.

§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG in Verbindung mit der EIBV verfolgt sowohl markt- als auch leistungsbezogene Ziele: Zum einen soll ein funktionierender Wettbewerb auf der Schiene gewährleistet werden, indem das – zumeist marktbeherrschende – Eisenbahninfrastrukturunternehmen Mitbewerbern gegenüber zur Zugangsgewährung verpflichtet wird, damit diese ihrerseits Leistungen an den Endkunden weitergeben können.[815] Zum anderen ist der Personentransport auf der Schiene abhängig von einem Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, so dass die Netzzugangsregulierung nach § 14 Abs. 1 S. 1 AEG auch der Sicherstellung der Personenbeförderungspflicht nach § 10 AEG als Bestandteil der Daseinsvorsorge dient.[816]

bb. Personenbeförderungspflicht

Gemäß § 22 i.V.m. § 1 Abs. 1 PBefG unterliegen Verkehrsunternehmen, die eine entgeltliche oder geschäftsmäßige Personenbeförderung mit Straßenbahnen, Obussen oder Kraftfahrzeugen[817] betreiben, unter den gesetzlichen Voraussetzungen einem Vertragsabschlusszwang. Allein durch den Betrieb der – gemäß §§ 2, 9 ff. PBefG genehmigten – Personenbeförderung wird das Verkehrsunternehmen grundsätzlich gegenüber jedermann zur Annahme von Vertragsangeboten verpflichtet.[818] Der Kontrahierungsanspruch entsteht damit bereits im Stadium der *generellen Abschlussbereitschaft* des Verkehrsunternehmens, wird auf erstes Anfordern des Interessenten fällig und nach Maßgabe von § 22 PBefG durch die veröffentlichten Beförderungsbedingungen und -entgelte[819], durch die regelmäßig eingesetzten Beförderungsmittel sowie durch unabwendbare Hinderungsgründe auf Seiten des Unternehmers bestimmt und beschränkt. Weitergehende Konkretisierung erfährt der abzuschließende Beförderungsvertrag durch die Reichweite der erteilten Verkehrsgenehmigung und etwaige Bedingungen oder Auflagen gemäß § 15 Abs. 3 PBefG.

Die Personenbeförderung nach dem PBefG unterliegt damit einer starken staatlichen Reglementierung, die sich insbesondere auch auf die Erlaubnis zur Beförderung an sich erstreckt. Maßgeblich für die Erteilung der Verkehrsgenehmigung nach §§ 2, 9 ff. PBefG sind neben

---

815 *Ernert*, Zugangs- und Entgeltregulierung, S. 50; *Kühling*, Regulierung, S. 193, vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 1 AEG.
816 *Kühling*, Regulierung, S. 191.
817 Im Linienverkehr und Taxenverkehr nach Maßgabe von §§ 42 f.; 47 PBefG.
818 BayObLG, MDR 1986, 259; *Heinze*, PBefG, § 22, Abs. 1; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 116.
819 *Heinze*, PBefG, § 22, Abs. 5.

subjektiven Faktoren auf Seiten des Unternehmers[820] auch die objektiven Aspekte der Verkehrssicherheit[821], des Gemeinwohls und des konkreten Bedarfs an dem beantragten Verkehr[822]. Beförderungsgenehmigungen sind daher zurückhaltend zu erteilen und insbesondere gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG zu versagen, wenn die bestehende Nachfrage durch den – ggf. auszuweitenden – Einsatz der vorhandenen Verkehrsunternehmen ausreichend befriedigt werden kann.[823] Diese unterliegen im Gegenzug dazu gemäß § 21 PBefG einer Betriebspflicht und der Beförderungspflicht nach § 22 PBefG. Dadurch soll sichergestellt werden, dass innerhalb eines Verkehrsgebietes einerseits kein oder nur behördlich kontrollierter Wettbewerb zwischen verschiedenen Beförderungsunternehmen entsteht und andererseits die Personenbeförderung als Aufgabe der Daseinsvorsorge bestmöglich gewährleistet wird.[824]

Zusammenfassend verschafft der Staat den vorhandenen Verkehrsunternehmen durch regulierenden Eingriff eine marktbeherrschende Stellung und stellt durch Kontrolle der Beförderungsbedingungen und -entgelte sowie durch Auferlegung einer Betriebs- und Beförderungspflicht sicher, dass sie ihre Aufgabe auch im Sinne des Gemeinwohls ausüben. *Christian R. Heinze*[825] beschreibt die Leistung der Personenbeförderung daher treffend als „Gegenstand rechtlicher Monopolisierung im Interesse der Daseinsvorsorge“.

c. Versicherungsrecht

Im Versicherungsrecht finden sich besondere Kontrahierungspflichten u.a. beim Abschluss von Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsverträgen sowie privaten Krankenversicherungsverträgen im Basistarif.

aa. Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung

Gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG sind Anbieter der Kfz-Haftpflichtversicherung versicherungspflichtigen Haltern eines Kraftfahrzeugs oder Anhängers gegenüber abschlusspflichtig. Die betroffenen Versicherungsunternehmen müssen danach zunächst jedem Vertragsinteressenten die Möglichkeit einräumen, einen Antrag auf Kfz-Haftpflicht-

[820] Vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3 PBefG.
[821] Vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 1 PBefG.
[822] Vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 PBefG.
[823] *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 114.
[824] Vgl. auch § 8 PBefG.
[825] PBefG, § 22 (1).

versicherungsschutz zu stellen.[826] Sofern keiner der in § 5 Abs. 4 PflVG abschließend genannten Ablehnungsgründe vorliegt, ist das Versicherungsunternehmen zur Annahme verpflichtet.[827] Diese wird im Falle des modifizierten Abschlusszwangs gemäß § 5 Abs. 3 S. 1 PflVG[828] mit Ablauf von zwei Wochen zum allgemeinen Unternehmenstarif fingiert, wenn der Versicherer den Antrag nicht innerhalb von zwei Wochen schriftlich ablehnt oder wegen eines besonderen Risikos ein Angebot mit höherer Prämie unterbreitet. In allen anderen Fällen ist das Versicherungsunternehmen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 PflVG zur Annahme des Versicherungsantrags verpflichtet, wobei es nur dann an seinen Unternehmenstarif gebunden ist, wenn es einen solchen auch für Versicherungsverträge außerhalb des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 3 S. 1, 3 PflVG vorhält.[829] Im Übrigen kann der Versicherer unter Berücksichtigung des konkreten Versicherungsrisikos individuelle Tarife festlegen und dem Versicherungsschutzsuchenden darüber ggf. ein Gegenangebot unterbreiten.[830] Sowohl im Falle des § 5 Abs. 2 S. 1 PflVG als auch des § 5 Abs. 3 S. 1 PflVG ist das Versicherungsunternehmen damit allein durch den Betrieb der Kfz-Haftpflichtversicherung und damit aufgrund seiner *generellen Abschlussbereitschaft* kontrahierungspflichtig.

Der Abschlusszwang des § 5 Abs. 2 S. 1 PflVG unterscheidet die Kfz-Haftpflichtversicherung maßgeblich von anderen verpflichtenden Haftpflichtversicherungen[831], die aufgrund eines spezifischen Drittgefährdungspotenzials die Absicherung gegen Fremdschäden für vielfältige, zumeist berufliche Tätigkeiten vorschreiben.[832] Während alle haftpflichtversicherungspflichtigen Personen- bzw. Berufsgruppen einen entsprechenden Versicherungsvertrag abschließen müssen,[833] steht dieser Verpflichtung nur im Falle der Kfz-Haftpflichtversicherung eine Abschlusspflicht der Versicherungsunternehmen gegenüber. Damit soll insbesondere dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Nachfrage an Kfz-

---

826 *Feyock*, in: Feyock/Jakobsen/Lemor, Kraftfahrtversicherung, § 5, Rn. 12.

827 *Krömmelbein*, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 127.

828 Dieser betrifft Zweiräder, Personen- oder Kombinationskraftwagen bis zu 1t Nutzlast, die nicht als Taxen, Personenmietwagen und Selbstfahrervermietfahrzeuge eingesetzt werden.

829 *Feyock*, in: Feyock/Jakobsen/Lemor, Kraftfahrtversicherung, § 5, Rn. 15.

830 *Krömmelbein*, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 138 f.

831 Dazu zählen beispielsweise die Berufshaftpflichtversicherungen für Rechtsanwälte (§ 51 Abs. 1 BRAO) und Notare (§ 19a Abs. 1 BNotO) sowie Privathaftpflichtversicherungen für Jäger (§ 17 Abs. 1 Nr. 4 BJagdG) und Halter eines Luftfahrzeugs (§ 43 Abs. 2 S. 1 LuftVG).

832 *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 124 f.

833 Dabei unterliegen sie jedoch keinem Kontrahierungszwang, da mit ihrer Versicherungspflicht kein subjektives Recht eines Versicherungsunternehmens auf Vertragsabschluss einhergeht, sondern der Versicherungspflichtige frei ist in seiner Wahl unter den zahlreichen Betreibern der Kfz-Haftpflichtversicherung, vgl. *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 124 f.

Haftpflichtversicherungen signifikant höher ist als an den übrigen verpflichtenden Haftpflichtversicherungen, der versicherungspflichtige Kraftfahrzeughalter aber auf ein abschlusswilliges Versicherungsunternehmen angewiesen ist.[834] So ist selbst im Zuge der Deregulierung der Kfz-Haftpflichtversicherung im Jahr 1994 in modifizierter Form am Abschlusszwang der Versicherer festgehalten worden, um den nach § 1 PflVG verpflichtenden Kfz-Haftpflichtversicherungsschutz auch faktisch sicherzustellen[835].

Die Einführung der Kfz-Haftpflichtversicherungspflicht selbst beruhte maßgeblich auf der gemeinwohlorientierten Erwägung, Verkehrsopfer besser gegen die zunehmende Motorisierung zu schützen.[836] Ob dieser Grundgedanke auch auf die Kontrahierungspflicht für Versicherungsunternehmen übertragen werden kann, ist zweifelhaft. Selbst wenn Kfz-Halter im Einzelfall mangels abschlussbereiten Versicherers gegen ihre Versicherungspflicht verstießen, wäre das Verkehrsopfer trotz fehlenden Kfz-Haftpflichtversicherungsschutzes nach Maßgabe von § 12 PflVG durch einen Entschädigungsfont der Verkehrsopferhilfe e.V. abgesichert.[837] Damit dürfte die Interessenwahrung der Geschädigten lediglich einen Nebenaspekt des eigentlichen Ziels darstellen, die gesetzlich angeordnete Versicherungspflicht bei hoher Abschlussnachfrage zu gewährleisten, was entsprechend der oben getroffenen Annahme[838] für eine primäre Marktbezogenheit des Abschlusszwangs aus § 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG spricht.

Mit dem modifizierten Fortbestand des Kontrahierungszwangs sollte einer benachteiligenden Zurückweisung von Ausländern und anderen Personengruppen als Versicherungsnehmern begegnet werden,[839] womit ein Schutz des Versicherungsbewerbers in seinem Recht auf Diskriminierungsfreiheit bezweckt gewesen sein könnte. *Florian Krömmelbein*[840] konstatiert in diesem Zusammenhang, dass mit § 5 PflVG „das vordringliche Ziel“ verfolgt werde, Diskriminierung von Ausländern zu verhindern. Nach dem Schutzzweck des PflVG kann es hierbei

---

834 *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 122.

835 Vgl. die amtliche Entwurfsbegründung zum Dritten Durchführungsgesetz/EWG zum VAG, BTDrucks 12/6959, S. 109.

836 Vgl. die Einleitung zur amtlichen Begründung des Gesetzes über die Einführung der Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter und zur Änderung des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen sowie des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 07.11.1939 (RGBl. I S. 2223), abgedruckt bei *Fromm,* Pflichtversicherung, S. 9 ff.

837 Vgl. *Hartwig,* Gleichbehandlungsgrundsatz für Versicherungs-Aktiengesellschaften, S. 92 (Fn. 488).

838 S.o. 4. Kap. III 3 a aa 3.

839 Vgl. die amtliche Entwurfsbegründung zum Dritten Durchführungsgesetz/EWG zum VAG, BTDrucks 12/6959, S. 109.

840 Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 119 f.

aber nur darum gehen, Einzelnen die Teilhabe an der gesetzlich vorgeschriebenen Kfz-Haftpflichtversicherung zu gewährleisten, nicht aber darum, sie in ihrem Recht auf Diskriminierungsfreiheit und damit in ihrer Integrität zu schützen. So ist dann auch ausweislich der amtlichen Entwurfsbegründung zum Dritten Durchführungsgesetz/EWG zum VAG[841] bewusst davon abgesehen worden, eine Risikobewertung der Versicherungsinteressenten anhand ihrer Staatsangehörigkeit oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe zu untersagen[842]. Stattdessen erlaubt § 5 Abs. 3 PflVG bei der tariflichen Gestaltung und damit auch für eine Vertragsablehnung zum allgemeinen Unternehmenstarif (nur) die Anknüpfung an eine nachweisbar höhere Gefahr, also an risikorelevante Faktoren. Hierzu können grundsätzlich auch askriptive Persönlichkeitsmerkmale des Versicherungsschutzsuchenden, wie insbesondere Alter und Geschlecht, nicht dagegen ethnische Herkunft oder Staatsangehörigkeit[843], zählen. Insofern ist das gesetzgeberische Motiv der Verhinderung von Ausländerdiskriminierung in der Entwurfsbegründung dahingehend zu deuten, dass zur flächendeckenden Gewährleistung von Kfz-Haftpflichtversicherungsschutz eine Vertragsverweigerung[844] ausschließlich aus sachlichen Gründen zulässig ist.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass § 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG zur Aufgabe hat, die gesetzlich angeordnete Haftpflichtversicherungspflicht von Kfz-Haltern bei hoher Abschlussnachfrage sicherzustellen und sich damit in erster Linie auf markt- und marktregulierungsbedingte Umstände bezieht.

bb. Private Krankenversicherung im Basistarif

Nach Maßgabe von §§ 12 Abs. 1b S. 1 VAG; 193 Abs. 5 S. 1 VVG unterliegen Anbieter der privaten Krankheitskostenversicherung einem Kontrahierungszwang gegenüber Versicherungsinteressenten. Abschlusspflichtig sind Versicherungsunternehmen, die die substitutive Krankenversicherung anbieten, also Leistungen, die den im gesetzlichen Sozialversicherungssystem verankerten Kranken- oder Pflegeversicherungsschutz vollständig oder teilweise ersetzen können (§ 12 Abs. 1 VAG). Abschlussberechtigt sind gemäß §§ 12 Abs. 1b S. 1 VAG; 193 Abs. 5 S. 1 VVG insbesondere Personen, die entgegen der in § 193 Abs. 3 VVG normierten Versicherungspflicht nicht krankenversichert sind, darüber hinaus Personen, die bereits

---

841 BTDrucks 12/6959, S. 136.

842 Ein solches Verbot findet sich dagegen versicherungsspartenübergreifend in § 81e VAG.

843 *Halbach*, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, § 5 PflVG, Rn. 5 unter Bezugnahme auf § 19 AGG.

844 Bzw. im Falle des § 5 Abs. 3 PflVG auch ein vom Unternehmenstarif abweichendes Gegenangebot.

freiwillig gesetzlich oder substitutiv privat krankenversichert sind sowie Beihilfeberechtigte und Personen mit vergleichbaren Ansprüchen.[845]

Der Anspruch richtet sich auf Abschluss einer privaten Krankheitskostenversicherung zu einem gemäß § 12 Abs. 1a S. 1 VAG branchenweit einheitlichen Basistarif, der in Art, Umfang und Höhe der Versicherungsleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung angeglichen ist. Der Versicherer ist ohne Weiteres – insbesondere gemäß § 203 Abs. 1 S. 2 VAG ohne Risikoprüfung – zur Annahme des Versicherungsantrags eines Berechtigten verpflichtet und damit allein aufgrund seiner *generellen Abschlussbereitschaft* kontrahierungspflichtig.

Der Kontrahierungszwang aus §§ 12 Abs. 1b S. 1 VAG; 193 Abs. 5 S. 1 VVG dient der Sicherstellung der Gesundheitsversorgung des berechtigten Personenkreises, soll also auch gegenüber Personen mit erhöhtem Krankheitsrisiko eine Grundversorgung an Gesundheitsleistungen gewährleisten[846] und verfolgt damit leistungsbezogene Ziele.

Systematisch und funktional vergleichbar sind die Kontrahierungspflichten nach § 198 VVG (private Krankenversicherung für ein neugeborenes oder adoptiertes Kind) sowie nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 1 Abs. 2 S. 2, 22, 23 Abs. 1, 3, 4 SGB XI (private Pflegeversicherung).

d. Urheberrecht

Die urheberrechtlichen Kontrahierungspflichten nach §§ 5 Abs. 3 S. 2, 3; 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1; 87 Abs. 5 UrhG; § 11 Abs. 1 WahrnG betreffen als Zwangslizenzen[847] das Außenverhältnis zwischen Urheber bzw. Leistungsschutzrechtsinhaber einerseits und potenziellem Nutzer des geschützten Rechts andererseits. Eine Sonderstellung nimmt insoweit der Wahrnehmungszwang nach § 6 Abs. 1 S. 1 WahrnG ein, der im Innenverhältnis zwischen Urheber und Verwertungsgesellschaft gilt. Keine Kontrahierungspflichten begründen dagegen § 24 Abs. 1 PatG und § 20 GebrMG i.V.m. § 24 Abs. 1 PatG, da sie nicht auf den Abschluss eines Lizenzvertrags, sondern auf Lizenzerteilung durch patentgerichtliches Gestaltungsurteil

[845] Im Einzelnen hierzu *Boetius*, Systemveränderung der privaten Krankenversicherung, S. 7 f.
[846] *Reinhard*, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, § 193, Rn. 2.
[847] Vgl. zu dieser Terminologie OLG Dresden, ZUM 2003, 231 (234).

gerichtet sind.[848] Auch § 26 VerlG normiert nach ganz überwiegender Ansicht keinen Kontrahierungszwang, sondern konkretisiert lediglich den sich unmittelbar aus dem Verlagsvertrag ergebenden Überlassungsanspruch des Verfassers gegenüber dem Verleger.[849]

aa. Zwangslizenz

Exemplarisch für die urheberrechtlichen Zwangslizenzen soll § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG untersucht werden. Dieser gewährt Herstellern von Tonträgern einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Urheber eines Musikwerkes[850] auf Einräumung von Nutzungsrechten, wenn und soweit er solche bereits einem anderen Tonträgerhersteller übertragen hat.[851]

Der Anspruch aus § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG entsteht unmittelbar mit Einräumung einer Erstlizenz und entspricht dieser inhaltlich, erstreckt sich aber nicht auf die dafür vereinbarte Vergütung, sondern nach dem Gesetzeswortlaut auf angemessene Konditionen[852]. Subjektiv hat der Urheber bei Übertragung einer Erstlizenz zwar keine *generelle Abschlussbereitschaft* im obigen Sinne[853], da damit nicht zwingend der Wille einhergeht, auch weiteren Tonträgerherstellern entsprechende Nutzungsrechte einzuräumen. Dennoch lässt die Gewährung einer Erstlizenz eine maßgebliche Parallele zum Willensstadium der *generellen Abschlussbereitschaft* erkennen und sich darin von der *gegenläufigen Willensbetätigung*[854] abgrenzen: Durch den Entschluss, das Musikwerk nicht selbst auf Tonträgern zu verwerten und zu vervielfältigen, sondern dieses Recht dem Erwerber der Erstlizenz zu übertragen, begibt sich der Urheber – im Rahmen des eingeräumten Nutzungsrechts – freiwillig des Ausschließlichkeitsrechts über sein Musikwerk.[855] Diese – zumindest teilweise – Aufgabe der eigenen exklusiven Dispositionsbefugnis lässt sich vergleichen mit dem Entschluss eines Anbieters, seine Waren

---

[848] In diesem Sinne *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 131; *Wolff,* Zwangslizenzen, S. 46 f., 51; a.A. ohne Begründung *Kilian,* AcP 180 (1980), 47 (54) zu § 15 PatG i.d.F. vom 02.01.1968 sowie zu § 11a GebrMG i.d.F. vom 02.01.1968.

[849] *Schricker,* VerlagsR, § 26 VerlG, Rn. 1 m.w.N.; a.A. ohne Begründung *Kilian,* AcP 180 (1980), 47 (54).

[850] Bzw. gemäß § 42a Abs. 4 UrhG gegen den Erwerber der Erstlizenz, sofern dessen Nutzungsrecht ausschließlicher Natur ist.

[851] Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist als gering anzusehen, vgl. *Schmid/Wirth,* in: Schmid/Wirth/Seifert, UrhG, § 42a, Rn. 2, da die Nutzungsrechte an einem Musikstück zumeist der *GEMA* als Verwertungsgesellschaft übertragen werden, was gemäß § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 1 UrhG eine Zwangslizenz gegen den Urheber ausschließt. In diesen Fällen ist vielmehr die Verwertungsgesellschaft selbst gemäß § 11 Abs. 1 UrhWahrnG zur Einräumung von Nutzungsrechten an interessierte Verwerter verpflichtet.

[852] Vgl. hierzu im Einzelnen *Wolff,* Zwangslizenzen, S. 61.

[853] S.o. 4. Kap. III 1 a bb 1.

[854] S.o. 4. Kap. III 1 a bb 2.

[855] *Wolff,* Zwangslizenzen, S. 60.

oder Dienstleistungen der Öffentlichkeit zum Geschäftsabschluss zur Verfügung zu stellen. An beide Entscheidungen knüpft das Gesetz in bestimmten Fällen mittels besonderen Kontrahierungszwangs die Verpflichtung, alle berechtigten Nachfrager sachlich gleich zu behandeln, mithin im Falle des § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG auch anderen Herstellern von Tonträgern entsprechende Nutzungsrechte einzuräumen. Zur Wahrung der kulturellen Vielfalt und zur Herausbildung eines adäquaten Marktpreises sollen dadurch weitere Musikproduzenten entsprechende Lizenzen beanspruchen und so verhindern können, dass der Inhaber der Erstlizenz die ausschließliche Interpretations- und Preisgestaltungsfreiheit über das jeweilige Musikwerk als kulturelles Gut erhält.[856] Entsprechend der vorgenommenen Abgrenzung von *gegenläufiger Willensbetätigung* und *genereller Abschlussbereitschaft*[857] entsteht der Anspruch anderer Tonträgerhersteller auf Einräumung von Nutzungsrechten nicht erst mit ihrer sachwidrigen Verweigerung, sondern bereits unmittelbar durch Gewährung einer Erstlizenz.

Die Zwangslizenz nach § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG hat damit zum einen zur Aufgabe, die interpretatorische Variationsbreite des einzelnen geschützten Werkes und somit die kulturelle Vielfalt auf dem Musiksektor insgesamt zu wahren; zum anderen soll durch die Einräumung von Nutzungsrechten an andere Tonträgerhersteller die faktische Monopolstellung einzelner Musikproduzenten verhindert und für das jeweilige Musikwerk ein preisregulierender Wettbewerb geschaffen werden.[858] Dieses bestätigt die oben getroffene Annahme[859], dass die Zwangslizenz nach § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG der Regulierung einer gesetzlich geschaffenen Marktlage dient, konkret des Urheberrechts als Rechtsinstitut, aufgrund dessen der Urheber eines (Musik-)Werkes überhaupt erst in die rechtliche Lage versetzt wird, nach Maßgabe von §§ 31 ff. UrhG Nutzungsrechte einzuräumen oder zu verweigern.

Die Zwangslizenzen nach §§ 5 Abs. 3 S. 2, 3; 87 Abs. 5 UrhG; § 11 Abs. 1 WahrnG sind strukturell und funktional mit Zwangslizenzen nach § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG vergleichbar. Auch sie entstehen bereits durch einen Akt der Öffentlichmachung – nicht erst mit sachwidriger Verweigerung der Lizenzierung – und sie dienen der Vermeidung von Machtmissbrauch durch den Inhaber des Urheber- oder Leistungsschutzrechts bzw. der Verwertungsgesellschaft und damit als Korrektiv deren urheberrechtlicher Marktstellung.

---

[856] *Wolff*, Zwangslizenzen, S. 58 f.
[857] S.o. 4. Kap. III 1 a bb.
[858] *Wolff*, Zwangslizenzen, S. 58 f.
[859] S.o. 4. Kap. III 3 b aa 3.

bb. Wahrnehmungszwang

Eine andere Form von Abschlusszwang im Bereich des Urheberrechts bildet der Wahrnehmungszwang nach § 6 Abs. 1 S. 1 WahrnG. Danach sind Verwertungsgesellschaften gegenüber Rechteinhabern verpflichtet, auf Verlangen die zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörenden Rechte und Ansprüche zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen. Während § 11 Abs. 1 WahrnG die Verwertungsgesellschaft nach außen gegenüber dem Nutzer verpflichtet, betrifft § 6 Abs. 1 S. 1 WahrnG das Innenverhältnis zum Urheber. Die Verwertungsgesellschaft unterliegt damit einem doppelseitigen Kontrahierungszwang.

Der Wahrnehmungszwang ist auf Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags gerichtet, mit dem der Verwertungsgesellschaft Nutzungsrechte an dem geschützten Werk eingeräumt werden; diese hat sie treuhänderisch und fremdnützig auszuüben, indem sie die Nutzung des geschützten Werkes durch Dritte vermittelt und überprüft[860]. Voraussetzung für die Begründung des Wahrnehmungszwangs ist, dass ein nach Maßgabe von § 6 Abs. 1 S. 1 WahrnG berechtigter Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte seine Rechte oder Ansprüche – aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen[861] – nicht selbständig wahrnehmen kann. Der Abschlussanspruch gegen die zuständige Verwertungsgesellschaft besteht kraft Gesetzes, mithin bereits im Willensstadium der *generellen Abschlussbereitschaft* der nach §§ 1 ff. WahrnG erlaubterweise tätigen Verwertungsgesellschaft.

Die Funktion des Wahrnehmungszwangs nach § 6 Abs. 1 S. 1 WahrnG erschließt sich vor dem Hintergrund, dass bestimmte Urheberrechte faktisch oder kraft Gesetzes nur von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden können.[862] Der Rechteinhaber ist mithin in vielen Fällen auf deren Tätigwerden angewiesen, insbesondere weil Verwertungsgesellschaften in Deutschland – mit Ausnahme der Filmverwertungsgesellschaften – eine faktische Monopolstellung inne haben.[863] Der Wahrnehmungszwang ist damit ebenfalls marktbezogener Natur. Er soll die praktische Realisierbarkeit des Urheberrechts sicherstellen, indem er Verwertungsgesellschaften zum Vertragsabschluss verpflichtet und den fehlenden Wettbewerb unter ihnen ausgleicht.

---

860 *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 6 UrhWG, Rn. 3.
861 Vgl. hierzu *Seifert*, in: Schmid/Wirth/Seifert, UrhG, § 6 UrhWahrnG, Rn. 5 ff.
862 Vgl. ebenda.
863 *Seifert*, in: Schmid/Wirth/Seifert, UrhG, § 6 UrhWahrnG, Rn. 3.

e. Post- und Telekommunikationsrecht

Besondere Kontrahierungspflichten finden sich des Weiteren auf dem Post- und Telekommunikationssektor. Im Postwesen ist sowohl die Erbringung von Universaldienstleistungen gegenüber Kunden nach § 18 Abs. 1 PostG i.V.m. § 3 PDLV als auch das Angebot von Teilleistungen gegenüber Kunden und Mitbewerbern nach § 28 Abs. 1 S. 1, 2 PostG durch Abschlusspflicht geregelt. Auf dem Telekommunikationssektor werden die Unternehmen den Endnutzern gegenüber nach § 84 Abs. 1 TKG ebenfalls mittels Kontrahierungszwangs zur Erbringung von Universaldienstleistungen verpflichtet.[864] Keinen Kontrahierungszwang, sondern einen privatrechtsbegründenden Verwaltungsakt normiert hingegen nach ganz überwiegender Auffassung[865] § 25 Abs. 1 S. 1 TKG, der die Bundesnetzagentur unter bestimmten Voraussetzungen ermächtigt, den Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen anzuordnen.

aa. Universaldienst im Postwesen

Gemäß § 18 Abs. 1 PostG i.V.m. § 3 PDLV sind Postdienstleister bei der Erbringung von verpflichtenden Universaldienstleistungen dem Kunden gegenüber kontrahierungspflichtig. Der Universaldienst umfasst nach § 11 Abs. 1 PostG ein Mindestangebot an Postdienstleistungen i.S.v. § 4 Nr. 1 PostG, welche flächendeckend in einer bestimmten Qualität und zu einem erschwinglichen Preis erbracht werden, nach § 5 Abs. 1 PostG lizenzpflichtig sind bzw. zumindest teilweise beförderungstechnisch gemeinsam mit lizenzpflichtigen Postdienstleistungen erbracht werden können und allgemein als unabdingbar angesehen werden. § 3 PDLV räumt dem Kunden gegen das nach Maßgabe von §§ 13, 14 oder § 56 PostG verpflichtete Unternehmen ein subjektives, einklagbares Recht auf Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags über die begehrten Universaldienstleistungen ein.[866] Dieser Abschlussanspruch wird auf erste Anforderung fällig, sobald also der nach § 1 Abs. 1 PDLV berechtigte Kunde die Erbringung einer Universaldienstleistung von dem verpflichteten Unternehmen verlangt.

Die Aufgabe des Kontrahierungszwangs nach § 3 PDLV erhellt sich vor dem Hintergrund des Spannungsverhältnisses von Privatisierungsgebot nach Art. 87f Abs. 2 GG und Infrastruktur-

---

[864] *Cornils,* in: Geppert u.a., TKG, § 84, Rn. 2.

[865] BVerwGE 120, 263 (267) zu § 37 Abs. 1 TKG a.F.; *Piepenbrock/Attendorn,* in: Geppert u.a., TKG, § 25, Rn. 59; a.A. *Kühling/Elbracht*, Telekommunikationsrecht, Rn. 163.

[866] *Stern,* in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern, PostG, Anh. § 18, § 3 PDLV, Rn. 5, 11.

gewährleistungsauftrag des Bundes nach Art. 87f Abs. 1 GG. Unterstellt der Staat eine Aufgabe von elementarem öffentlichen Interesse, wie die des Postwesens, der Privatwirtschaft, so hat er für die Aufrechterhaltung des zur Daseinsvorsorge erforderlichen Niveaus Sorge zu tragen.[867] Auf dem Postsektor hat sich der Staat zur Gewährleistung der Universaldienstleistungen u.a. des in § 3 PDLV normierten Kontrahierungszwangs bedient,[868] der damit vorwiegend gemeinwohlorientierten Charakter hat.

Der Regelung des § 3 PDLV strukturell und funktional vergleichbar ist § 84 Abs. 1 TKG, der Endnutzern auch für Universaldienstleistungen im Bereich der Telekommunikation einen Rechtsanspruch gegen deren Anbieter einräumt.

bb. Angebot von Teilleistungen

Weitere Kontrahierungspflichten auf dem Postsektor finden sich in § 28 Abs. 1 S. 1, 2 PostG. Danach hat der Lizenznehmer, der einen Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen beherrscht, auf Nachfrage gesonderte Teilleistungen anzubieten, sofern ihm dieses wirtschaftlich zumutbar ist und kein Ausschlussgrund nach § 28 Abs. 1 S. 3 PostG vorliegt. Die Teilleistungspflicht erstreckt sich darauf, dem Kunden und – unter den engeren Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 2 PostG – auch anderen Anbietern von Postdienstleistungen die Möglichkeit einzuräumen, „Teile der Wertschöpfungskette […] in Eigenleistung zu erbringen und damit existierende Vorteile der Arbeitsteilung zu nutzen“[869]. Teilleistungsfähig sind daher nur Arbeitsschritte im Rahmen des Beförderungsauftrags, d.h. weder Vor- und Nachbereitungsleistungen noch solche Eigenleistungen, durch die beim marktbeherrschenden Teilleister keine oder nur geringfügige Kosteneinsparungen erzielt werden.[870] Zu differenzieren ist die Teilleistungspflicht von der Kontrahierungspflicht: Mit nachhaltiger – nicht nur vereinzelter – Nachfrage nach einer konkreten Teilleistung wird der Lizenznehmer teilleistungspflichtig und muss die nachgefragte Teilleistung gesondert in sein Programm aufnehmen.[871] Erst wenn die nachfragenden Kunden bzw. Mitbewerber daraufhin die Erbringung dieser gesondert angebotenen Teilleistung verlangen, wird der Lizenznehmer kontrahierungspflichtig.

---

[867] Im Einzelnen hierzu *Heßlinger*, Regulierungsverantwortung des Bundes aus Art. 87f. Abs. 1 GG, S. 20 ff.

[868] Im Einzelnen hierzu sowie zu weiteren Mitteln der Universaldienstgewährleistung *Heßlinger*, Regulierungsverantwortung des Bundes aus Art. 87f. Abs. 1 GG, S. 64 ff. (73).

[869] Regierungsbegründung vom 30.05.1997, BTDrucks 13/7774, S. 27.

[870] *Gerstner*, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern, PostG, § 28, Rn. 28 ff.; *Rasch*, Wettbewerb durch Netzzugang?, S. 89 f.

[871] *Gerstner*, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern, PostG, § 28, Rn. 57 f., 74, 80.

Der Gesetzgeber verfolgt mit den Teilleistungsansprüchen nach § 28 Abs. 1 S. 1 PostG und § 28 Abs. 1 S. 2 PostG zwei unterschiedliche Ziele: Ersterer soll dem Kunden die Möglichkeit zu kostensparenden Eigenleistungen einräumen, während der marktbeherrschende Postdienstleister dafür zur Vorhaltung von Schnittstellen und Preisnachlässen angehalten werden soll.[872] Hier stehen mithin Aspekte des Verbraucherschutzes und damit leistungsbezogene Aufgaben im Vordergrund.[873] Der Teilleistungsanspruch aus § 28 Abs. 1 S. 2 PostG dient demgegenüber der Sicherstellung von Wettbewerb trotz monopolistischer *Bottleneck-Ressource* beim Marktbeherrscher.[874] Dieser wird nach dem Grundsatz der *essential-facilities-doctrine*[875] dazu verpflichtet, anderen – nicht marktbeherrschenden – Postdienstleistern solche Teilleistungen zur Verfügung zu stellen, die für die Erbringung nachgelagerter Leistungen zwingend notwendig und nicht anderweitig zu wirtschaftlich sinnvollen Konditionen zu beziehen sind, so dass nicht nur der betroffene Wettbewerber, sondern der Wettbewerb auf dem Markt an sich behindert wird[876]. Der Teilleistungsanspruch der Mitbewerber aus § 28 Abs. 1 S. 2 PostG hat damit eine primär marktbezogene Funktion.

f. Recht der Sparkassen

Nach den Sparkassengesetzen und -verordnungen einiger Bundesländer sind deren öffentlich-rechtlich organisierte Sparkassen[877] auf Verlangen zur Führung eines Girokontos auf Guthabenbasis verpflichtet.[878] Da dem notwendigerweise der Abschluss eines Girovertrags vorauszugehen hat, sind die betroffenen Sparkassen kontrahierungspflichtig.[879] Der Abschlussanspruch besteht gegenüber allen natürlichen Personen aus dem jeweiligen Gewährträgergebiet[880] und wird auf erstes Anfordern des Berechtigten fällig.

---

872 Vgl. Regierungsbegründung vom 30.05.1997, BTDrucks 13/7774, S. 27.

873 *Rasch*, Wettbewerb durch Netzzugang?, S. 92.

874 Vgl. Regierungsbegründung vom 30.05.1997, BTDrucks 13/7774, S. 27.

875 S.o. 2. Kap. III 1 a.

876 Vgl. *Gerstner*, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern, PostG, § 28, Rn. 7, 76, 96 f.

877 Im Gegensatz zu den freien Stadtsparkassen, vgl. *Kaiser*, VuR 2000, 335.

878 Vgl. etwa § 5 Abs. 2 SpkG NRW vom 18.11.2008 (GVBl. S. 696); § 32 Nr. 1 SpkG S-Anh i.d.F. vom 02.02.2011 (GVBl. S. 58, 60) i.V.m. § 5 SpkVO S-Anh vom 21.05.2003 (GVBl. 2003, S. 116); § 12 Abs. 2 ThürSpkVO vom 01.07.1999 (GVBl. S. 438); § 32 Abs. 1 Nr. 1 SpkG Brdbg vom 26.06.1996 (GVBl. I S. 210) i.V.m. § 5 SpkV Brdbg vom 05.04.2006 (GVBl. II S. 88); § 2 Abs. 4 SparkG HE i.d.F. vom 24.02.1991 (GVBl. I S. 78); Art. 20 Abs. 1 Nr. 1 SpkG Bay i.d.F. vom 01.10.1956 (GVBl. S. 187) i.V.m. § 5 Abs. 2 SpkVO Bay vom 21.04.2007 (GVBl. S. 332).

879 Ausführlich hierzu *Niekiel*, Girokonto, S. 88 ff.

880 *Günnewig*, ZIP 1992, 1670; *Niekiel*, Girokonto, S. 89 ff.; *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 47.

Mit dem Kontrahierungszwang der Sparkassen soll dem hohen Stellenwert des bargeldlosen Zahlungsverkehrs für die aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben Rechnung getragen werden.[881] Die Sparkassen als „Einrichtungen staatlicher Daseinsvorsorge“[882] erfüllen damit eine Grundsicherungsaufgabe, sind also aufgrund ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags sowie ihres Leistungsangebots abschlusspflichtig.[883] Dem Kunden sind insbesondere der Empfang von Gutschriften, die Vornahme von Überweisungen sowie Ein- und Auszahlungen von Bargeld zu ermöglichen, nicht dagegen die Überziehung seines Kontos[884].

Neben diesem leistungsbezogenen Aspekt ist eine marktbezogene Funktionskomponente des Abschlusszwangs der Sparkassen nicht ersichtlich. Diese haben weder eine marktbeherrschende Stellung inne, da eine Vielzahl privatrechtlicher Geldinstitute den Kunden vergleichbare Leistungen anbietet,[885] noch ist der Kunde gerade auf den Vertragsabschluss mit der kontrahierungspflichtigen Sparkasse angewiesen, seitdem praktisch alle privaten Banken aufgrund einer freiwilligen Selbstverpflichtung ein „Girokonto für jedermann“[886] bereithalten.

Strukturell und funktional vergleichbar ist der in einigen Bundesländern normierte Kontrahierungszwang der Sparkassen zur Entgegennahme von Spareinlagen[887]. Auch er entsteht unmittelbar mit dem Abschlussverlangen des Interessenten und dient der gemeinwohlorientierten Aufgabe der Sparkassen, den „Sparsinn der Bevölkerung“ zu pflegen und ihr „Gelegenheit zur sicheren und verzinslichen Anlegung von Ersparnissen und anderen Geldern“ zu geben.[888]

g. Notar- und Rechtsanwaltsrecht

Auf dem Gebiet der Rechtspflege sind Notare und Rechtsanwälte bei Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit unter bestimmten Umständen kontrahierungspflichtig.

---

881 *Günnewig,* ZIP 1992, 1670; *Kaiser,* VuR 2000, 335.

882 BGH NJW 1991, 978; vgl. auch *Niekiel,* Girokonto, S. 197, 219.

883 *Busche,* Privatautonomie, S. 635; *Günnewig,* ZIP 1992, 1670.

884 *Niekiel,* Girokonto, S. 92; *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 47.

885 *Niekiel,* Girokonto, S. 176 ff. m.w.N.

886 Entsprechend der Empfehlung des Zentralen Kreditausschusses als Zusammenschluss der fünf Spitzenverbände der deutschen Kreditwirtschaft aus dem Jahr 1995. Vgl. den vollständigen Empfehlungstext unter http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de/die-deutsche-kreditwirtschaft/kontofuehrung/konto-fuer-jedermann/empfehlung.html, letzter Aufruf am 13.03.2012.

887 Vgl. etwa § 5 Abs. 1 SpkG NRW vom 18.11.2008 (GVBl. S. 696); § 12 Abs. 2 ThürSpkVO vom 01.07.2009 (GVBl. S. 400); Art. 20 Abs. 1 Nr. 1 SpkG Bay i.d.F. vom 01.10.1956 (GVBl. S. 187) i.V.m. § 5 Abs. 1 SpkVO Bay vom 21.04.2007 (GVBl. S. 332).

888 Vgl. Art. 2 Abs. SpkG Bay i.d.F. vom 01.10.1956 (GVBl. S. 187).

aa. Notarrecht

Der Notar unterliegt gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO einer Urkundsgewährungspflicht, darf demnach Urkundstätigkeiten nach §§ 20 - 22 BNotO[889] nicht ohne ausreichenden Grund verweigern. Aus dem Verweigerungsverbot folgt im Umkehrschluss ein Abschlussgebot[890], welches immer dann greift, wenn dem Notar für die beantragte Beurkundung keine Versagungsgründe materiell-rechtlicher oder dienstrechtlicher Art zur Seite stehen[891]. Dazu zählen beispielsweise die Sittenwidrigkeit oder wirtschaftliche Sinnlosigkeit des zu beurkundenden Vertrags[892] und die Unvereinbarkeit mit den Amtspflichten eines Notars gemäß § 14 Abs. 2 BNotO. Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen besteht die Vertragsabschlusspflicht des Notars kraft Gesetzes und wird durch das Ansuchen des Klienten fällig. Die *generelle Abschlussbereitschaft* entspricht dabei der Amtsbereitschaft und -fähigkeit des Notars, bei deren Vorliegen er in angemessener Zeit tätig werden muss[893].

Die Urkundsgewährungspflicht des Notars hat sowohl markt- als auch leistungsbezogene Aufgaben: Zum einen hat der Staat die hoheitliche Aufgabe der Urkundstätigkeit den Notaren nahezu ausschließlich übertragen, mit der Folge, dass sie auf dem Gebiet des Beurkundungswesens eine annähernd monopolistische Stellung inne haben, der die Regelung des § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO Rechnung trägt[894]. Darüber hinaus ist die vorsorgende Rechtspflege durch den Notar Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge und soll als solche dem Rechtsuchenden gegenüber sichergestellt werden.[895]

bb. Rechtsanwaltsrecht

Rechtsanwälte sind nach Maßgabe der §§ 48 ff. BRAO zur Mandatsübernahme und damit zum Abschluss eines Anwaltsvertrags[896] verpflichtet. Die Übernahmepflichten betreffen Fälle gerichtlicher Beiordnung und Bestellung, etwa als Pflichtverteidiger gemäß §§ 140 ff. StPO, bei Prozesskostenhilfebewilligung nach § 121 ZPO sowie gemäß § 49a BRAO im Rahmen

---

889 *Sandkühler,* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 15, Rn. 14 ff.

890 A.A. *Busche,* Privatautonomie, S. 112 (Fn. 9), wonach die Verpflichtung des Notars nicht auf Vertrag beruht, sondern unmittelbar aus dem Justizgewährungsanspruch folgt.

891 *Winkler,* BeurkG, § 4, Rn. 2.

892 *Winkler,* BeurkG, § 4, Rn. 28 f.

893 Vgl. *Sandkühler,* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 15, Rn. 47.

894 *Sandkühler,* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 15, Rn. 7.

895 *Godl,* Notarhaftung im Vergleich, S. 6; vgl. auch § 4 BNotO.

896 Dazu, dass allein die gerichtliche Bestellung oder Beiordnung keinen Anwaltsvertrag begründet, RGZ 103, 340 (343); BGHZ 30, 226 (230); 60, 255 (258); *Hartstang,* Anwaltsrecht, S. 439.

von Beratungshilfe nach dem BerHG.[897] Die genannten Kontrahierungspflichten bestehen kraft Gesetzes und werden mit der gerichtlichen Beiordnung bzw. Bestellung des Rechtsanwalts fällig.[898] Dass letztere zumeist von der Bereitschaft des Rechtsanwalts zur Mandatsübernahme abhängt,[899] ändert selbst dann nichts an der Qualifikation der Übernahmepflicht als Kontrahierungszwang, wenn der Rechtsanwalt sich auch vertraglich zur Mandatsübernahme verpflichtet hat[900]. In diesem Fall tritt die vertragliche Kontrahierungspflicht neben die gesetzliche Übernahmepflicht aus §§ 48 ff. BRAO.

Der Grundsatz der freien Mandatswahl nach § 44 BRAO wird durch §§ 48 ff. BRAO in solchen Konstellationen eingeschränkt, in denen zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ein besonderes öffentliches Interesse an juristischer Beratung und ggf. Vertretung oder Verteidigung des Rechtsuchenden besteht.[901] Es ist zum einen das anwaltliche Vertretungsmonopol vor Gericht, das einen derartigen Eingriff in die Vertrags- und Berufsfreiheit des Rechtsanwalts erfordert und zulässt,[902] zum anderen die staatlicher Fürsorgepflicht entspringende Aufgabe, eine geordnete Rechtspflege und ein rechtsstaatliches Verfahren gerade in den von §§ 48 ff. BRAO erfassten Fällen sicherzustellen.[903] Seine Mittellosigkeit bzw. sein – potenzielles – Unvermögen zur eigenen Verteidigung sollen dem Betroffenen nicht zum Nachteil gereichen und werden durch die Inpflichtnahme des Rechtsanwalts als unabhängigem Organ der Rechtspflege kompensiert. Den rechtsanwaltlichen Übernahmepflichten nach §§ 48 ff. BRAO kann daher sowohl eine marktbezogene als auch eine leistungsbedingt gemeinwohlorientierte Aufgabe[904] zugeschrieben werden.

---

[897] Vgl. hierzu ausführlich *Hartstang*, Anwaltsrecht, S. 439 ff.; a.A. zu § 121 ZPO *Völker/Zempel*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 121, Rn. 38.

[898] Vgl. *Böhnlein*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, § 48, Rn. 2, 6; *Hartstang*, Anwaltsrecht, S. 439; *Schultz*, in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, Zivilr. Haftung, Rn. 126.

[899] Vgl. etwa § 121 Abs. 1, 2 ZPO; § 4a Abs. 2 InsO; § 172 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO i.V.m. § 121 ZPO; § 379 Abs. 3 StPO i.V.m. § 121 ZPO; vgl. aber auch § 121 Abs. 5 ZPO.

[900] Vgl. zur Abgrenzung gesetzlicher von vertraglichen Kontrahierungspflichten bereits oben unter Kap. 4 III 1 a aa.

[901] *Vorwerk*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, Vor §§ 48, 49, 49a BRAO, Rn. 1; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 130.

[902] *Vorwerk*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, § 48, Rn. 2.

[903] *Böhnlein*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, § 49, Rn. 1 für die Pflichverteidigung.

[904] *Vorwerk*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, Vor §§ 48, 49, 49a BRAO, Rn. 1.

h. Mietrecht

Besondere Kontrahierungspflichten finden sich auch in § 575 Abs. 2, 3 BGB, wonach der Wohnungsmieter unter bestimmten Voraussetzungen die Fortsetzung eines befristet eingegangenen Mietverhältnisses und damit des Mietvertrags verlangen kann. Ein Zeitmietvertrag ist nur bei Vorliegen eines Befristungsgrundes nach Maßgabe von § 575 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam und gilt anderenfalls gemäß S. 2 auf unbestimmte Zeit geschlossen. Damit soll dem Erhaltungsinteresse des Mieters an dem Wohnraum Rechnung getragen und verhindert werden, dass Vorschriften zum Kündigungsschutz[905] und zur Zulässigkeit von Mieterhöhungen[906] durch Befristungen und Neuabschlüsse umgangen werden.[907] Hat der Vermieter jedoch einen schutzwürdigen Grund i.S.v. § 575 Abs. 1 S. 1 BGB für den Abschluss eines Zeitmietvertrags, etwa weil er die Mieträume nach Ablauf der Befristung selbst oder für einen Angehörigen nutzen oder aber sanieren will, so stellt das Gesetz diese Vorhaben des Vermieters über das Bestandsinteresse des Mieters, der sich von vornherein bewusst auf ein befristetes Mietverhältnis eingelassen hat.[908]

Mit § 575 Abs. 2, 3 BGB wird jedoch der Umstand berücksichtigt, dass der Befristungsgrund stets prognostischer Natur ist und bei seinem Wegfall kein schützenswertes Auflösungsinteresse seitens des Vermieters mehr besteht. Der Mieter kann daher gemäß § 575 Abs. 2 BGB vier Monate vor Ablauf der Befristung Auskunft binnen eines Monats über den Fortbestand des Befristungsgrundes verlangen, um sich rechtzeitig vor Ende des Mietverhältnisses um eine neue Unterkunft kümmern zu können. Kommt der Vermieter dieser Aufforderung nicht rechtzeitig nach, hat der Mieter gemäß § 575 Abs. 2 S. 2 BGB einen Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses um die Dauer der Verzögerung. Verzögert sich hingegen der Eintritt des Befristungsgrundes selbst oder entfällt er ganz, so kann der Mieter, dessen Bestandsinteresse nunmehr wieder über dem Auflösungsinteresse des Vermieters steht,[909] gemäß § 575 Abs. 3 S. 1, 2 BGB die befristete bzw. unbefristete Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen. Die Fortsetzungsverlangen aus § 575 Abs. 2 S. 2;

[905] Vgl. §§ 573 ff. BGB.
[906] Vgl. §§ 557 ff. BGB.
[907] *Häublein,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 575, Rn. 1.
[908] *Häublein,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 575, Rn. 15.
[909] Vgl. *Häublein,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 575, Rn. 3.

Abs. 3 S. 1, 2 BGB richten sich auf Abschluss eines Verlängerungsvertrags[910] und sind damit als besondere Kontrahierungspflichten zu klassifizieren[911].

Auf den ersten Blick erscheint zweifelhaft, ob diese besonderen Abschlusspflichten sich in die vorgenommene Kategorisierung von Kontrahierungszwang nach strukturellen und funktionalen Aspekten einfügen lassen. So ist der Vermieter trotz Wegfalls des Befristungsgrundes zum Ende der Befristung nicht notwendigerweise bereit, die Wohnung erneut oder fortgesetzt zu vermieten. Dieses wird erst recht für den Fall gelten, dass er lediglich die Mitteilung nach § 575 Abs. 2 BGB verzögert hat. Eine *generelle Abschlussbereitschaft* des Vermieters kann in den Fällen des § 575 Abs. 2 S. 2; Abs. 3 S. 1, 2 BGB jedoch durch die verzögerte Mitteilung bzw. durch die Verzögerung oder den Wegfall des Befristungsgrundes fingiert werden. Konnte der Vermieter einen Zeitmietvertrag nach Maßgabe des Gesetzes nur bei Vorliegen eines anerkannten Befristungsgrundes und zu den Bedingungen des § 575 Abs. 2, 3 BGB abschließen, so besteht bei deren Eintritt gleichsam eine gesetzlich fingierte Abschlussbereitschaft über einen Verlängerungsvertrag.

Bedenken bestehen vordergründig auch dagegen, den besonderen Kontrahierungspflichten aus § 575 Abs. 2 S. 2; Abs. 3 S. 1, 2 BGB eine markt- oder versorgungsbezogene Zweckbestimmung zuzuweisen. So dienen die Fortsetzungsansprüche des Mieters weder dem Ausgleich einer marktbedingten Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien noch der Sicherstellung einer allgemeinen Grundversorgungsaufgabe. Allerdings beruhen sie – ebenso wie die o.g. Kontrahierungspflichten eigener Art[912] – auf einem gesetzgeberischen Eingriff in den freien Waren- und Leistungsaustausch. Die gesetzliche Ermöglichung von Zeitmietverträgen zulasten des am langfristigen Bestand seiner Mietwohnung interessierten Mieters wird bei Wegfall des Befristungsgrundes und damit der Schutzbedürftigkeit der Vermieterinteressen durch die Kontrahierungspflichten des § 575 Abs. 2 S. 2; Abs. 3 S. 1, 2 BGB kompensiert. Insofern dienen diese – vergleichbar den §§ 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 PflVG; 42a UrhG – dem Ausgleich einer durch gesetzliche Reglementierung geschaffenen korrekturbedürftigen Marktlage.

---

[910] *Häublein*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 575, Rn. 34, 37 m.w.N.; *Rolfs*, in: Staudinger, BGB, § 575, Rn. 65; *Weidenkaff*, in; Palandt, § 575, Rn. 22.

[911] *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 72 f.; vgl. demgegenüber *Busche*, in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 109 – „das BGB [enthält] keine Vorschrift […], die explizit einen Kontrahierungszwang anordnet".

[912] S.o. 4. Kap. III 3 a aa 3.

Eine dem § 575 Abs. 2, 3 BGB vergleichbare Regelung trifft § 558 Abs. 1 BGB, nach der der Vermieter unter den gesetzlichen Voraussetzungen gegen den Mieter einen Anspruch auf Zustimmung zum Mieterhöhungsverlangen hat, welches er gemäß § 558b Abs. 1 S. 2 BGB erforderlichenfalls im Wege der Leistungsklage durchsetzen kann.[913] Keinen besonderen Kontrahierungszwang, sondern einen diktierten Vertrag normieren hingegen §§ 574 Abs. 1 S. 1; 574c i.V.m. § 574; § 575a i.V.m. § 574 BGB, was sich aus § 574a Abs. 2 S. 2 BGB folgern lässt, wonach eine gerichtliche Entscheidung durch Gestaltungsurteil ergeht.[914]

i. Kartellrecht

aa. Tatbestand

Auch ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1, 2 GWB kann gemäß § 33 GWB einen Kontrahierungszwang zur Folge haben. Im Unterschied zu den bisher untersuchten spezialgesetzlichen Abschlusspflichten wird dieser kartelldeliktische Anspruch allerdings nicht unmittelbar aufgrund eines Lebenssachverhaltes angeordnet, der generell eine markt- oder leistungsbedingte Abhängigkeit potenzieller Vertragspartner mit sich bringt. Vielmehr wird der Abschlussanspruch mittelbar über die Rechtsfolgen des § 33 GWB hergeleitet und setzt einen Verstoß des Verpflichteten gegen das kartellrechtliche Behinderungs- und Diskriminierungsverbot durch sachwidrige Vertragsverweigerung voraus.

Normadressaten des § 20 Abs. 1 GWB sind marktbeherrschende Unternehmen i.S.v. § 19 Abs. 2, 3 GWB, vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellte horizontale Kartelle[915], Preisbinder nach §§ 28 Abs. 2; 30 Abs. 1 S. 1 GWB sowie Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, von denen kleine oder mittlere Unternehmen nach Maßgabe von § 20 Abs. 2 GWB ohne ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeit abhängig sind. Anspruchsberechtigt sind gemäß § 20 Abs. 1 GWB „Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“. Dieses betrifft Unternehmen, die bei relativ grober Beurteilung auf einem Markt agieren, auf dem prinzipiell Un-

913 *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 72 f. m.w.N.

914 Vgl. *Häublein*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 574a, Rn. 9 m.w.N.; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 73 f. m.w.N.

915 *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 20 GWB, Rn. 11; *K. Westermann*, in: Münchener Kommentar, KartellR, § 20 GWB, Rn. 2.

ternehmen ihrer Tätigkeit und ökonomischen Gesichtspunkten nach dieselbe Grundfunktion ausüben wie der Verbotsadressat.[916]

§ 20 Abs. 1, 2 GWB erfasst zum einen die unbillige Behinderung, zum anderen die sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung des geschützten Unternehmens gegenüber gleichartigen Unternehmen (Diskriminierung). Maßgeblich für die Fragen der Unbilligkeit und der sachlichen Rechtfertigung sind die Einzelfallumstände, die Interessen der beteiligten Unternehmen sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem funktionierenden Wettbewerb.[917] Der Begriff der unbilligen Behinderung ist weit auszulegen und meint jedes unzulässige Verhalten, das negative Auswirkungen auf die Entfaltungsfreiheit des betroffenen Unternehmens im Wettbewerb hat.[918] Das Diskriminierungsverbot untersagt nicht die unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Unternehmen schlechthin, sondern nur eine solche ohne sachlichen Grund, z.B. künstliche Marktzugangsbarrieren durch Bezugs- und Liefersperren.[919]

bb. Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch

Als Rechtsfolge eines unter Verstoß gegen § 20 Abs. 1, 2 GWB verweigerten Vertragsabschlusses kann das behinderte oder diskriminierte Unternehmen nach h.M.[920] aus § 33 Abs. 1 S. 1 GWB bzw. aus § 33 Abs. 3 S. 1 GWB[921] u.a. einen Kontrahierungsanspruch haben. Im Unterschied zu allen bisher untersuchten Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs entsteht dieser jedoch nicht bereits kraft Gesetzes im Stadium der *generellen Abschlussbereitschaft* des verpflichteten Unternehmens, sondern erst mit unberechtigter Vertragsverweigerung. Das prinzipiell abschlusswillige Unternehmen lehnt einen ihm angetragenen Vertragsabschluss verbotenerweise ab und verhält sich damit gegenläufig zu seinem generellen Abschlusswillen. Erst dadurch wird der Kontrahierungsanspruch des unzulässigerweise abgewiesenen Unternehmens begründet. Der Abschlusszwang aus § 33 i.V.m. § 20 Abs. 1, 2 GWB unterscheidet sich mithin hinsichtlich seines Entstehungszeitpunktes von

---

916 BGHZ 101, 72 (79).

917 BGHZ 38, 90 (102); 107, 273 (280); *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 18.

918 Vgl. BGHZ 116, 47 (56 f.); *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 20, Rn. 67 ff.

919 *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 18.

920 Vgl. nur *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33, Rn. 46 m.w.N.

921 Streitig ist insoweit, ob sich die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch als Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 S. 1 GWB herleiten lässt oder sich nur bei schuldhaftem Verstoß als Schadensersatzanspruch aus § 33 Abs. 3 S. 1 GWB ergibt. Diese Herleitungsproblematik soll im Zusammenhang mit dem ebenfalls mittelbar angeordneten allgemeinen Kontrahierungszwang vertieft werden.

den bisher untersuchten besonderen Kontrahierungspflichten und dürfte insoweit dem allgemeinen Kontrahierungszwang folgen.

cc. Funktion

Seinem Normzweck nach dient das kartellrechtliche Behinderungs- und Diskriminierungsverbot sowohl dem Individualschutz als auch dem Institutionsschutz: Unternehmen der Marktgegenseite sowie im tatsächlichen oder möglichen Wettbewerb zum verpflichteten Unternehmen stehende Unternehmen sollen vor einem Ausnutzen der Marktmachtstellung bzw. des Abhängigkeitsverhältnisses geschützt werden; daneben dient die Regelung des § 20 Abs. 1, 2 GWB der Sicherung des Wettbewerbs, indem sie den Unternehmen eine größtmögliche Betätigungsfreiheit einräumen und die Märkte offenhalten soll.[922] § 20 Abs. 1, 2 GWB beinhaltet damit zweifelsohne eine marktbezogene Funktionskomponente. Demgegenüber spielt die konkret verweigerte Leistung weder für die Erfüllung des Tatbestands noch für die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch eine Rolle, da § 20 GWB unabhängig vom Leistungsgegenstand allein auf die konkrete Marktstellung des Normadressaten abstellt. Leistungsbezogene Aufgaben verfolgt das kartellrechtliche Behinderungs- und Diskriminierungsverbot mithin nicht.

Auch ein Schutz der Unternehmensintegrität[923] geht von § 33 i.V.m. § 20 Abs. 1, 2 GWB nicht aus. Zwar soll das kartellrechtliche Behinderungs- und Diskriminierungsverbot entsprechend dem oben erwähnten Individualschutzziel nicht nur die überragende Marktmacht einzelner Unternehmen bzw. ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Unternehmen kompensieren, sondern auch das Ausnutzen dieser Situation durch das mächtigere Unternehmen und damit kartellrechtlich missbräuchliche Verhaltensweisen verhindern[924]. Übergeordnet dient dieses Normziel jedoch nicht dem Schutz des sozialen Geltungsanspruchs des betroffenen Unternehmens, sondern der Teilhabe an einem funktionierenden Wettbewerb.

Im Hinblick auf seinen marktbezogenen Aufgabenbereich weist § 33 i.V.m. § 20 Abs. 1, 2 GWB eine wesentliche Parallele zu den übrigen herkömmlichen Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs auf: Untersagt ist die ungerechtfertigte Vertragsverweigerung bei genereller Angewiesenheit des Nachfragers auf die Leistung.

---

[922] *K. Westermann*, in: Münchener Kommentar, KartellR, § 20, Rn. 3.
[923] Vgl. hierzu die Nachweise unter Fn. 810.
[924] *Busche*, Privatautonomie, S. 304.

Strukturell und funktional vergleichbare, aber gegenüber § 20 Abs. 1, 2 GWB weniger bedeutsame Regelungen treffen § 33 i.V.m. 19 Abs. 1 GWB sowie § 33 i.V.m. § 20 Abs. 6 GWB, die als Rechtsfolge des Missbrauchs einer bestimmten Marktstellung ebenfalls mittelbar einen Kontrahierungszwang normieren[925].

Festzuhalten bleibt, dass die durch § 33 GWB vermittelten Abschlusspflichten innerhalb der herkömmlichen Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs insofern eine Sonderstellung einnehmen, als sie – bei ebenfalls marktbezogenem Aufgabenbereich – nicht bereits bei *genereller Abschlussbereitschaft*, sondern erst aufgrund einer pflichtwidrigen Vertragsverweigerung entstehen.

j. Deliktsrecht

Eine weitere besondere Vertragsabschlussverpflichtung vermittelt § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz.[926] Als Schutzgesetz kommt jede Rechtsnorm in Betracht, die den Schutz von Rechtsgütern oder Interessen Einzelner bezweckt, also neben öffentlichen Anliegen auch erkennbar Individualinteressen wahren soll.[927] Der Regelungsgehalt des jeweiligen Schutzgesetzes wird mittels § 823 Abs. 2 BGB in das Zivilrecht befördert und dessen Rechtsfolgenanordnung unterstellt.[928]

Vergleichbar dem Anspruch aus § 33 i.V.m. § 20 Abs. 1, 2 GWB besteht auch der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB nicht bereits kraft Gesetzes, sondern entsteht erst mit rechtswidriger gegen das Schutzgesetz verstoßender Vertragsverweigerung. Maßgeblich für die Funktionsbestimmung des Kontrahierungszwangs dürfte damit auch die Schutzrichtung der jeweils verletzten Norm sein. Als Schutzgesetze kommen nur solche Normen in Betracht, die zumindest auch das Vertragsbegründungsinteresse des Berechtigten zu schützen bestimmt sind und nicht ausschließlich andere Schutzziele verfolgt, wie etwa den Schutz der Ehre[929] oder gefährdeter Individualrechtsgüter eines Verunglückten[930]. Dieses gilt etwa für Art. 101, 102 AEUV[931], die

---

925 *Busche*, Privatautonomie, S. 306; *Dorß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 19, Rn. 168 zu § 20 Abs. 6 GWB.
926 S.o. 4. Kap. II.
927 *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823, Rn. 57; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 823, Rn. 43 f. Dazu, dass § 19 AGG nicht als Schutzgesetz in Betracht kommt, vgl. bereits oben 3. Kap. II 5 d.
928 *Busche*, Privatautonomie, S. 219.
929 Z.B. § 185 StGB.
930 Z.B. § 323c StGB, deren Schutzgesetzqualität indes streitig ist, vgl. die Nachweise bei *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823, Rn. 69.

als Bestandteil des EU-Wettbewerbsrechts marktbezogene Aufgaben verfolgen. Im Ergebnis lässt sich damit auch aus § 823 Abs. 2 BGB nur dann ein Kontrahierungszwang herleiten, wenn das einschlägige Schutzgesetz aus wettbewerblichen oder leistungsbezogenen Gründen gerade das Interesse des Vertragsbewerbers am begehrten Kontrakt schützt.

2. Grundzüge des besonderen Kontrahierungszwangs

Die herkömmlichen besonderen Abschlusspflichten zeichnen sich dadurch aus, dass der Anbieter entweder eine kompensationsbedürftige Marktstellung inne hat, wie beispielsweise bei § 28 Abs. 1 S. 2 PostG, dass die angebotene Leistung der Grundversorgung dient, wie etwa beim Kontrahierungszwang der Sparkassen, oder dass sogar beide Aspekte nebeneinander treten, wie bei § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG. Übergeordnet wird dem Berechtigten durch diese Kontrahierungspflichten die Teilhabe an solchen Leistungen gesichert, die ihm anderenfalls aufgrund der Wettbewerbslage möglicherweise vorenthalten blieben oder an denen generell ein gesteigerter, schützenswerter Bedarf besteht.

Die überwiegende Mehrheit der herkömmlichen besonderen Abschlusspflichten entsteht als *originäre Kontrahierungspflicht* unmittelbar aufgrund des Lebenssachverhaltes, aus dem sich die markt- oder leistungsbedingte Angewiesenheit des Nachfragers auf das angebotene Gut ergibt, und wird fällig, sobald dieser den Vertragsabschluss von dem generell vertragsgeneigten Anbieter verlangt.[932] Die *generelle Abschlussbereitschaft* des Anbieters lässt sich daher – entsprechend der ersten Arbeitsthese[933] – durchaus als charakteristisch für die Entstehung des spezialgesetzlichen Kontrahierungszwangs in seinen herkömmlichen Erscheinungsformen bezeichnen.

Abweichend hierzu werden die durch §§ 33 GWB; 823 Abs. 2 BGB vermittelten Kontrahierungspflichten nicht bereits durch die *generelle Abschlussbereitschaft* des Anbieters, sondern als *derivative Kontrahierungspflichten* erst durch dessen *gegenläufige Willensbetätigung* begründet. Diese Kontrahierungsansprüche sind (kartell-)deliktischer Natur und entstehen daher erst, wenn der Anbieter den ihm angetragenen Vertragsabschluss pflichtwidrig verweigert. Insofern weisen sie eine Parallele zu einem durch § 21 AGG vermittelten Abschlusszwang auf, welcher ebenfalls erst durch benachteiligende Vertragsverweigerung begründet wird.

---

[931] *Busche,* Privatautonomie, S. 292 zu Art. 81, 82 EGV a.F.; vgl. auch *Larenz/Wolf,* BGB-AT, § 34 IV 2 b, Rn. 36.
[932] Vgl. auch *Kilian,* AcP 180 (1980), 47 (54 f.); *Niekiel,* Girokonto, S. 74 f.
[933] S.o. 4. Kap. III 1 a cc.

III. Der allgemeine Kontrahierungszwang

1. Originärer Leistungsanspruch

Teilweise wird befürwortet, auch den allgemeinen Kontrahierungsanspruch im Wege der Rechtsfortbildung als originären Leistungsanspruch zu behandeln und entweder auf Art. 1 GG i.V.m. dem in Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 S. 1 GG verankerten Sozialstaatsprinzip,[934] auf eine Gesamtanalogie zu den spezialgesetzlich normierten Kontrahierungspflichten[935] oder aber auf eine *actio ad contrahendum* als eigenständigem Rechtsinstitut[936] zu stützen. Dieses werde der Natur des Kontrahierungsanspruchs als einem Primäranspruch auf Vertragsabschluss eher gerecht als seine derivative Herleitung aus dem Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* oder aus Sanktionen des Deliktsrechts.[937] Zudem sei es systemwidrig, den allgemeinen Kontrahierungszwang zur Marktregulierung oder zur Sicherstellung allgemeiner Grundversorgung als einen Anspruch teilhaberechtlicher Natur auf Sanktionen des abwehrrechtlichen Deliktsrechts zu stützen.[938] Lediglich ein abwehrrechtlich wirkender allgemeiner Kontrahierungszwang zum Schutz vor Diskriminierung sei im Deliktsrecht an richtiger Stelle verankert.[939]

Dabei wird jedoch verkannt, dass Voraussetzung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs stets die pflichtwidrige Vertragsverweigerung ist, die als verhaltensbezogene Komponente die markt-, leistungs- oder integritätsbezogene Komponente des allgemeinen Kontrahierungszwangs ergänzt. Für die Sanktionierung eines pflichtwidrigen Verhaltens ist das Deliktsrecht aber der richtige Ort, unabhängig davon, ob mit dem daraus folgenden Kontrahierungsanspruch die Teilhabe am Markt oder aber der Schutz vor Diskriminierung sichergestellt werden soll.

Gegen die Begründung von Vertragsabschlusszwang ohne einfachgesetzliche Grundlage spricht aber vor allem der allgemeine Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, der für Eingriffe in die grundrechtliche Freiheitssphäre des Bürgers ein Gesetz im formellen Sinne ver-

---

934 *Hackl,* Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, S. 30; *Neuner,* JZ 2003, 57 (61); vgl. auch *Ellenberger,* in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 10; *Larenz/Wolf,* BGB-AT, § 34 IV 2 a, Rn. 33.

935 *Ellenberger,* in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 10; *Grunewald,* AcP 182 (1982), 181 (191); *Kramer,* in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, Vor § 145, Rn. 14; *Larenz/Wolf,* BGB-AT, § 34 IV 2 a, Rn. 33; *Oechsler,* in: Staudinger, BGB, § 826, Rn. 433.

936 *Busche,* Privatautonomie, § 17 (S. 650 ff.) in Anschluss an *Flume,* BGB-AT II, S. 612 f.

937 *Busche,* Privatautonomie, S. 653 f. m.w.N.; *Neuner,* JZ 2003, 57 (61).

938 *Busche,* Privatautonomie, S. 654; *Grunewald,* AcP 182 (1982), 181 (196); *Neuner,* JZ 2003, 57 (61).

939 Vgl. *Busche,* Privatautonomie, S. 654.

langt[940]. Da Kontrahierungszwang einen massiven Eingriff in die Vertragsfreiheit des Verpflichteten bedeutet, dürfte keiner der genannten Ansätze für einen originären Leistungsanspruch ohne normative Grundlage diesem Grundsatz gerecht werden.[941]

2. Kontrahierungszwang aus *culpa in contrahendo*

Das in § 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB normierte Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* betrifft im weitesten Sinne das Stadium der Vertragsanbahnung[942]. Das hier zwischen den Verhandlungspartnern entstehende vorvertragliche Schuldverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass nach Aufnahme eines geschäftlichen Kontaktes ein – wirksamer – Vertragsabschluss noch nicht vorliegt und keine Primäransprüche begründet werden. Dennoch obliegen den Verhandlungspartnern in dieser Phase Pflichten, die gegenüber der deliktischen Haftung gesteigert sind, ohne vertraglicher Natur zu sein.[943] Die Parteien sind einander zu erhöhtem Integritätsschutz verpflichtet,[944] haben aber allein aufgrund des Scheiterns der Vertragsverhandlungen weder Anspruch auf Abschluss des anvisierten Vertrags noch auf Schadensersatz[945].

Führt dagegen eine Seite das Fehlschlagen der Verhandlungen bzw. eines wirksamen Vertragsabschlusses pflichtwidrig herbei, so kann darin je nach Intensität der Geschäftsbeziehungen eine Verletzung der Gegenseite in ihrem Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags liegen.[946] Die Streitfrage, ob eine vorvertragliche Pflichtverletzung auch einen Kontrahierungsanspruch zur Folge haben kann, wird in den Fallgruppen des willkürlichen Verhandlungsabbruchs sowie der schuldhaft hervorgerufenen Formnichtigkeit diskutiert. Der willkürliche Abbruch von Vertragsverhandlungen stellt indes das klassische Beispiel vorvertraglicher Diskriminierung dar,[947] erfasst also insbesondere den Fall, dass der Vertragsabschluss gerade

---

[940] BVerfGE 40, 237 (248 f.) – *Justizverwaltungsakt*; 84, 212 (226) – *Aussperrung*; 88, 103 (116) – *Streikeinsatz von Beamten*.

[941] So auch LG Stuttgart, NJW 1996, 3347 (3347 f.); *Klingenfuß,* Kontrahierungszwang, S. 179; *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 59 ff.

[942] Davon erfasst sind auch die – zeitlich nachgelagerten – Vertragsverhandlungen gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB sowie die im Auffangtatbestand des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB genannten ähnlichen geschäftlichen Kontakte, welche ebenfalls einen über ein rein soziales Verhältnis hinausgehenden Geschäftsverkehr voraussetzen, vgl. *Busche,* in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 68, 70.

[943] *Schiek,* Differenzierte Gerechtigkeit, S. 396 f.

[944] RGZ 95, 58 (60); 107, 357 (362); 120, 249 (251 f.); BGHZ 6, 330 (333); 66, 51 (54).

[945] BGH NJW 1996, 1884 (1885) – *Abbruch von Vertragsverhandlungen*; *Weber,* AcP 190 (1990), 390 (393 ff.).

[946] *Busche,* Privatautonomie, S. 144; *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 82 m.w.N.

[947] *Küpper,* Scheitern von Vertragsverhandlungen, S. 238; *Weber,* AcP 192 (1992), 390 (395 ff.).

aufgrund geschützter askriptiver Persönlichkeitsmerkmale des Interessenten verweigert oder vereitelt wird. Da dieser Fallgruppe für den Fortgang der Untersuchung die größere Bedeutung zukommen dürfte, soll an ihr Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge vorvertraglicher Pflichtverletzung exemplarisch analysiert werden.

a. Tatbestand

aa. Sachwidrige Vertragsverweigerung

Anknüpfungspunkt für die vorvertragliche Haftung wegen willkürlichen Abbruchs von Vertragsverhandlungen ist das widersprüchliche Verhalten des Verhandlungspartners, der den zunächst als sicher in Aussicht gestellten Vertragsabschluss anschließend aus sachwidrigen Gründen verweigert.[948] Der Vertragsinteressent ist in seinem Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags schutzwürdig, wenn dessen *essentialia negotii* feststehen und er berechtigterweise davon ausgehen darf, dass der Vertragsabschluss nicht mehr scheitern werde.[949] Das Vertrauensinteresse des Verhandlungspartners wird danach naturgemäß erst in einem sehr fortgeschrittenen Stadium der Vertragsverhandlungen von der vorvertraglichen Haftung erfasst, während sein Integritätsinteresse, also das Interesse am Erhalt und am Schutz vertragsfremder Rechtsgüter, bereits mit der Kontaktaufnahme der Parteien bzw. mit der Eröffnung des Geschäftsbetriebs für den allgemeinen Verkehr geschützt wird.[950] In Konsequenz führt eine Vertragsverweigerung im Vertragsanbahnungs- und frühen Verhandlungsstadium grundsätzlich nicht zur Haftung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung; der Anbieter ist also in diesem Zeitraum nicht gehindert, den Interessenten aus sachwidrigen Gründen zurückzuweisen.

bb. Vertragsverweigerung aufgrund askriptiver Persönlichkeitsmerkmale

Soweit die Zurückweisung eines Vertragsinteressenten jedoch wegen askriptiver Persönlichkeitsmerkmale erfolgt, hält *Dagmar Schiek*[951] dieses Ergebnis für unvereinbar mit den Wertungen des Art. 3 Abs. 3 GG und spricht sich rechtsfortbildend für einen vorvertraglichen Diskriminierungsschutz durch moderne Auslegung des geltenden Vertrags- und Quasiver-

---

[948] BGH DB 1969, 655; BGH NJW 1970, 1840 (1840 f.); 1975, 1774; *Hackl*, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, S. 50.

[949] BGH NJW-RR 2001, 381 (382); vgl. auch *Emmerich*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 311, Rn. 216.

[950] *Busche*, Privatautonomie, S. 144.

[951] Differenzierte Gerechtigkeit, S. 399 f.; so im Ergebnis, jedoch ohne dogmatische Begründung auch *Harke*, SchuldR-AT, Rn. 44 für den Bereich der Daseinsvorsorge.

tragsrechts aus. Neben einem Vorziehen der Grenze zwischen unverbindlichem und (vor-)vertraglich bindendem Verhalten[952] plädiert sie insbesondere für eine nahezu verschuldensunabhängige Einstandspflicht für diskriminierungsfreie Vertragsverhandlungen über öffentlich angebotene Leistungen[953].

Soweit *Schiek* den Anbieter öffentlicher Leistungen zeitiger nach § 145 BGB binden will, indem sie den Anwendungsbereich eines Angebots *ad incertam personam* zulasten des Anwendungsbereichs der *invitatio ad offerendum* ausweitet, bedarf es keines Rückgriffs auf das Rechtsinstitut Kontrahierungszwang; der Vertrag käme bereits ohne Weiteres durch die Annahmeerklärung der Gegenseite zustande.[954]

Soweit *Schiek* darüber hinaus aber den vorvertraglichen Pflichtenkreis von Anbietern öffentlicher Leistungen auf diskriminierungsfreies Verhalten erweitern will,[955] kommt ein Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge vorvertraglicher Pflichtverletzung grundsätzlich in Betracht. In Anknüpfung an die anerkannte Differenzierung in eine das Integritätsinteresse des Verhandlungspartners berührende (quasi-deliktische) und eine den anvisierten Vertrag betreffende (quasi-vertragliche) Pflichtverletzung will *Schiek*[956] die quasi-vertragliche Haftung für den Abbruch von Vertragsverhandlungen aus diskriminierenden Gründen auf das frühe Vertragsanbahnungsstadium ausdehnen und so der quasi-deliktischen Haftung angleichen. Auf diese Weise werde der Interessent vor einer Persönlichkeitsrechtsverletzung durch diskriminierende Vertragsverweigerung ebenso frühzeitig und wirkungsvoll geschützt wie vor einer Verletzung seiner übrigen Rechtsgüter im Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung.[957] Das Recht des Anbieters zur Abkehr als Ausfluss seiner negativen Vertragsfreiheit sieht *Schiek*[958] dadurch gewahrt, dass er zu Verhandlungsbeginn lediglich für nichtdiskriminierendes Verhalten einsteht, mithin den Vertragsabschluss zwar sachwidrig, jedoch nicht wegen eines askriptiven Persönlichkeitsmerkmals ablehnen darf. Verweigert der Anbieter den Vertragsabschluss dagegen in diskriminierender Weise, so führe der anzulegende objektivierte Verschuldens-

---

952 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 401 ff.; vgl. für den Bereich des Massenverkehrs auch *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 34 IV 2 a, Rn. 30.

953 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 406 f.

954 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 401.

955 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 403 ff.

956 Differenzierte Gerechtigkeit, S. 400, 403 ff.; vgl. zur quasi-deliktischen Haftung insbesondere BGH NJW 1962, 31 (32) – *Bananenschale*.

957 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 404 f.

958 Differenzierte Gerechtigkeit, S. 404.

maßstab zu einer nahezu verschuldensunabhängigen Haftung, da grundsätzlich die Absehbarkeit diskriminierender Wirkung angenommen werden könne.[959]

Nach *Schieks* modernisierender Auffassung soll eine diskriminierende Vertragsverweigerung mithin bereits im frühen Stadium der Anbahnung eines öffentlich offerierten Vertragsabschlusses den Tatbestand des § 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB erfüllen, konkret mit Eröffnung des Warenangebots für die Allgemeinheit.

cc. Stellungnahme

Ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet gegenüber der Gegenseite Rücksichtnahme-, Fürsorge- und Loyalitätspflichten[960] und dient damit dem gegenseitigen Vertrauensschutz in das Zustandekommen des Vertrags sowie der Unversehrtheit vertragsfremder Rechtsgüter. Unbeschadet bleibt insoweit das Recht jedes Verhandlungspartners, den Vertragsabschluss unbegründet oder auch aus sachwidrigen Gründen abzulehnen. Hat der verweigernde Vertragspartner bei der Gegenseite jedoch ein schutzwürdiges Vertrauen in das Zustandekommen des Vertrags hervorgerufen, so muss er ggf. den Schaden ersetzen, den der andere bereits in der sicheren Erwartung auf den Vertragsabschluss getätigt hat. Haftungsbegründend ist in diesem Fall jedoch nicht die Vertragsverweigerung an sich[961], sondern das Hervorrufen des – später enttäuschten – Vertrauens, der Vertragsabschluss werde nicht mehr willkürlich verweigert werden[962].

Etwas anderes dürfte mit *Schiek* allerdings gelten, wenn der Vertragsabschluss nicht nur aus sachwidrigen, sondern aus diskriminierenden Gründen abgelehnt wird. In dem Fall stellt die Vertragsverweigerung eine eigenständige Pflichtwidrigkeit durch Verletzung der persönlichen Integrität des Vertragsbewerbers dar, die gelegentlich des Vertragsabschlusses erfolgt und ebenso sanktionierbar ist wie die Verletzung anderer Rechtsgüter im Stadium der Vertragsanbahnung. Betroffen ist in dem Fall nicht das Vertrauensinteresse des Verhandlungspartners am Zustandekommen des anvisierten Vertrags; betroffen ist aber sein ebenfalls vom Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* geschütztes Integritätsinteresse am Erhalt und Schutz seiner

---

959 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 406 f.

960 Vgl. die Begründung zum Fraktionsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BTDrucks 14/6040, S. 163.

961 So aber BGH WM 1974, 508 (509); BGH ZIP 1989, 514 (515).

962 Ebenso *Busche*, Privatautonomie, S. 146 f.; *Harke*, SchuldR-AT, Rn. 45; *Küpper*, Scheitern von Vertragsverhandlungen, S. 275 ff.; *Müller*, DB 1997, 1905 (1907); *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1989, 1093 (1094, 1097); *Weber*, AcP 192 (1992), 390 (396 f.).

Rechtsgüter, mit denen der Vertragspartner anlässlich der Geschäftsaufnahme in Kontakt kommt.

Damit wird der Tatbestand der *culpa in contrahendo* sowohl durch das Hervorrufen eines tatsächlich unberechtigten Vertrauens in den späteren Vertragsabschluss als auch durch dessen diskriminierende Verweigerung erfüllt.

b. Rechtsfolge

Streitig ist jedoch, ob eine Haftung aus vorvertraglichem Verschulden im Falle einer willkürlichen respektive diskriminierenden Vertragsverweigerung einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses und damit möglicherweise auch auf Vertragsabschluss begründet oder ob allein das negative Vertrauen des zurückgewiesenen Verhandlungspartners ersatzfähig ist.

aa. Ersatz des positiven Interesses durch Kontrahierungszwang

Teilweise bejahen Rechtsprechung[963] und Literatur[964] bei willkürlicher Beendigung der Vertragsverhandlungen einen Anspruch der Gegenseite auf Abschluss des anvisierten Vertrags aus vorvertraglichem Verschulden. Der in seinem Vertrauen auf Vertragsabschluss Enttäuschte soll nach dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB[965] in wirtschaftlicher Hinsicht so zu stellen sein, wie er stünde, wenn der Vertrag wirksam zustande gekommen wäre. Ein Vertragsabschlusszwang komme danach in Betracht, wenn der Nichtabschluss ursächlich auf die Diskriminierung zurückzuführen sei.[966]

bb. Rechtsfolgenbeschränkung auf Vertrauensschaden

Überwiegend wird im Falle des willkürlichen Verhandlungsabbruchs dagegen eine Rechtsfolgenbeschränkung auf das negative Interesse angenommen und ein Kontrahierungsanspruch

---

[963] BGHZ 40, 23 (26); 108, 200 (207 f.); 120, 281 (284 f.); BGH BB 1974, 1039 (1040); BGH NJW 1965, 812 (814); 1993, 520 (521).

[964] *V. Craushaar*, JuS 1971, 127 (129 ff.); *Hackl*, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, S. 50 f.; *Hohloch*, NJW 1979, 2369 (2374) für Ausnahmefälle; *Larenz*, SchuldR-AT, § 9 I a 3 (S. 113); *Reichert*, Abschlusszwang, S. 142 f.; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 407 f.; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR-AT, Rn. 57; *Wolf*, in: Soergel, BGB, Vor § 145, Rn. 55; für vorsätzlichen Verhandlungsabbruch *Weber*, AcP 192 (1992), 390 (429 f.).

[965] Anders *v. Craushaar*, JuS 1971, 127 (129 ff.), der sich auf eine analoge Anwendung der §§ 116 S. 1; 179 Abs. 1 BGB stützt.

[966] *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 407.

als Ersatz des Erfüllungsinteresses aus *culpa in contrahendo* abgelehnt.[967] Zur Begründung wird angeführt, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit auch das Recht zum Verhandlungsabbruch aus sachwidrigen Gründen umfasse, zumal Vertragsverhandlungen naturgemäß die Gefahr des Fehlschlagens bürgen.[968] Die maßgebliche Pflichtverletzung liege daher nicht im willkürlichen Abbruch der Vertragsverhandlungen, sondern in der Vertrauensbildung auf den später verweigerten Vertragsabschluss.[969] Ein infolge eben dieses enttäuschten Vertrauens entstandener Schaden sei durch Ersatz des negativen Interesses auszugleichen; ein Kontrahierungsanspruch bzw. ein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch würden der beidseitigen Interessenlage im Stadium der Vertragsverhandlungen dagegen nicht gerecht werden und den Geschädigten besser stellen, als er ohne das ungerechtfertigte vertrauensbildende Verhalten des Anbieters gestanden hätte.[970]

cc. Stellungnahme

Ob eine willkürliche bzw. diskriminierende Vertragsverweigerung einen Kontrahierungsanspruch aus § 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zur Folge haben kann, lässt sich nur durch differenzierende Betrachtung der relevanten Pflichtverletzungen unter Anwendung des Grundsatzes der Naturalrestitution beantworten.

Betrachtet man die unberechtigte Vertrauensbildung als maßgebliche Pflichtverletzung, so ist der Interessent so zu stellen, als wäre ihm der verweigerte Vertrag nie in Aussicht gestellt worden; er könnte also Ersatz der im Vertrauen auf den Vertragsabschluss getätigten Aufwendungen, nicht aber Abschluss des begehrten Vertrags verlangen. Die spätere schlicht sachwidrige Vertragsverweigerung hätte daneben keine eigenständige haftungsauslösende Bedeutung mehr.

---

[967] *Bachmann*, ZBB 2006, 257 (259); *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 28; *Busche*, Privatautonomie, S. 143 ff. (151); *ders.*, in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 98; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (32); *Emmerich*, in: Münchener Kommentar, BGB, 2. Bd., § 311, Rn. 225; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 166 ff.; *Neuner*, JZ 2003, 57 (61); *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 82 ff.; *Weber*, AcP 192 (1992), 390 (428); mit Einschränkungen auch *Hart*, KritVj 1986, 211 (219); vgl. auch *Harke*, SchuldR-AT, Rn. 44 f. für Verträge außerhalb der Daseinsvorsorge.

[968] BGH NJW 1996, 1884 (1885) – *Abbruch von Vertragsverhandlungen*; *Busche*, Privatautonomie, S. 146 f.; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 167 f.; *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 81.

[969] *Busche*, Privatautonomie, S. 146 f.; *Harke*, SchuldR-AT, Rn. 45; *Müller*, DB 1997, 1905 (1907); *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR-AT, Rn. 34, 57; a.A. offenbar *Looschelders*, SchuldR-AT, Rn. 191.

[970] *Busche*, Privatautonomie, S. 147, 150.

Wird der Interessent dagegen aus diskriminierenden Gründen zurückgewiesen, so liegt darin eine Pflichtwidrigkeit, die gegenüber dem Hervorrufen ungerechtfertigten Vertrauens einen eigenständigen Unrechtsgehalt aufweist.[971] Betroffen ist insofern aber nicht das Vertrauen des Vertragsbewerbers in das Zustandekommen des Vertrags, sondern sein Interesse an der Integrität seiner Rechtsgüter, insbesondere seines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und seines Rechts auf Diskriminierungsfreiheit aus Art. 3 GG. Soweit der Vertragsbewerber durch die Zurückweisung in seinem persönlichen Achtungs- und Geltungsanspruch verletzt wird, lässt sich der erlittene immaterielle Schaden jedoch nicht durch Abschluss des begehrten Vertrags ausgleichen, sondern nur durch Widerruf oder Schmerzensgeld.[972]

Soweit der Zurückgewiesene dagegen in seinem Recht auf Diskriminierungsfreiheit verletzt ist, kommt ein Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge prinzipiell in Betracht.[973] Die Kompensation der Verletzung des vertragsfremden Intergritätsinteresses käme in diesem Fall dem Ersatz des positiven Interesses auf Vertragsabschluss gleich. Dieses Ergebnis ist jedoch weder mit der besonderen Interessenlage der Parteien im vorvertraglichen Stadium noch mit der Funktion der *culpa in contrahendo* vereinbar. Eine Haftung wegen vorvertraglichen Verschuldens respektiert die ausstehende Willenseinigung der Verhandlungspartner und schützt diese nur in ihrem Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags sowie gegen die Verletzung ihrer vertragsfremden Rechtsgüter. Käme der Schutz letzterer aber dem Ersatz des Erfüllungsinteresses gleich, würden diese Aufgabenbegrenzung der *culpa in contrahendo* und die ihr inhärente Rechtsfolgenbeschränkung auf den Vertrauensschaden unterlaufen. Damit kommen zur Kompensation einer Verletzung des Zurückgewiesenen in seinem Recht auf Diskriminierungsfreiheit nur Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses und Entschädigungsansprüche in Betracht.

Die Rechtsfolgenseite der *culpa in contrahendo* trägt somit einen Kontrahierungsanspruch weder wegen willkürlicher noch wegen diskriminierender Vertragsverweigerung. Gleiches muss im Ergebnis für die Fallgruppe der bewusst herbeigeführten Formnichtigkeit gelten. Denkt man nach dem Grundsatz der Naturalrestitution die die Formnichtigkeit nach § 125 BGB veranlassende Handlung hinweg, etwa die Täuschung des anderen Teils über die

---

[971] Vgl. auch *Weber*, AcP 192 (1992), 390 (395 f.).
[972] S.o. 5. Kap. III 3 b.
[973] S.o. 5. Kap. III 3 b cc; IV.

Formbedürftigkeit oder über die spätere Nachholung der erforderlichen Form, so ändert dieses für sich genommen nichts am nach wie vor formunwirksamen Vertrag.[974] Dieser müsste vielmehr unter Einhaltung der vorgeschriebenen Form erneut abgeschlossen werden, um deren Warn-, Beweis-, Beratungs- und Kontrollfunktion gerecht zu werden.[975]

c. Zwischenergebnis

Aus dem in § 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB kodifizierten Rechtsinstitut der Haftung aus vorvertraglichem Verschulden lässt sich aufgrund der ihm inhärenten Rechtsfolgenbeschränkung auf das negative Interesse ein allgemeiner Kontrahierungsanspruch nicht herleiten. Zwar erfüllen im Falle einer diskriminierenden Vertragsverweigerung sowohl das Hervorrufen ungerechtfertigten Vertrauens in das Zustandekommen des Vertrags als auch die spätere Zurückweisung des Verhandlungspartners wegen askriptiver Persönlichkeitsmerkmale jeweils für sich den Tatbestand der *culpa in contrahendo*. Allerdings begründet die auf Ausgleich des negativen Interesses gerichtete Haftung nach dem Grundsatz der Naturalrestitution weder für die eine noch für die andere Pflichtwidrigkeit einen Anspruch auf Vertragsabschluss. Dieses Ergebnis kann auf die Fallgruppe der bewusst herbeigeführten Formnichtigkeit übertragen werden.

3. Kontrahierungszwang aus unerlaubter Handlung

Seine Wurzeln hat der allgemeine Kontrahierungszwang in § 826 BGB als Rechtsfolge einer als sittenwidrige Schädigung qualifizierten Vertragsverweigerung.[976] Daneben wird auch § 823 Abs. 1 BGB als deliktische Rechtsgrundlage des allgemeinen Kontrahierungszwangs diskutiert. Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die genannten Rechtsgrundlagen einen Kontrahierungszwang tragen, im Weiteren wie er sich dogmatisch aus der Rechtsfolgenanordnung Schadensersatz herleiten lässt.

---

974 Hierzu ausführlich *Busche*, Privatautonomie, S. 147 ff. sowie mit a.A. *Hackl*, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, S. 52 ff.

975 Vgl. auch *Busche*, Privatautonomie, S. 147 f.

976 RGZ 132, 273 (276) – *Stromsperre II*; 133, 388 (392) – *Theaterkritiker*; 148, 326 (334) – *Wasserlieferung*; vgl. zur Entwicklung des allgemeinen Kontrahierungszwangs bereits oben 2. Kap. IV 2 b.

a. Rechtsgrundlagen

aa. Kontrahierungszwang aus § 823 Abs. 1 BGB

§ 823 Abs. 1 BGB wird in bestimmten Fallgruppen als Rechtsgrundlage des allgemeinen Kontrahierungszwangs diskutiert. Dazu zählen insbesondere der Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie die sog. Bewirtungsfälle.

(1) Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist ein gewohnheitsrechtlich anerkanntes sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB.[977] Ein Eingriff in dieses Recht muss unmittelbar betriebsbezogen sein, sich also als Eingriff in die Substanz der den Betrieb ausmachenden Sach- und Rechtsgesamtheit darstellen und sein ungestörtes Funktionieren beeinträchtigen.[978] Da auch geschäftliche Beziehungen zu Lieferanten einen wirtschaftlichen Wert für ein Unternehmen haben können, ist es denkbar, eine Vertragsverweigerung im Rahmen eines bestehenden Geschäftsverhältnisses als Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu erfassen.[979]

Diese Konstruktion stößt jedoch bereits auf Bedenken, wenn man sich den Abschluss eines Liefervertrags als Erweiterung des Unternehmensbestands vergegenwärtigt; eine vereinzelte Vertragsablehnung führt dann nicht zu einer Beeinträchtigung der Betriebssubstanz, sondern verhindert nur ihren Zuwachs.[980] Als Eingriff im o.g. Sinne ist eine Vertragsverweigerung allenfalls dann zu begreifen, wenn mit ihr ein vollständiger Abbruch der bestehenden Geschäftsbeziehung verbunden ist.

Dagegen wendet jedoch *Jan Busche*[981] zu Recht ein, dass allein aus einer unternehmerischen Betätigung kein deliktisch geschütztes Recht auf Vertragsabschluss erwachsen könne. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb folge aus der unternehmerischen Betätigungsfreiheit, welche durch das allgemeine Vertragsrecht ausgefüllt und begrenzt werde.[982] Damit und mit dem einer Marktwirtschaft innewohnenden Konkurrenzprinzip sei es

---

977 *Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 823, Rn. 187 ff.
978 BGHZ 111, 349 (356).
979 Vgl. BGHZ 36, 91 (94 f.) – *Gummistrümpfe*.
980 So auch *Belke*, Geschäftsverweigerung, S. 426, Fn. 3.
981 Privatautonomie, S. 218.
982 *Busche*, Privatautonomie, S. 218.

unvereinbar, Vertragsverweigerungen innerhalb eines bestehenden Geschäftsverhältnisses als unerlaubte Handlung anzusehen.[983] Dieses muss selbst dann gelten, wenn die Abschlussverweigerungen zum vollständigen Abbruch der Geschäftsbeziehung führen.

Der deliktische Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs findet damit dort seine Grenze, wo die unternehmerische Betätigungsfreiheit durch freie Vertrags(partner)wahl beginnt. Eine Vertragsverweigerung vermag auch im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen allenfalls unter den Voraussetzungen des § 826 BGB einen Kontrahierungszwang auszulösen.

(2) Bewirtungsfälle

In den sog. Bewirtungsfällen wird einer Person aus diskriminierenden – zumeist rassistischen – Gründen der Zutritt zu einer Gaststätte verwehrt.[984] Ob der Zurückgewiesene deshalb einen Anspruch auf Abschluss des begehrten Bewirtungsvertrags aus § 823 Abs. 1 BGB hat, ist umstritten.[985] Voraussetzung wäre die Verletzung eines durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechts sowie die Kompensierbarkeit dieser Verletzung durch Vertragsabschlusszwang.

Die Verweigerung eines Vertragsabschlusses[986] wegen bestimmter Persönlichkeitsmerkmale könnte den Vertragsbewerber in seinem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzen, das als sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB gewohnheitsrechtlich anerkannt ist[987]. In Betracht kommt konkret eine Verletzung des Betroffenen in seinem persönlichen Achtungs- und Geltungsanspruch sowie in seiner Vertragsfreiheit, welche als Ausfluss der persönlichen Entfaltungsfreiheit prinzipiell ebenfalls vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfasst wird[988].

---

983 Vgl. auch *Contzen*, Kontrahierungszwang, S. 32 ff.; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 182; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. UWG, Rn. 7.14; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, S. 36.

984 Vgl. zu derartigen Fallgestaltungen die Strafurteile BayObLG, JZ 1983, 463 f.; OLG Frankfurt a.M., NJW 1985, 1720 f.; ferner *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 275 ff.; *Kühner*, NJW 1986, 1397 ff.; *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 84; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, S. 147 f., 151.

985 Bejahend: *Delbrück*, in: FS Weber, S. 223 (233); ablehnend: *Busche*, Privatautonomie, S. 214 ff.; *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (48 ff.); *Kühner*, NJW 1986, 1397 (1401) zu § 826 BGB.

986 Insoweit weist *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (53) zutreffend auf die Verallgemeinerungsfähigkeit der Bewirtungsfälle hin, da es für die Annahme einer Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Vertragsverweigerung grundsätzlich nicht auf die Vertragsart ankommen kann.

987 Vgl. BGHZ 24, 72 (77); 26, 349 (354) – *Herrenreiter*; 39, 124 (129); *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (48, Fn. 131); *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 8 I 1 b, Rn. 3.

988 *Busche*, Privatautonomie, S. 215.

Soweit eine persönliche Herabwürdigung des Vertragsbewerbers durch oder anlässlich der Vertragsverweigerung in Betracht kommt, ist jedoch bereits festgestellt worden, dass Persönlichkeitsrechtsverletzungen zwar durch Entschädigungszahlungen und Widerruf, nicht aber durch Kontrahierungszwang kompensierbar sind.[989] Somit lässt sich ein allgemeiner Kontrahierungszwang aus § 823 Abs. 1 BGB nicht mit einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Interessenten begründen.[990]

Ein Kontrahierungszwang ließe sich aus § 823 Abs. 1 BGB daher nur herleiten, wenn die Vertragsbegründungsfreiheit des Interessenten zu den geschützten sonstigen Rechten der Norm zählte. Zwar erfasst das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner wirtschaftlichen Ausformung auch die freie Entfaltung durch Vertragsabschlüsse; da § 823 Abs. 1 BGB aber nur absolute Rechte schützt, erstreckt sich sein Schutzbereich lediglich auf solche Ausprägungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die dem Inhaber ein ausschließliches Recht gegen jedermann einräumen.[991] Dieses ist jedoch bei der Vertragsbegründungsfreiheit nicht der Fall, hätte es doch für seine positive Seite zur Konsequenz, dass ihr Inhaber einen Anspruch auf Vertragsabschluss mit jedem beliebigen Vertragspartner hätte, für seine negative Seite, dass jede sachlich nicht gerechtfertigte Vertragsverweigerung als unerlaubte Handlung einen Vertragsabschlusszwang auslösen würde; der Grundsatz der Vertragsfreiheit wäre damit faktisch aufgehoben.[992]

Im Ergebnis lässt sich somit aus § 823 Abs. 1 BGB auch in den sog. Bewirtungsfällen kein Kontrahierungszwang herleiten.

bb. Kontrahierungszwang aus § 826 BGB

(1) Fallgruppenbezogener Ansatz

Ein Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wird zumeist anhand von Fallgruppen bejaht, wobei eine sachwidrige Vertragsverweigerung – unter Anlegung unterschiedlicher Maßstäbe – entweder aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters oder der Bedeutung des

---

[989] S.o. 5. Kap. III 3 b.
[990] So im Ergebnis auch *Busche*, Privatautonomie, S. 215 ff.; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, S. 144; a.A. *Harke*, SchuldR-AT, Rn. 44.
[991] *Busche*, Privatautonomie, S. 215 f.
[992] Vgl. auch *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (53).

begehrten Gutes als sittenwidrige Schädigung qualifiziert wird.[993] Dieser rein fallgruppenbezogene Ansatz lässt jedoch durch seine schwerpunktmäßig wirtschaftliche Betrachtungsweise eine rechtsdogmatische Begründung für die Annahme der Sittenwidrigkeit regelmäßig vermissen. Die damit verbundene Intransparenz bei der Herleitung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs wie auch die subjektiven Wertmaßstäben unterliegende Eingrenzung der einzelnen Fallgruppen bergen eine erhebliche Rechtsunsicherheit.[994] Darüber hinaus bleiben bei einer Orientierung an Fallgruppen die Einzelfallumstände weitestgehend außer Betracht, die bei Einschränkung der prinzipiell gewährten Vertragsfreiheit an sich Berücksichtigung finden müssen[995].

(2) Dogmatischer Ansatz durch Transformation von Rechtsgrundsätzen

Rechtsdogmatisch konsequent sollte die Prüfung einer sittenwidrigen Schädigung durch Vertragsverweigerung am Begriff der guten Sitten ansetzen.[996] Dieser wird ausgefüllt durch die jeweils herrschende, an der Rechtsordnung selbst oder an tragenden rechts- und sozialethischen Prinzipien orientierte Werteordnung und bildet damit ein Instrument zur dynamischen Rechtsfortbildung[997]. Im Rahmen des § 826 BGB werden über die Gute-Sitten-Klausel grundrechtliche Wertmaßstäbe und allgemeine Rechtsgrundsätze ergänzend in das bürgerliche Recht transformiert.[998] Hieran lässt sich die Prüfung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs konkret ausrichten, indem das schädigende Verhalten anhand der im Einzelfall betroffenen Rechtsprinzipien auf seine Sittenwidrigkeit untersucht wird. Dieses Vorgehen bietet neben dogmatischer Transparenz die Möglichkeit, in angemessener Weise die Einzelfallumstände zu berücksichtigen, und soll daher im Folgenden der Herleitung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs aus § 826 BGB zugrunde gelegt werden. Eine andere – ggf. anschließend zu erörternde – Frage ist, aus welcher Rechtsfolgenanordnung sich die Vertragsabschlussverpflichtung konkret herleiten lässt.

---

[993] Vgl. dazu bereits ausführlich oben 4. Kap. III 3 b bb.

[994] Vgl. auch *Busche*, Privatautonomie, S. 210.

[995] Vgl. *Bork*, BGB-AT, Rn. 668; *ders.*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 22.

[996] So *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (397 ff.); *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 22; *Busche*, Privatautonomie, S. 153 ff.; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (42 f.); *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 I a (S. 47 f.); *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 58 ff.

[997] *Busche*, Privatautonomie, S. 155 f.; vgl. auch *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 41 II, Rn. 7 ff.

[998] *Busche*, Privatautonomie, S. 157 ff. m.w.N.; *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1493); vgl. auch *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 41 II 4 a, Rn. 13 zu § 138 BGB.

(α) Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung

Scheitert ein Vertragsabschluss nicht aus vertragsbezogenen, sondern aus sachwidrigen Gründen, etwa allein an der Unlust des Anbieters, das Geschäft noch kurz vor Geschäftsschluss abzuwickeln, so könnte der Interessent dadurch in seiner positiven Vertragsbegründungsfreiheit beeinträchtigt und das Verhalten des Anbieters als Verstoß gegen das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung sittenwidrig sein. Wäre der Vertrag im Falle einer sachgerechten Entscheidung zustande gekommen, käme dann als Rechtsfolge ein allgemeiner Kontrahierungszwang aus § 826 BGB in Betracht.

Dieses Ergebnis würde allerdings die negative Abschlussfreiheit des Anbieters ad absurdum führen, da er seinerseits Vertragsangebote nur noch in sachlich begründeten Fällen ablehnen dürfte. Das rechtsgeschäftliche Selbstbestimmungsrecht des Interessenten würde mithilfe des Deliktsrechts auf Kosten der negativen Vertragsabschlussfreiheit des Anbieters ausgeweitet. Will man das Verhalten des Anbieters anhand des Prinzips der Vertragsfreiheit beurteilen und dieses zur Konkretisierung des Begriffs der sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB heranziehen, so müssen dabei die dem Vertragsrecht selbst immanenten Grundsätze und Systeme berücksichtigt werden.[999] Danach ist der Anbieter grundsätzlich frei darin, einen Vertragsabschluss auch aus Willkür oder sachwidrigen Gründen abzulehnen. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die positive Vertragsbegründungsfreiheit des Interessenten im Einzelfall aus besonderen Gründen gefährdet ist, etwa wegen solcher Umstände, die auch den anerkannten Fallgruppen[1000] zugrunde liegen, wie eine marktbeherrschende Anbieterstellung oder ein gesteigerter Bedarf an der begehrten Leistung. Ist der Interessent aufgrund solcher äußeren Gegebenheiten nicht in der Lage, seine schutzwürdigen Interessen vertraglich zu verfolgen, so kann es durchaus sittenwidrig sein, einen Vertragsabschluss sachwidrig abzulehnen. Das Deliktsrecht dient damit als Instrument, um – am Maßstab des Vertragsrechts – das rechtsgeschäftliche Selbstbestimmungsrecht des Interessenten zu sichern,[1001] nicht aber zulasten der negativen Vertragsfreiheit des Anbieters zu erweitern.

Über die Voraussetzungen, unter denen eine sachwidrige Vertragsverweigerung als Verstoß gegen das rechtsgeschäftliche Selbstbestimmungsprinzip anzusehen ist, herrscht im Einzelnen

---

[999] *Bydlinski,* AcP 180 (1980), 1 (40 f.).
[1000] Vgl. oben 4. Kap. III 3 b bb.
[1001] *Busche,* Privatautonomie, S. 160; kritisch hierzu *Zöllner,* in: FS Bydlinski, S. 517 (524).

Uneinigkeit. So stellt etwa *Franz Bydlinski*[1002] darauf ab, ob der durch einen Unternehmer öffentlich in Aussicht gestellte Vertragsabschluss Leistungen des Normal- oder Notbedarfs betrifft und der Interessent keine zumutbare Bezugsalternative hat. Nach *Jan Busche*[1003] soll der willkürlich zurückgewiesene Vertragsbewerber rechtlich geschützte Interessen verfolgen und von dem vertragsgeneigten und leistungsfähigen Anbieter abhängig sein. *Reinhard Bork*[1004] will bei sachwidriger Vertragsverweigerung einen allgemeinen Kontrahierungszwang regelmäßig dann bejahen, wenn der Interessent ohne zumutbare Ausweichmöglichkeit auf die Leistung angewiesen ist.

Welche der exemplarisch genannten Kriterien konkret anzulegen sind, um eine Vertragsverweigerung im Einzelfall als sittenwidrigen Verstoß gegen das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung zu bewerten,[1005] kann im Rahmen dieser Untersuchung dahinstehen. Festzuhalten bleibt jedoch, dass sowohl die hierzu entwickelten Fallgruppen als auch die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze stets darauf abstellen, dass der aus markt- und / oder leistungsbezogenen Gründen auf den Vertragsabschluss angewiesene Interessent aus sachfremden Erwägungen von einem generell abschlussbereiten Anbieter zurückgewiesen wird. Unter diesen Grundvoraussetzungen kann es angezeigt sein, die positive Vertragsbegründungsfreiheit des Vertragsprätendenten und damit seine Teilhabe am jeweiligen Güteraustausch mittels eines allgemeinen Kontrahierungszwangs aus § 826 BGB zu sichern. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die sachwidrigen Verweigerungsgründe zugleich diskriminierend sind, da bereits der Verstoß gegen das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung den Abschlussanspruch begründet.

(β) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG lässt sich mittels § 826 BGB deliktischem Schutz unterstellen.[1006] Weist der Anbieter den Vertragsabschluss aus Gründen zurück, die in der Persönlichkeit des Interessenten begründet liegen, so könnte er diesen damit in seinem persönlichen Achtungs- und Geltungsanspruch ver-

---

[1002] AcP 180 (1980), 1 (41).

[1003] Privatautonomie, 127 ff. (140 f.) vgl. auch *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 192 ff.; ähnlich, jedoch enger *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 67 ff., der den allgemeinen Kontrahierungszwang auf „wichtige Waren und Dienstleistungen" beschränken will (70).

[1004] BGB-AT, Rn. 668 f.; *ders.*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145-156, Rn. 22.

[1005] Der BGH hat dieses zuletzt ausdrücklich offen gelassen, BGH NJW 1990, 761 (763) – *Krankenhausbehandlungsverträge*.

[1006] Vgl. *Oechsler*, in: Staudinger, BGB, § 826, Rn. 148a ff.

letzen und damit sittenwidrig handeln. Wie jedoch bereits an früherer Stelle ausgeführt,[1007] kann eine Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht durch Vertragsabschlusszwang kompensiert werden. Damit lässt sich mit einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Interessenten allein ein allgemeiner Kontrahierungszwang aus § 826 BGB nicht begründen.

(γ) Diskriminierungsverbot

Indem der Anbieter einen Vertragsprätendenten aus persönlichkeitsbezogenen Gründen zurückweist, benachteiligt er ihn gegenüber solchen Interessenten, mit denen er den begehrten Vertrag abschließt bzw. aus rein geschäftsbezogenen Gründen, etwa wegen fehlgeschlagener Preisverhandlungen, nicht abschließt. Sofern darin ein Verstoß gegen die Wertungen des Art. 3 GG, insbesondere gegen die in Art. 3 Abs. 2, 3 GG verankerten Diskriminierungsverbote liegt, könnte dieses über die Gute-Sitten-Klausel des § 826 BGB einen allgemeinen Kontrahierungszwang begründen.

(αα)Transformation in das Privatrecht

Die Übertragung der Diskriminierungsverbote des Art. 3 GG in das Privatrecht ist aufgrund ihrer Gegenläufigkeit zur privatrechtlichen Selbstbestimmungsfreiheit umstritten. Die konträren Auffassungen hierzu basieren auf dem Meinungsstreit zur mittelbaren Drittwirkung von Art. 3 GG,[1008] also auf der Frage, ob die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote überhaupt unter Privatrechtssubjekten wirken, um einen Verstoß als Sittenwidrigkeit bewerten zu können.

Während insbesondere *Elke Herrmann*[1009] die Transformation der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote über § 826 BGB in das Privatrecht mit der Begründung ablehnt, dass dem Grundsatz der Vertragsfreiheit anderenfalls der Makel der Sittenwidrigkeit geradezu innewohnen würde, will die relativierende Gegenauffassung[1010] die Wertungen des Art. 3 GG ausnahmsweise zur Begründung der Sittenwidrigkeit nach § 826 BGB heranziehen und das

---

[1007] Vgl. oben 5. Kap. III 3 b.
[1008] Vgl. dazu oben 5. Kap. III 3 c aa.
[1009] ZfA 1996, 19 (60).
[1010] *Busche*, Privatautonomie, S. 293 f. (294) der den so hergeleiteten Kontrahierungszwang allerdings als „besonderen" bezeichnet; vgl. auch *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (433); *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 24 für rassische Diskriminierung; *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 IV (S. 65 ff.); *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 41 II 4 a, Rn. 13; *Raiser*, ZHR 111 (1948), 75 (87 ff.).

Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung dahinter zurücktreten lassen, wenn es anderenfalls zu einer „Fehlfunktion“ des Vertragsrechts käme.

Die Frage der mittelbaren Drittwirkung von Art. 3 GG ist bereits im Rahmen der verfassungsrechtlichen Abwägung kollidierender Grundrechtswerte von Benachteiligendem und Benachteiligtem bejaht worden.[1011] Insofern ist auch von der grundsätzlichen Möglichkeit auszugehen, die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote über § 826 BGB in das Privatrecht zu transformieren. Während jedoch die Privatautonomie des Vertragsanbieters aufgrund ihres prinzipiellen Vorrangs nur in Extremfällen zugunsten des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots einschränkbar ist, muss mit der relativierenden Auffassung auch die Qualifikation einer Ungleichbehandlung unter Privatrechtssubjekten als Sittenwidrigkeit i.S.v. § 826 BGB von besonderen Umständen abhängen, aufgrund derer sie im Einzelfall gegen tragende verfassungsrechtliche Prinzipien verstößt und als anstößig zu betrachten ist.[1012] *Jan Busche*[1013] hebt insofern zutreffend hervor, dass die an sich systemfremde Transformation von Gleichheitsgrundsätzen in das Vertragsrecht nur lückenfüllenden Charakter haben könne, um dem Gerechtigkeitsprinzip in Ausnahmefällen Geltung zu verschaffen. Soweit das Gesetz dem Bedürfnis des Betroffenen nach wirksamem Diskriminierungsschutz im Privatrechtsverkehr anderweitig Rechnung trägt, kommt ein Rückgriff auf § 826 BGB mithin nicht in Betracht.

(ββ)Maßstab für sittenwidrige Ungleichbehandlung als Grundlage von Kontrahierungszwang

Nach weit verbreiteter Ansicht[1014] soll eine Vertragsverweigerung dann gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot verstoßen und sittenwidrig sein, wenn sie sich als rassische Diskriminierung darstellt. Ein Ausschluss vom Geschäftsverkehr wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft negiere die Menschenwürde des Vertragsbewerbers und müsse schon aus Präventionsgründen eine Kontrahierungspflicht nach sich ziehen.

Die ausschließliche und zugleich zwingende Verknüpfung des allgemeinen Kontrahierungszwangs mit den Diskriminierungsmerkmalen Rasse und ethnische Herkunft erscheint

---

[1011] S.o. 5. Kap. III 3 c aa.

[1012] BGHZ 70, 313 (325); *Busche*, Privatautonomie, S. 294.

[1013] Privatautonomie, S. 293 f.

[1014] *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (429 ff.); *Bork*, BGB-AT, Rn. 671; *ders.*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 24; *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 260 f., 267; *Looschelders*, SchuldR-AT, Rn. 119 f.; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, S. 147 f., 150; grds. bejahend auch *Eckert*, SchuldR-AT, Rn. 61.

allerdings einerseits zu eng, andererseits zu weitgehend: Zu eng dürfte die Beschränkung auf rassische Diskriminierung sein. Auch wenn der BGH[1015] die Gleichheit unter Menschen unterschiedlicher Abstammung als einen „übergesetzlichen Gleichheitssatz" bezeichnet hat, „der geradezu das Fundament einer jeden Rechtsordnung darstellt", so kann eine Benachteiligung aufgrund anderer Persönlichkeitsmerkmale den Vertragsbewerber im Einzelfall gleichermaßen in seiner Menschenwürde verletzen. In Anlehnung an *Tilman Bezzenberger*[1016] lässt sich daher der Grundsatz aufstellen, dass eine benachteiligende Vertragsverweigerung dann sittenwidrig ist, wenn die Verallgemeinerung der ihr zugrunde liegenden Motive menschenwürdige Lebensbedingungen notwendigerweise verhindern würde.

Zu weitgehend erscheint es hingegen, kategorisch jede Vertragsverweigerung aus rassischen Motiven mittels allgemeinen Kontrahierungszwangs zu kompensieren.[1017] Vielmehr muss die Transformation von Gleichheitsgrundsätzen auf private Rechtsgeschäfte über § 826 BGB absoluten Ausnahmecharakter haben und darf nur dann zu einer erzwungenen Gleichbehandlung in Form eines Vertragsabschlusszwangs führen, wenn – neben dem bei rassischer Diskriminierung zweifelsfrei gegebenen Menschenwürdebezug – die benachteiligende Vertragsverweigerung nicht anders ausgeglichen werden kann, insbesondere die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes die Benachteiligung ausnahmsweise nicht zu kompensieren vermag.[1018] Dieses dürfte vor allem dann der Fall sein, wenn die diskriminierende Behandlung öffentlich wahrgenommen wurde, sich durch ein Ausweichen auf einen anderen Anbieter noch verfestigen würde und der Betroffene deshalb nur durch Vertragsabschlusszwang rehabilitiert werden kann.[1019]

Darüber hinaus wird ein allgemeiner Kontrahierungszwang wegen gleichheitssatzwidriger Vertragsverweigerung auch dann in Betracht gezogen, wenn dem Zurückgewiesenen nicht nur das konkrete Geschäft, sondern die Teilhabe an der Leistung überhaupt versagt wird.[1020] Ver-

---

[1015] BGHZ 16, 350 (353).

[1016] AcP 196 (1996), 395 (411), vgl. auch *Bachmann*, ZBB 2006, 257 (264); *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (235 ff.); *Neuner*, JZ 2003, 57 (61), der die Anwendung des Art. 3 Abs. 2, 3 GG im Privatrechtsverkehr davon abhängig machen will, ob die Menschenwürde in ihrem Kern berührt ist.

[1017] So aber offenbar *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (429 ff.) für ethnische und nationale Diskriminierung.

[1018] *Busche*, Privatautonomie, S. 294 f.; vgl. auch *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 278 für Rassendiskriminierung sowie *Neuner*, NJW 2000, 1822 (1829) für die Diskriminierung Behinderter; ablehnend *Kühner*, NJW 1986, 1397 (1401).

[1019] *Busche*, Privatautonomie, S. 295; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, S. 147 f., 165.

[1020] So mit eher pragmatischem Ansatz *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (14 f., 44, Fn. 69); ihm folgend *Zöllner*, in: FS Bydlinski, S. 517 (523); vgl. auch *Kühner*, NJW 1986, 1397 (1401).

weigert der Anbieter jedoch trotz *genereller Abschlussbereitschaft*[1021] aus sachwidrigen Gründen den angetragenen und für den Interessenten alternativlosen Vertragsabschluss, so liegt darin bereits ein Verstoß gegen das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung.[1022] Ein Rückgriff auf den zum Grundsatz der Privatautonomie konträr verlaufenden Gleichheitsgrundsatz ist insofern nicht erforderlich und damit unzulässig.[1023]

(γγ)Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Transformation von Gleichbehandlungsgrundsätzen in das Privatrecht nur ausnahmsweise für den Fall in Betracht kommt, dass eine planwidrige Regelungslücke anderenfalls zu einem dem Gerechtigkeitsprinzip zuwiderlaufenden Ergebnis führen würde. Steht eine solche Regelungslücke fest, so ist eine benachteiligende Geschäftsverweigerung wegen Verstoßes gegen die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote dann sittenwidrig und kann prinzipiell gemäß § 826 BGB zu einer allgemeinen Vertragsabschlusspflicht führen, wenn das zugrunde liegende Motiv im Falle seiner Verallgemeinerung menschenwürdige Lebensbedingungen verhindern würde und der Betroffene ausnahmsweise nicht anders als durch Abschlusszwang rehabilitiert werden kann.

Da eine Vertragsverweigerung unter diesen Voraussetzungen den Benachteiligten immer auch in einer die Menschenwürde berührenden Weise stigmatisiert und mit einer gesteigerten Ausweitungsgefahr der Diskriminierung auf andere Merkmalsträger einhergeht,[1024] bestehen auch keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines so eingegrenzten allgemeinen Kontrahierungszwangs aus § 826 BGB.

(δ) Sozialstaatsprinzip

In besonderen Ausnahmefällen soll eine Geschäftsverweigerung auch dann sittenwidrig sein, wenn der Nachfrager in existenzieller Weise auf den Leistungsgegenstand angewiesen ist, etwa aufgrund einer Notlage.[1025] Sofern der Anbieter generell geneigt ist, über die benötigte Leistung einen Vertrag abzuschließen, verstößt er durch sachwidrige Vertragsverweigerung in

---

[1021] Zu dem Fall, dass der Zurückweisende die Leistung überhaupt nicht zur vertraglichen Disposition stellen will, vgl. sogleich.

[1022] Siehe dazu in diesem Kapitel oben unter III 3 a bb 2 α.

[1023] In diesem Sinne auch *Busche*, Privatautonomie, S. 295.

[1024] Vgl. dazu oben 5. Kap. III 3 c bb 4.

[1025] Vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 296; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (37 f.); *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 137; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 165 f.; *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 I a (S. 48); *Neuner*, JZ 2003, 57 (62); *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 147 f.

diesem Fall gegen das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung und macht sich schon deshalb aus § 826 BGB kontrahierungspflichtig.[1026]

Anders könnten die Dinge dagegen liegen, wenn der Verweigerer die nachgefragte Leistung überhaupt nicht zur rechtsgeschäftlichen Disposition stellen will, den Vertragsabschluss also bereits mangels *genereller Abschlussbereitschaft* ablehnt. In diesem Fall könnte die Sittenwidrigkeit darin begründet sein, dass der Verpflichtete trotz Leistungsfähigkeit den Hilfebedürftigen zurückweist und damit gegen das in Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip verstößt.[1027] Wird aber jemand allein aus Solidaritätsgründen dazu gezwungen, sich vertraglich zu einer Leistung zu verpflichten, über die zu disponieren er gar nicht bereit ist, so bedeutet dieses einen noch tieferen Einschnitt in die negative Vertragsabschlussfreiheit als die Verpflichtung eines Leistungsanbieters zum Vertragsabschluss mit einem aus bestimmten Gründen unliebsamen Partner. *Hans Carl Nipperdey*[1028] weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch in einem Sozialstaat zunächst jeder für sich selbst verantwortlich ist und ihm dabei auch größere Belastungen zuzumuten sind als demjenigen, der – ggf. mittels Kontrahierungszwangs – zur Hilfeleistung verpflichtet wird.

Taugliche Anknüpfungspunkte für die Lösung dieser Kollision von Rechtsprinzipien könnten die Vorschrift des § 323c StGB sowie das Rechtsinstitut der Garantenpflicht bieten. In den von § 323c StGB erfassten Unglücksfällen und Fällen gemeiner Gefahr oder Not muss zwar jedermann die erforderliche und ihm zumutbare Hilfe leisten. Schutzgut des § 323c StGB ist aber nicht das Vertragsbegründungsinteresse, sondern das jeweils gefährdete Individualrechtsgut des Hilfebedürftigen.[1029] Daher ist der Nothelfer – selbst wenn die Hilfeleistung zufällig mit seiner Berufstätigkeit beispielsweise als Arzt zusammenfällt – nicht kontrahierungspflichtig, sondern zum faktischen Tätigwerden verpflichtet.[1030]

Entsprechendes muss für die Garantenpflicht nach § 13 Abs. 1 StGB gelten, also die Verpflichtung, aufgrund besonderer Lebensumstände für das Nichteintreten eines drohenden Schadens einzustehen, etwa als Beschützergarant für die Unversehrtheit eines bestimmten

---

[1026] Vgl. dazu in diesem Kapitel bereits oben unter III 3 a bb 2 α.

[1027] Vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 296; ablehnend *Herrmann*, ZfA 1996, 19 (61).

[1028] Kontrahierungszwang, S. 64.

[1029] *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 323c, Rn. 2.

[1030] *Killinger*, Arzthaftung, Rn. 147 m.w.N.; a.A. für den Gastwirt *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 272 f. m.w.N.

Rechtsguts oder als Überwachergarant durch Kontrolle einer bestimmten Gefahrenquelle[1031]. Während das Strafrecht das Unterlassen der von dem Garantenpflichtigen geforderten Handlung mit Sanktionen bewehrt, knüpft das Zivilrecht Haftungsansprüche daran.[1032] Ist der Garantenpflichtige in diesen Fällen nicht vertragsgeneigt, so erstreckt sich seine Verpflichtung nur auf die erforderliche Sachleistung, die er anschließend über die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag liquidieren kann.[1033] Im Ergebnis verspricht es auch keinen Gewinn, den bereits gesetzlich handlungspflichtigen, aber nicht vertragsgeneigten Nothelfer gegen seinen Willen auch noch vertraglich zu derselben Hilfeleistung zu verpflichten und damit seine negative Vertragsfreiheit in dem oben beschriebenen Ausmaß zu beschränken.[1034]

Notlagen außerhalb des Anwendungsbereichs von § 323c StGB und des Rechtsinstituts der Garantenpflicht verlangen damit bereits nach den Wertungen des Gesetzes kein tatsächliches Eingreifen Dritter und damit erst recht keinen Kontrahierungszwang zulasten eines nicht vertragsgeneigten Unbeteiligten. In einem solchen Ausnahmefall[1035] ist der Hilfesuchende auf sich selbst oder auf einen anderen – vertragsgeneigten – Helfer zu verweisen.[1036]

(ε) Fazit

Eine sittenwidrige Schädigung durch sachwidrige Vertragsverweigerung vermag gemäß § 826 BGB grundsätzlich einen allgemeinen Kontrahierungsanspruch auszulösen, sofern das verletzte Rechtsprinzip diese Rechtsfolge trägt. Voraussetzung ist – entsprechend der ersten

---

[1031] *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 13, Rn. 32.

[1032] *Killinger*, Arzthaftung, Rn. 148 m.w.N.

[1033] Vgl. *Killinger*, Arzthaftung, Rn. 141 für Behandlungspflichten in Notfällen nach der (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte m.w.N.

[1034] Soweit *Killinger*, Arzthaftung, Rn. 148 ff.; 153 ff. für Krankenhäuser und diensthabende Ärzte aus Garantenpflicht Kontrahierungspflichten bejaht, beruht dieses Ergebnis darauf, dass zu deren Garantenstellung auch noch die *generelle Abschlussbereitschaft* über Behandlungsverträge hinzutritt, die begehrte Leistung also durchaus zur Disposition gestellt wird. Eine prinzipielle Garantenpflicht für jeden niedergelassenen Arzt lehnt *Killinger*, a.a.O., Rn. 152, dann auch ab; ebenso *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. I 14 m.w.N.

[1035] Vgl. auch *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 137 mit dem Hinweis auf die geringe praktische Bedeutung des Kontrahierungszwangs in Notlagen.

[1036] Dieses dürfte auch für den von *Busche*, Privatautonomie, S. 296, abgewandelten Metzgerfall *Nipperdeys* gelten, wonach der einzige in einem abgelegenen Gebirgstal ansässige Bauer den Verkauf der für den Eigengebrauch bestimmten, aber im Übermaß vorhandenen Lebensmittel einem Zugezogenen verweigert. Von diesem ist – entgegen *Busches* Auffassung – zu erwarten, dass er sich entweder selbst versorgt oder anderswo niederlässt, jedenfalls nicht auf Kosten der Vertragsfreiheit des Bauern an seinem frei gewählten Wohnsitz seine eigene Versorgung erzwingt.

Arbeitsthese[1037] – stets eine *gegenläufige Willensbetätigung* des Anbieters, der trotz Vertragsgeneigtheit den Interessenten aus sachwidrigen Gründen zurückweist.

Soweit im Rahmen der zweiten Arbeitsthese[1038] behauptet worden ist, der allgemeine Kontrahierungszwang diene auch dem Schutz des Vertragsbewerbers vor Diskriminierung im Privatrechtsverkehr, so muss differenziert werden: Verstößt der Anbieter durch die Vertragsverweigerung gegen das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung, so liegen der Vertragsabschlussverpflichtung nämlich ausschließlich markt- und / oder leistungsbezogene Umstände zugrunde, die die konkrete Angewiesenheit des Interessenten auf den Vertragsabschluss begründen und dem Anbieter eine willkürliche Vertragsverweigerung versagen.

Anders liegen die Dinge dagegen bei einem allgemeinen Kontrahierungszwang wegen Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot: Ein derartiger Vertragsabschlusszwang besitzt absoluten Ausnahmecharakter, da es zur Wahrung der Privatautonomie geboten ist, im Privatrechtsverkehr sachwidrige, auch persönlichkeitsbezogene Ungleichbehandlungen prinzipiell zuzulassen. Erst wenn eine Verallgemeinerung der der Vertragsverweigerung zugrunde liegenden persönlichkeitsbezogenen Motive menschenwürdige Lebensbedingungen verhindern würde, ist die willkürliche Ungleichbehandlung als sittenwidrig anzusehen. In dem Fall kann es zur Rehabilitierung des Zurückgewiesenen ausnahmsweise erforderlich sein, ihm einen Vertragsabschlussanspruch zuzusprechen.

Innerhalb des Systems des allgemeinen Kontrahierungszwangs nach § 826 BGB muss daher differenziert werden, ob die Abschlusspflicht zur Gewährleistung des Prinzips rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmungsfreiheit teilhaberechtlich wirkt oder aber zur Verhinderung diskriminierender Ungleichbehandlung eine abwehrrechtliche Aufgabe hat.[1039] Diese Unterscheidung dürfte eine maßgebliche Rolle bei der Überprüfung der dritten Arbeitsthese[1040] spielen: Ob und ggf. in welchem Umfang ein Kontrahierungszwang wegen verbotener Benachteiligung aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG die Herleitung von Abschlusspflichten aus

---

[1037] S.o. 4. Kap. III 1 a cc.
[1038] S.o. 4. Kap. III 3 c.
[1039] Vgl. bereits *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (406 f.; 430 f.); *Busche*, Privatautonomie, S. 291, der hinsichtlich der Wirkungsweise in freiheitssichernd und gerechtigkeitsstiftend unterscheidet und die Vorschrift des § 826 BGB daher als „janusköpfig" bezeichnet; *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 272; a.A. *Neuner*, in: Leible/Schlachter, S. 73 (79 f., 89 f.), der Kontrahierungspflichten rein teilhaberechtlich begründet sieht.
[1040] S.o. 4. Kap. IV 2.

§ 826 BGB ausschließt, hängt wesentlich davon ab, inwieweit sich die Anwendungsbereiche und Funktionen beider Vorschriften überschneiden.

b. Herleitung der Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch

Lässt sich nach den Vorausführungen ein allgemeiner Kontrahierungszwang prinzipiell aus § 826 BGB herleiten, so stellt sich daran anknüpfend die Frage, auf welche Rechtsfolgenanordnung er zu stützen ist. Während bei den spezialgesetzlichen Erscheinungsformen der Anspruch auf Vertragsabschluss in der Regel unmittelbar in Form eines Leistungsanspruchs angeordnet ist,[1041] muss er beim allgemeinen Kontrahierungszwang mittelbar über eine andere Rechtsfolgenanordnung hergeleitet werden. Streitig ist insoweit, ob er auf den deliktischen Schadensersatzanspruch oder aber auf einen quasinegatorischen Abwehranspruch zu stützen ist.

aa. Kontrahierungsanspruch als Schadensersatzanspruch

Nach wohl h.M. folgt der allgemeine Kontrahierungsanspruch mittelbar aus der Verpflichtung zum Schadensersatz und wird entweder mit dem Grundsatz der Naturalrestitution oder anhand eines positiven Handlungsanspruchs auf Naturalprästation begründet.

(1) Grundsatz der Naturalrestitution

Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution müsste gemäß § 249 Abs. 1 BGB durch den erzwungenen Vertragsabschluss der Zustand wieder hergestellt werden, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand – die Verweigerung des begehrten Vertrags – bestanden hätte.[1042] Zweifel an dieser Rechtskonstruktion betreffen insbesondere die Eignung von Kontrahierungszwang als Instrument der Schadensregulierung sowie das prinzipielle Verschuldenserfordernis bei Schadensersatzansprüchen[1043].

[1041] Eine Ausnahme bilden die durch §§ 33 GWB; 823 Abs. 2 BGB vermittelten besonderen Abschlusspflichten, die strukturell dem allgemeinen Kontrahierungszwang folgen.

[1042] So RGZ 148, 326 (334) – *Wasserlieferung*; BGH NJW 1969, 316 (317); 1976, 801 (803); BGHZ 21, 1 (8); 36, 91 (100) – *Gummistrümpfe*; 44, 279 (283); 49, 90 (98); BGH WM 1994, 1670 (1671) – *Spielbank Travemünde*; OLG Koblenz, NJW-RR 1991, 944 (946); LG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 1250; LG Oldenburg, NJW-RR 1992, 53 (54); *Brinkmann,* in: PWW, BGB, Vor §§ 145 ff., Rn. 19; *Eckert,* SchuldR-AT, Rn. 60; *Hackl,* Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, S. 39; *Jauernig,* in: Jauernig, BGB, vor § 145, Rn. 11; *Jung,* DJZ 1916, Sp. 178 (182 f.); *Larenz/Wolf,* BGB-AT, § 34 IV 3 b, Rn. 42; *Medicus/Lorenz,* SchuldR-AT, Rn. 85; *Niekiel,* Girokonto, S. 73; *Reichert,* Abschlusszwang, S. 53 ff.; *Schellhammer,* SchuldR, Rn. 1888; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel,* SchuldR-AT, Rn. 56; *Wolf,* in: Soergel, BGB, Vor § 145, Rn. 53.

[1043] Anders nur bei Gefährdungshaftung, etwa gemäß §§ 7 StVG; 833 S. 1 BGB; 1 HPflG.

So konstatiert *Jan Busche*[1044], dass es sich bei der Aussicht auf einen Vertragsabschluss zwar um mehr als nur eine vermögensrechtlich irrelevante Erwartung handele, da die durch die Vertragsablehnung versagte Gelegenheit auf Vertragsabschluss bei normativ-wertender Betrachtung durchaus eine materielle Vermögenseinbuße darstellen könne. Das Hinwegdenken der konkreten Vertragsverweigerung führe jedoch nicht zu dem begehrten Vertragsabschluss, sondern lasse den ursprünglichen Zustand der Vertragslosigkeit fortbestehen.[1045] Ein mittelbar durch die Vertragsverweigerung entstandener Schaden, etwa ein entgangener Gewinn, sei dagegen nicht durch Kontrahierungszwang kompensierbar.[1046] Damit stellt *Busche*[1047] in überzeugender Weise heraus, dass Kontrahierungszwang nicht der Behebung eines in der Vergangenheit entstandenen Schadens dient, sondern stattdessen einen – im Folgenden noch näher zu bestimmenden – Zukunftsbezug aufweist.

Hier knüpfen auch die Bedenken gegen das Verschuldenserfordernis der einschlägigen Rechtsgrundlagen für einen Schadensersatzanspruch[1048] an. Ein in die Zukunft gerichteter Anspruch auf Verhinderung eines (künftigen bzw. weiteren) Schadenseintritts kann nicht davon abhängen, ob der Vertragsabschluss schuldhaft verweigert wird bzw. ob sich der Vertragsanbieter etwa nach §§ 280 Abs. 1 S. 2; 831 BGB; § 21 Abs. 2 S. 2 AGG exkulpieren kann; vielmehr genügt objektive Rechtswidrigkeit der gegenwärtigen oder drohenden Rechtsgutsverletzung.[1049] Auf den Grundsatz der Naturalrestitution lässt sich ein Kontrahierungsanspruch mithin nicht stützen.

(2) Positiver Handlungsanspruch auf Naturalprästation

Im Anschluss an *Hans Carl Nipperdey*[1050] behandeln Teile der Literatur[1051] Kontrahierungszwang als positiven Handlungsanspruch auf Naturalprästation und bringen dadurch den

---

[1044] Privatautonomie, S. 221 ff.; a.A. *Belke*, Geschäftsverweigerung, S. 424 f.; *Ehlers*, Problematik des Kontrahierungszwangs, S. 178 f.; *Greiner*, Kontrahierungszwang, S. 60 f.

[1045] *Busche*, Privatautonomie, S. 223 f.; in diesem Sinne auch *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (82).

[1046] *Busche*, Privatautonomie, S. 222.

[1047] Privatautonomie, S. 223; so auch *Armbrüster*, in: Erman, BGB, Vor § 145, Rn. 29; *ders.*, NJW 2007, 1494 (1497); *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (428 f.); *Bork*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 20; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (11); *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 135; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (82); *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 I a (S. 45).

[1048] § 826 BGB; § 33 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 20 Abs. 1, 2 GWB; § 21 Abs. 2 S. 1, 2 i.V.m. § 19 AGG.

[1049] *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (429); *Bork*, BGB-AT, Rn. 672; *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 208.

[1050] Kontrahierungszwang, S. 54 ff., 96 ff.

inhärenten Zukunftsbezug zum Ausdruck. Der Anspruch auf Naturalprästation soll im Unterschied zur Naturalrestitution nicht der Schadensregulierung, sondern präventiv der Schadensverhütung dienen und anders als ein Unterlassungsanspruch auf Vornahme einer positiven Handlung gerichtet sein.[1052] Zur Begründung dieser „Rechtspflicht […] zum Kontrahieren" klassifiziert *Nipperdey*[1053] die unrechtmäßige Verweigerung eines Vertragsabschlusses als Unterlassen einer zur Schadensverhinderung rechtlich gebotenen Handlung. *Jürgen Ellenberger*[1054] stellt zudem heraus, dass das Verbot des Nichtabschlusses einem Abschlussgebot gleich komme, der Anspruch auf Vornahme der gebotenen Handlung gegenüber dem Anspruch auf Naturalrestitution mithin der direkte Weg sei.

Diese Auffassung geht allerdings ohne Weiteres davon aus, dass Kontrahierungszwang der Verhütung eines künftigen Schadens dient, was Zweifel weckt. Stellt man insoweit auf die durch die Vertragsverweigerung entgangene Vertragsgelegenheit als normativen Schaden ab,[1055] so ist dieser bereits eingetreten und lässt sich nicht mehr verhindern, sondern allenfalls regulieren. Bezieht man sich dagegen auf einen materiellen Begleitschaden zur Vertragsverweigerung, so könnte ein solcher durch Nachholung des zunächst verweigerten Vertragsabschlusses in der Tat gemindert oder sogar ganz verhindert werden, z.B. indem der von der Gasversorgung ausgeschlossene Kunde nach erfolgtem Anschluss (und damit Vertragsabschluss) die teurere Beheizung durch elektrischen Heizlüfter wieder einstellt. Dieses Argument greift jedoch zu kurz, wenn der Kunde die niedrige Raumtemperatur stattdessen durch wärmeres Einkleiden kompensiert und dadurch von vornherein keinen materiellen Schaden erleidet bzw. zu erwarten hat. Mithin würde es den Kern der Sache nicht treffen, einen Kontrahierungsanspruch als Anspruch auf Naturalprästation, also auf „Schadensverhütung durch Tun"[1056], zu behandeln.

[1051] *Belke*, Geschäftsverweigerung, S. 426; *Bruns*, JZ 2007, 385 (389); *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (13); *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 135; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 9; *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 196 f.; *Kramer*, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, Vor § 145, Rn. 13; *Neuner*, Privatrecht, S. 287 f.; *Pabst*, Monopol und Kontrahierungszwang, S. 22; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 214 ff.

[1052] *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (13).

[1053] Kontrahierungszwang, S. 98 f.

[1054] In: Palandt, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 9.

[1055] Vgl. bereits in diesem Kapitel unter III 3 b aa 1.

[1056] *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 55.

Im Ergebnis lässt sich ein Anspruch auf Vertragsabschluss damit weder auf den Grundsatz der Naturalrestitution noch auf einen positiven Handlungsanspruch auf Naturalprästation stützen und damit nicht aus einem Schadensersatzanspruch herleiten.

bb. Kontrahierungsanspruch als quasinegatorischer Abwehranspruch

Zunehmend wird die Verpflichtung zum Vertragsabschluss als verschuldensunabhängiger quasinegatorischer Abwehranspruch analog §§ 12; 862; 1004 BGB behandelt. Dieser ist als Instrument des vorbeugenden Rechtsschutzes – unabhängig von einem Schadenseintritt – auf Beseitigung bzw. Unterlassung einer Störung gerichtet.[1057] Die ihrem Wortlaut nach nur Beeinträchtigungen von Name, Besitz und Eigentum erfassenden Normen sind im Wege der Rechtsfortbildung auf andere deliktisch geschützte absolute Rechte und Rechtsgüter übertragen worden[1058] und nach zutreffender Ansicht auch auf die verfassungsrechtlich geschützte Vertragsfreiheit anwendbar[1059]. Die unberechtigte Vertragsverweigerung ist insoweit als Beeinträchtigung der Vertragsabschlussfreiheit des zurückgewiesenen Interessenten zu begreifen, deren Funktionsfähigkeit mittels Kontrahierungszwangs wieder hergestellt werden soll.[1060] Streitig ist allerdings, ob die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch aus einem Unterlassungs- oder aber aus einem Beseitigungsanspruch herzuleiten ist.

(1) Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch

Soweit der Anspruch auf Vertragsabschluss auf einen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch analog §§ 12 S. 2; 862 Abs. 1 S. 2; 1004 Abs. 1 S. 2 BGB gestützt wird,[1061] soll der Anbieter zum Unterlassen des Unterlassens des Vertragsabschlusses und damit zum Kontrahieren durch aktives Tun verpflichtet sein, sofern für ihn eine entsprechende Handlungspflicht besteht[1062].

[1057] *Busche*, Privatautonomie, S. 225 ff.; *Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, Vor § 823, Rn. 34.

[1058] Vgl. RGZ 60, 6 (7 f.); 116, 151 (153); 148, 114 (123); 163, 210 (214 f.).

[1059] *Busche*, Privatautonomie, S. 226 m.w.N.; a.A. *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (196 f.).

[1060] *Busche*, Privatautonomie, S. 226 f.

[1061] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, Vor § 145, Rn. 29; *Bork*, BGB-AT, Rn. 672; *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 208 (für zu erwartende Vertragsverweigerungen); *Kahrs*, Verletzung des Diskriminierungsverbots, S. 175; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (82); *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 188 ff. für drohende Vertragsverweigerung; *Larenz*, SchuldR-AT, § 4 I a (S. 48); *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 34 IV 3 b, Rn. 42; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, S. 36, 165; *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 65 f.; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 213 ff. (221).

[1062] Eine Wiederholungsgefahr i.S. einer erneut bevorstehenden Beeinträchtigung ist entgegen dem Wortlaut der §§ 12 S. 2; 862 Abs. 1 S. 2; 1004 Abs. 1 S. 2 BGB dagegen nicht erforderlich, vgl. BGHZ 2, 394 (395 f.).

Zweifelhaft an dieser Konstruktion ist aber bereits, ob die Verweigerung eines Vertragsabschlusses tatsächlich als Unterlassen zu qualifizieren ist. Zwar unterlässt der Anbieter faktisch die Abgabe der begehrten Vertragsabschlusserklärung; dieses Unterlassen darf jedoch nicht für sich, sondern nur im Kontext mit den die Handlungspflicht begründenden Gesamtumständen gesehen werden. Vor diesem Hintergrund ist es nicht das schlichte „Nicht-Handeln“, sondern das die Abschlusspflicht hervorrufende aktive Verweigern des geforderten Kontrakts, welches der Anbieter zu unterlassen hat.[1063]

Die maßgeblichen Bedenken bestehen jedoch dagegen, aus einem Unterlassungsanspruch überhaupt einen Anspruch auf Vertragsabschluss herzuleiten: Zum einen könnte der Anbieter etwa durch Umstellung seines Warenangebots oder gar Einstellung seines Unternehmensbetriebs – zumindest theoretisch[1064] – seiner Handlungspflicht für die Zukunft entgehen, hätte mithin Handlungsalternativen, die seine Vertragsabschlusspflicht in Wegfall brächten.[1065] Zum anderen würde ein Unterlassen der Vertragsverweigerung im Sinne einer aktiven Ablehnung des gebotenen Vertragsabschlusses den begehrten Vertrag nicht ohne Weiteres zustande bringen, sondern mangels Willenseinigung den vertragslosen Zustand fortbestehen lassen.[1066] In Folge wäre der Anbieter nicht einmal mehr zum Vertragsabschluss verpflichtet, da er diesen nicht pflichtwidrig verweigert hätte.[1067]

Somit kommt ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch analog §§ 12 S. 2; 862 Abs. 1 S. 2; 1004 Abs. 1 S. 2 BGB als Grundlage für einen Kontrahierungszwang nicht in Betracht.

(2) Quasinegatorischer Beseitigungsanspruch

Im Rahmen der Abwehransprüche wird die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch überwiegend auf einen auf positives Handeln gerichteten quasinegatorischen Beseitigungsanspruch

---

[1063] *Busche,* Privatautonomie, S. 232 ff. – „qualifizierte Vertragsverweigerung“.

[1064] *Möschel,* Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 668, hält dieses Vorgehen berechtigterweise für recht realitätsfern.

[1065] *Kahrs,* Verletzung des Diskriminierungsverbots, S. 175 f., der Kontrahierungszwang wegen diskriminierender Vertragsverweigerung deshalb nicht als rechtliche, sondern lediglich faktische Folge betrachtet.

[1066] *Busche,* Privatautonomie, S. 229; vgl. auch *Bydlinski,* AcP 180 (1980), 1 (11).

[1067] *Busche,* Privatautonomie, S. 229.

analog §§ 12 S. 1; 862 Abs. 1 S. 1; 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gestützt.[1068] Die durch unberechtigte Vertragsablehnung entstandene Störung soll dadurch beseitigt werden, dass der gebotene Vertragsabschluss als *actus contrarius* zur Vertragsverweigerung nachgeholt wird.[1069]

Hiergegen wendet allerdings *Franz Bydlinski*[1070] ein, dass ein Beseitigungsanspruch nur in Betracht komme, wenn der störende Zustand nicht allein im Fehlen der begehrten Handlung bestehe, sondern beides verschiedenartig sei. Das bisherige Ausbleiben der beanspruchten Handlung sei vielmehr keine Frage der Anspruchsbegründung, sondern eine des Anspruchsuntergangs durch Erfüllung. So sei es gleichermaßen unsinnig, einen Lieferanspruch als Anspruch auf Beseitigung des Zustandes mangelnder Lieferung zu begreifen wie einen Schadensersatzanspruch auf Beseitigung des Zustands der Schadhaftigkeit.[1071]

Wäre ein Kontrahierungsanspruch mit *Bydlinski* also nichts anderes als ein Anspruch auf Beseitigung des Zustands der Vertragslosigkeit, so ließe er sich in der Tat nicht aus einem quasinegatorischen Beseitigungsanspruch herleiten. Wie bereits dargestellt, wird der Betroffene aber nicht durch das schlichte Unterlassen des Vertragsabschlusses an sich, sondern erst bei Hinzutreten weiterer die Kontrahierungspflicht begründender Umstände in seiner Vertragsabschlussfreiheit beeinträchtigt[1072]. Der gebotene Vertragsabschluss ist mithin ein *aliud* zu der so qualifizierten Vertragsverweigerung und damit grundsätzlich geeignet, die durch sie hervorgerufene und andauernde Beeinträchtigung der Vertragsbegründungsfreiheit zu beseitigen.[1073]

Gegen die Herleitung aus einem Beseitigungsanspruch wird weiterhin vorgebracht, dass ein Kontrahierungsanspruch nicht nur zur Restitution führe, sondern den Anspruchsinhaber besser stelle als er vor der Vertragsverweigerung gestanden habe, da er zu diesem Zeitpunkt ei-

---

[1068] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, Vor § 145, Rn. 29; *Busche*, in: Münchener Kommentar, BGB, Vor § 145, Rn. 21; *ders.*, Privatautonomie, S. 230 ff.; *ders.*, in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 113; *Looschelders*, SchuldR-AT, Rn. 115; *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 85; vgl. auch *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 18.

[1069] *Busche*, Privatautonomie, S. 230; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 18 zu § 21 Abs. 1 S. 1 AGG.

[1070] AcP 180 (1980), 1 (12 f.); vgl. auch *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 135.

[1071] *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (12).

[1072] Namentlich durch Verstoß gegen das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung oder die Wertungen des Art. 3 GG; vgl. in diesem Kapitel oben unter III 3 a bb 2 α, γ.

[1073] Vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 231 ff.; a.A. *Greiner*, Kontrahierungszwang, S. 57; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 213.

nen Vertragsabschluss noch nicht habe beanspruchen können.[1074] Dem ist jedoch mit *Jan Busche*[1075] entgegenzuhalten, dass die zu beseitigende Störung nicht in der unberechtigten Vertragsverweigerung selbst besteht, sondern vielmehr in der hierdurch verursachten Einschränkung der positiven Vertragsbegründungsfreiheit des Betroffenen. Diese wird indes mittels Kontrahierungsanspruchs wieder hergestellt.

Damit lässt sich der allgemeine Kontrahierungsanspruch zivilrechtsdogmatisch sauber aus einem quasinegatorischen Beseitigungsanspruch, konkret aus der Verpflichtung zur Beseitigung einer Störung der Vertragsbegründungsfreiheit, herleiten.

IV. Kategorisierung

Die herkömmlichen Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang lassen sich anhand ihrer Funktion und Struktur wie folgt kategorisieren:

1. Teilhaberechtliche Kontrahierungspflichten

Ganz überwiegend dienen die herkömmlichen Kontrahierungspflichten dazu, die generelle oder konkrete Angewiesenheit des Nachfragers auf den begehrten Vertragsabschluss zu kompensieren und den Nachfrager dadurch an der jeweiligen Leistung teilhaben zu lassen. Die Angewiesenheit folgt daraus, dass der Nachfrager typischerweise oder tatsächlich entweder aufgrund der Marktlage keine Ausweichmöglichkeit hat oder aber der Leistung in besonders schutzwürdiger Weise bedarf. Strukturell verfolgen die herkömmlichen Kontrahierungspflichten dieses Ziel auf unterschiedlichem Wege:

Ganz überwiegend entstehen besondere Abschlusspflichten als *originäre Kontrahierungspflichten* bereits im frühen Verhandlungsstadium der *generellen Abschlussbereitschaft* des Anbieters und werden auf Verlangen des Interessenten fällig. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Nachfrager bei den zugrunde liegenden Lebenssachverhalten generell markt- und / oder leistungsbedingt auf den begehrten Vertragsabschluss angewiesen ist. Einer sachwidrigen Vertragsverweigerung bedarf es zur Entstehung dieser Kontrahierungspflichten mithin nicht.

[1074] *Ehlers*, Problematik des Kontrahierungszwangs, S. 193; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (197); *Klingenfuß*, Kontrahierungszwang, S. 188; *v. Koppenfels*, WM 2002, 1489 (1495); *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 65; *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 212 f.; so auch *Armbrüster*, NJW 2007, 1494 (1497) zu § 21 Abs. 1 AGG.

[1075] Privatautonomie, S. 233.

Anders ausgestaltet sind demgegenüber die durch §§ 33 GWB; 823 Abs. 2 BGB vermittelten besonderen Abschlusspflichten. Sie stellen keine eigenständigen Ver- oder Gebotsnormen dar, sondern unterstellen Verstöße gegen bestimmte gesetzliche Vorschriften bzw. kartellbehördliche Verfügungen den eigenen Rechtsfolgenanordnungen. Die jeweilige Abschlusspflicht folgt damit nicht unmittelbar aus einer bestimmten markt- oder leistungsbezogenen Sachlage, sondern als *derivative Kontrahierungspflicht* aus der Verletzung eines Ge- oder Verbots, das zumindest auch das Vertragsbegründungsinteresse des Nachfragers schützen soll[1076]. Insofern unterscheiden sich die Kontrahierungspflichten aus §§ 33 GWB; 823 Abs. 2 BGB von den vorgenannten in zweierlei Hinsicht: Auf der Tatbestandsseite stellen sie keine eigenen Verhaltensanforderungen auf, sondern verlangen die Verletzung einer anderen Norm bzw. Verfügung durch sachwidrige Geschäftsverweigerung; auf der Rechtsfolgenseite statuieren sie keinen unmittelbaren Leistungsanspruch, sondern (kartell-)deliktische Ansprüche, aus denen ein Abschlussanspruch mittelbar hergeleitet wird.

Auch die Regelung des § 826 BGB als Rechtsgrundlage des allgemeinen Kontrahierungszwangs normiert keine konkreten Verhaltensanforderungen, sondern setzt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung voraus, die als unbestimmter Rechtsbegriff ausfüllungsbedürftig ist. Zur Begründung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs bedarf es daher – strukturell vergleichbar den durch §§ 33 GWB; 823 Abs. 2 BGB vermittelten besonderen Abschlusspflichten – eines Verstoßes gegen das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung durch sachwidrige Vertragsverweigerung. Zur Wahrung der negativen Vertragsbegründungsfreiheit des Anbieters setzt ein solcher Verstoß jedoch voraus, dass der Nachfrager aufgrund besonderer markt- oder leistungsbedingter Einzelfallumstände auf den Vertragsabschluss angewiesen ist, etwa wegen mangelnder alternativer Bezugsmöglichkeiten oder eines gesteigerten Bedarfs an der Leistung[1077]. Auch bei dem allgemeinen Kontrahierungszwang aus § 826 BGB handelt es sich um einen deliktischen Anspruch, der strukturell erst mit *gegenläufiger Willensbetätigung* des Anbieters entsteht und mittelbar aus einem Beseitigungsanspruch hergeleitet werden muss.

[1076] Vgl. in diesem Kapitel oben unter II 1 i.

[1077] Die Anforderungen an die Angewiesenheit sind im Einzelnen streitig, vgl. in diesem Kapitel oben unter III 3 a bb 2 α.

2. Abwehrrechtliche Kontrahierungspflichten

Grundlegend anders gelagert ist ein allgemeiner Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wegen Verstoßes gegen die Wertungen des Art. 3 GG. Verletzt der Anbieter mit der sachwidrigen Vertragsverweigerung zwar nicht das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung, aber das Recht des Nachfragers auf Diskriminierungsfreiheit, so lässt sich eine sittenwidrige Schädigung i.S.v. § 826 BGB auch mit einem Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot begründen. Da dem Grundsatz der Vertragsfreiheit jedoch per se das Recht auf Ungleichbehandlung innewohnt, vermag ein solcher Verstoß einen allgemeinen Kontrahierungszwang nur in solchen Fällen auszulösen, in denen eine Gerechtigkeitslücke besteht, die Generalisierung der persönlichkeitsbezogenen Ablehnungsgründe menschenwürdigen Lebensbedingungen entgegenstände und der Betroffene nur durch Erzwingung des Vertragsabschlusses rehabilitiert werden kann. Unerheblich ist aufgrund des rein abwehrrechtlichen Charakters dieser Abschlusspflicht hingegen, ob die Leistung für den Interessenten auch anderweitig beziehbar ist.[1078]

Wie der allgemeine Kontrahierungszwang teilhaberrechtlicher Art setzt auch der allgemeine Kontrahierungszwang abwehrrechtlicher Art zu seiner Entstehung eine pflichtwidrige Vertragsverweigerung voraus und wird damit ebenfalls erst mit *gegenläufiger Willensbetätigung* des Anbieters als *derivative Kontrahierungspflicht* begründet.

V. Fazit

Soweit im Rahmen der zweiten Arbeitsthese[1079] behauptet worden ist, die herkömmlichen besonderen Kontrahierungspflichten dienten entweder dem Ausgleich einer marktbedingten bzw. gesetzlich geschaffenen Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien oder der Sicherstellung allgemeiner Grundversorgungsaufgaben, kann dieses als bewiesen angesehen werden. Sämtliche herkömmlichen Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs wirken teilhaberechtlich.

Der allgemeine Kontrahierungszwang aus § 826 BGB kann hingegen sowohl teilhabe- als auch abwehrrechtlich wirken. In ersterem Fall stellt er eine Auffangnorm für solche Lebens-

---

[1078] *Hanau,* in: FS Adomeit, S. 237 (245); widersprüchlich insoweit *Bezzenberger,* AcP 196 (1996), 395 (430), nach dem auch die abwehrrechtliche Kontrahierungspflicht der „Gewährleistung des normalen Güterumlaufs" dienen soll.

[1079] S.o. 4. Kap. III 3 c.

sachverhalte dar, in denen der Nachfrager markt- oder leistungsbedingt auf den Vertragsabschluss angewiesen ist, ohne dass ihm eine spezialgesetzliche Abschlusspflicht zur Seite stände. In letzterem Fall kompensiert er massive, die Menschwürde negierende Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot. Entgegen der zweiten Arbeitsthese dient der allgemeine Kontrahierungszwang damit nicht in jedem Fall dem Schutz vor Diskriminierung, sondern entweder dem Ausgleich eines marktbedingten Ungleichgewichts zwischen den Beteiligten bzw. der Sicherstellung allgemeiner Grundversorgungsaufgaben oder aber alternativ hierzu dem Schutz des Interessenten vor Diskriminierung.[1080]

[1080] Vgl. auch *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 270 f.; *Hanau,* in: FS Adomeit, S. 237 (242 ff.); *Harke,* SchuldR-AT, Rn. 44.

7. KAPITEL: KONTRAHIERUNGSZWANG WEGEN VERSTOSSES GEGEN DAS ZIVILRECHTLICHE BENACHTEILIGUNGSVERBOT

I. Einleitung

Die Frage, ob sich aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG ein Kontrahierungsanspruch herleiten lässt, ist heftig umstritten.[1081] Auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse zur Rechtsfigur und den Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang auf der einen Seite, zum zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot auf der anderen Seite sowie aufgrund der beide Themenkomplexe verknüpfenden verfassungsrechtlichen Abwägung soll nunmehr der Vorstoß unternommen werden, Kontrahierungszwang wegen Verstoßes gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot durch Gesetzesauslegung zu verifizieren.

Da der Abschlussanspruch aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG jedenfalls fester Bestandteil der rechtswissenschaftlichen Diskussion ist, wird er unabhängig vom Ergebnis der Gesetzesauslegung anschließend weiter analysiert werden. Der Ermittlung und Konkretisierung seiner Voraussetzungen werden Erwägungen zu seiner Praktikabilität und Effektivität folgen. Abschließend werden – in gleichzeitiger Überprüfung der dritten Arbeitsthese – die Konsequenzen beleuchtet, die die Bejahung eines Abschlussanspruchs aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG für die Herleitung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs aus § 826 BGB hat.

II. Kontrahierungsanspruch aus § 21 AGG

1. Einschlägige Anspruchsgrundlage

Auch unter den Befürwortern eines Kontrahierungszwangs als Rechtsfolge einer verbotenen Benachteiligung besteht Uneinigkeit über die einschlägige Anspruchsgrundlage. So wird der

---

[1081] Bejahend: *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG, § 21, Rn. 6; *Bruns,* JZ 2007, 385 (388); *Deinert,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 75 ff.; *Derleder,* NZM 2007, 625 (633); *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 207 f.; *Grüneberg,* in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 7; *Harke,* SchuldR-AT, Rn. 36 f.; *Maier-Reimer,* NJW 2006, 2577 (2582); *Nollert-Borasio/Perreng,* AGG, § 21, Rn. 2; *Rühl/Schmidt/Viethen,* AGG, Kap. IV, S. 150 ff.; *Schiek,* in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 8 f.; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21, Rn. 17 ff.; *Thüsing/v. Hoff,* NJW 2007, 21 (21 f.); *Wagner/Potsch,* JZ 2006, 1085 (1098); *Wendt/Schäfer,* JuS 2009, 206 ff.; ablehnend: *Adomeit/Mohr,* AGG, § 21, Rn. 10, 13; *Armbrüster,* NJW 2007, 1494 ff.; *ders.,* VersR 2006, 1297 (1303 f.); *Bachmann,* ZBB 2006, 257 (265 f.); *Bork,* BGB-AT, Rn. 671; *Busche,* in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler, Rn. F 117; *Mansel,* in: Jauernig, BGB, § 21 AGG, Rn. 3; *Petersen,* JURA 2011, 184 (186); *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 240 ff. (259); *Schürnbrand,* BKR 2007, 305 (310 f.) differenzierend *Hanau,* in: FS Adomeit, S. 237 (247 ff.).

Vertragsabschlusszwang mal als Beseitigungsanspruch auf § 21 Abs. 1 S. 1 AGG gestützt,[1082] mal als Unterlassungsanspruch auf § 21 Abs. 1 S. 2 AGG,[1083] mal auch als verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch auf § 21 Abs. 2 S. 1 AGG[1084] und teilweise sogar auf alle drei Anspruchsgrundlagen[1085]. Wie jedoch bereits festgestellt, lässt sich ein Anspruch auf Vertragsabschluss rechtsdogmatisch nur als Beseitigungsanspruch begründen,[1086] so dass als Rechtsgrundlage allein § 21 Abs. 1 S. 1 AGG in Betracht kommt.

2. Auslegung des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG

a. Auslegungsgrundsätze

Die Untersuchung des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG im Hinblick auf die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch erfordert die Ermittlung des Sinngehaltes der Norm durch Gesetzesauslegung. Neben dem auf *Savigny*[1087] zurückgehenden klassischen Auslegungskanon, der den Bedeutungsgehalt einer Norm anhand der Kriterien Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesetzessystematik sowie Sinn und Zweck bestimmt und mit gewissen Modifikationen auch heute noch Geltung beansprucht,[1088] sind je nach normativer Grundlage des in Frage stehenden Gesetzes weitere Auslegungsmethoden anzuwenden[1089].

Für das AGG als Umsetzungsgesetz europäischer Richtlinien kommen als Auslegungsmaßstab neben den UN-Abkommen zum Diskriminierungsschutz, die aufgrund des Prinzips der völkerrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts stets Beachtung finden müssen,[1090] das nationale Verfassungsrecht sowie die vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien

---

[1082] *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 21, Rn. 6; *Bruns*, JZ 2007, 385 (388); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 7; *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (247); *Horst*, MDR 2006, 1266 (1269); *Oberwetter*, *AGG*, S. 59; *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 9; *Schreier*, JuS 2007, 308; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 17 ff.; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (21 f.); *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (1098); *Wendt/Schäfer*, JuS 2009, 206 (207).

[1083] *Bruns*, JZ 2007, 385 (388); *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 208; vgl. auch *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 13.

[1084] *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2582); *Rolfs*, NJW 2007, 1489 (1493); *Rühl/Schmidt/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 152.

[1085] *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 24, 30, 75; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 11; *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 152; *Schreier*, JuS 2007, 308.

[1086] Siehe dazu ausführlich oben 6. Kap. III 3 b bb 2.

[1087] System des heutigen Römischen Rechts (1840), S. 213 ff.

[1088] Vgl. *Grundmann*, JuS 2001, 529 (529 ff.); *Saueressig*, JURA 2005, 525 (526).

[1089] *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. AGG, Rn. 59 ff.

[1090] S.o. 2. Kap. II 2 a.

in Betracht, welche ihrerseits mit den Gemeinschaftsgrundrechten vereinbar sein müssen[1091]. Die Notwendigkeit, nationale Umsetzungsakte auf ihre Übereinstimmung mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu überprüfen, folgt aus der Pflicht der Mitgliedsstaaten zur effektiven Richtlinienumsetzung aus Art. 288 AEUV sowie aus ihrer Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue aus Art. 4 Abs. 3 EUV.[1092]

Speziell für die Auslegung von § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ist jedoch zu berücksichtigen, dass von den einschlägigen EG-Antidiskriminierungsrichtlinien zwar wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen,[1093] nicht jedoch explizit ein Kontrahierungszwang gefordert wird.[1094] Da sich eine effektive und abschreckende Sanktionierung verbotener Benachteiligung im Privatrechtsverkehr auch durch andere Maßnahmen, wie etwa Schadensersatzansprüche oder Bußgeldregelungen erreichen lässt,[1095] ist die Normierung eines Kontrahierungszwangs gemeinschaftsrechtlich nicht zwingend geboten und daher als überschießende Richtlinienumsetzung zu bewerten.[1096]

Prüfungs- und Auslegungsmaßstab für solche nicht-richtliniendeterminierten Umsetzungsakte[1097] sind nach Auffassung des BVerfG[1098] nicht die europäische Richtlinie und damit indirekt die Gemeinschaftsgrundrechte, sondern die Grundrechte des Grundgesetzes. Soweit dem entgegen gehalten wird, dass das Umsetzungsgesetz einschließlich der überschießenden Regelung durch den EU-Gesetzgeber initiiert sei und sich daher auch am Unionsrecht messen lassen müsse,[1099] ist darauf zu verweisen, dass sowohl der in Art. 5 Abs. 4 EUV verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch Art. 288 Abs. 3 AEUV den Mitgliedsstaaten

---

[1091] EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Tz. 14 – *Hauer*; *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (321).
[1092] *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, S. 53 m.w.N. zu Art. 249 EGV und Art. 10 EGV.
[1093] Vgl. Art. 15 RL 2000/43/EG; Art. 14 RL 2004/113/EG.
[1094] S.o. 3. Kap. I 4.
[1095] Vgl. bereits oben 2. Kap. III 2 a.
[1096] *Rafi*, RuP 2005, 218 (219); *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 251; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 35; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (25).
[1097] Prinzipiell ist nicht der Umsetzungsakt, sondern bereits die Richtlinie selbst auf ihre Vereinbarkeit mit den Gemeinschaftsgrundrechten zu überprüfen, vgl. *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43 (49).
[1098] NJW 2001, 1267 (1268); DVBl. 2001, 720; vgl. auch *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 289 (327, 329, Fn. 127); *Rafi*, RuP 2005, 218 (219); *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 251; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43 (49 f.); *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 67; einschränkend *Rudolf*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 6, Rn. 9.
[1099] *Kühling*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 657 (680).

bei der Umsetzung von Richtlinien bestimmte Gestaltungsspielräume belassen, die diese in Übereinstimmung mit ihren nationalen Verfassungen ausfüllen können.[1100]

Die Auslegung von § 21 Abs. 1 S. 1 AGG im Hinblick auf die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch hat somit anhand des klassischen Methodenkanons unter Berücksichtigung völker- und verfassungsrechtlicher Auswirkungen zu erfolgen.

b. Auslegung anhand des Methodenkanons

aa. Sprachlich-grammatische Auslegung

Ausgangspunkt der sprachlich-grammatischen Auslegung ist der Wortlaut der Norm, wobei der Sinn anhand des Satzbaus und des allgemeinen Sprachgebrauchs ermittelt wird.[1101] Da der Gesetzeswortlaut nach h.M. die äußerste Grenze der Auslegung bildet,[1102] müsste die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch vom Wortlaut des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG gedeckt sein. Dieser normiert zwar nicht explizit einen Kontrahierungszwang, gewährt dem Berechtigten aber einen Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung. Besteht die Beeinträchtigung in einer benachteiligenden Vertragsablehnung, so ist ein Beseitigungsanspruch auf den begehrten Vertragsabschluss als *actus contrarius* zur Vertragsverweigerung gerichtet.[1103]

Dem halten einige Stimmen aus der Literatur[1104] entgegen, dass der Beseitigungsanspruch sich nur auf den rechtswidrigen Zustand beziehe, welcher im Falle der Vertragsverweigerung auch durch eine erneute benachteiligungsfreie Zurückweisung aufgehoben werden könne. Der Beseitigungsanspruch sei daher nicht zwingend auf Vertragsabschluss gerichtet. Die Vertreter dieser Auffassung verkennen jedoch, dass die Kausalität zwischen verbotener Benachteiligung und Nichtzustandekommen des Vertrags ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung des Kontrahierungsanspruchs ist. Der Benachteiligte hat mithin nur dann einen Anspruch auf Vertragsabschluss, wenn der Vertrag bei Hinwegdenken der benachteiligenden Zurück-

---

[1100] Vgl. *Schöbener/Stork,* ZEuS 2004, 43 (50) zu Art. 5 Abs. 3 EGV und Art. 249 Abs. 3 EGV.

[1101] *Horn,* Einführung, Rn. 178.

[1102] BVerfGE 71, 108 (115) – *Anti-Atomkraftplakette*; *Bork,* BGB-AT, Rn. 126; *Horn,* Einführung, Rn. 178; *Larenz/Wolf,* BGB-AT, § 4 II 2 a, Rn. 39; *Looschelders/Roth,* Juristische Methodik, S. 67 m.w.N.; *Saueressig,* JURA 2005, 525 (526); a.A. *Christensen/Kudlich,* Theorie richterlichen Begründens, S. 375 ff.; *Deckert,* JA 1994, 412 (414).

[1103] *Bachmann,* ZBB 2006, 257 (265); *Meinel/Heyn/Herms,* AGG, 2007, § 21, Rn. 12; *Schiek,* in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 9; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 18; *Thüsing/v. Hoff,* NJW 2007, 21 (22); *Wendt/Schäfer,* JuS 2009, 206 (207); vgl. auch *Schmidt-Räntsch,* NZM 2007, 6 (14).

[1104] *Armbrüster,* in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 164 ff.; *Hinz,* Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 24; *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 242.

weisung geschlossen worden wäre.[1105] Im Ergebnis wird die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch bei sprachlich-grammatischer Auslegung damit von dem Ausdruck „Beseitigung der Beeinträchtigung“ erfasst.

bb. Genetische Auslegung

Die genetische Auslegung betrachtet die Absicht des Gesetzgebers bei Erlass des auszulegenden Gesetzes und greift dafür insbesondere auf die Gesetzesmaterialien zurück.[1106] Die Entstehungsgeschichte des AGG bietet Ansatzpunkte sowohl für das Verständnis des Gesetzgebers von dem Inhalt des Beseitigungs- respektive Schadensersatzanspruchs als auch für einen möglichen Ausschluss von Kontrahierungszwang.

(1) Kontrahierungszwang als Beseitigungs- / Schadensersatzanspruch

Der Gesetzgeber könnte bei Erlass des AGG davon ausgegangen sein, dass Vertragsabschlusszwang von den Rechtsfolgen des § 21 AGG umfasst wird und deshalb keiner konstitutiven Normierung bedarf. Entsprechende Hinweise finden sich zwar nicht in der amtlichen Begründung zum AGG-E[1107], möglicherweise aber in der Entwurfsbegründung zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004. Dieser lautet:

> *Im Fall einer Vertragsverweigerung kann der Benachteiligte den Abschluss eines Vertrages nur verlangen, wenn dieser ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre. Die Leistung muss hinreichend bestimmt sein; die Gegenleistung ist im Zweifel nach § 315 Abs. 3 und § 316 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu ermitteln.*

Zur Begründung von § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 hat der Entwurfsverfasser ausgeführt: „Die Bestimmungen enthält Klarstellungen, die sich bereits aus allgemeinen Prinzipien des Zivilrechts ergeben […].“ – „Satz 1 ist keine eigenständige Anspruchsgrundlage. Der Anspruch selbst hat seine Grundlage im Schadensersatzrecht […] bzw. ergibt sich als quasi-

---

[1105] *Deinert,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 82a; *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 213; *Rühl/Schmid/Viethen,* AGG, Kap. IV, S. 152; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 25; *Thüsing/v. Hoff,* NJW 2007, 21 (23); *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 18; vgl. auch § 22 Abs. 2 S. 1 ADG-E 2004.

[1106] *Deckert,* JA 1994, 412 (415 f.), auch zur Abgrenzung der genetischen von der historischen Auslegung.

[1107] BTDrucks 16/1780.

negatorischer Folgenbeseitigungsanspruch […].“[1108] Hieraus wird teilweise geschlussfolgert, dass der Gesetzgeber auch bei Erlass von § 21 AGG die Auffassung vertreten habe, Kontrahierungszwang ergebe sich ohne Weiteres aus den normierten Rechtsfolgen.[1109]

Gegen diesen Auslegungsansatz wendet *Peter Rösmann*[1110] jedoch zu Recht ein, dass aufgrund des Wechsels von der 15. zur 16. Legislaturperiode die Verfasser des ADG-E 2004 mit dem Gesetzgeber des AGG personell nicht identisch waren und daher durchaus abweichende Rechtsansichten vertreten haben können. Da sich in der amtlichen Begründung zum AGG-E selbst keinerlei Hinweis auf einen Vertragsabschlusszwang findet,[1111] ist es ebenso denkbar, dass der Gesetzgeber des AGG Kontrahierungszwang nicht von den Ansprüchen des § 21 AGG umfasst gesehen hat und damit auch nicht normieren wollte.

Die Gesetzesgenese steht damit der Herleitung eines Vertragsabschlusszwangs aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG nicht entgegen, gebietet sie aber nicht zwingend.

(2) Ausschluss von Kontrahierungsanspruch

Die Genese des § 21 AGG könnte insofern auch für einen Ausschluss von Vertragsabschlusszwang sprechen, als die Vorschrift des § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 nicht mit aufgenommen wurde. Die ersatz- und kommentarlose[1112] Streichung dieser Entwurfsregelung hat den Meinungsstreit über das Bestehen einer Vertragsabschlusspflicht maßgeblich entzündet. So werden aus der Nichtaufnahme der Vorschrift konträre Rückschlüsse auf die gesetzgeberische Intention gezogen:

Einige Stimmen deuten dieses dahingehend, dass der Gesetzgeber sich der scharfen Kritik an der Kodifizierung eines Kontrahierungszwangs gebeugt habe und diesen durch Streichung der Entwurfsregelung habe ausschließen wollen.[1113] *Gregor Bachmann*[1114] zieht dagegen nicht primär aus dem Wegfall des § 22 Abs. 2 ADG-E 2004, sondern vielmehr aus „Äußerungen

---

[1108] BTDrucks 15/4538, S. 43.

[1109] *Armbrüster,* in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 186; *Maier-Reimer,* NJW 2006, 2577 (2582); *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 21; *Thüsing/v. Hoff,* NJW 2007, 21 (22); *Wendt/Schäfer,* JuS 2009, 206 (208).

[1110] Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 247.

[1111] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 45 f.

[1112] Vgl. BRDrucks 329/06, S. 49 f.; BTDrucks 16/1780, S. 45 f.

[1113] *Worzalla,* AGG, S. 212; so wohl auch *Adomeit,* in: FS Westermann, S. 19 (24); *Adomeit/Mohr,* AGG, § 21, Rn. 10; *Schürnbrand,* BKR 2007, 305 (310).

[1114] ZBB 2006, 257 (266); so auch *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 247 ff.

aus dem politischen Umfeld“ des Gesetzgebungsverfahrens den Schluss, dass auf die Normierung eines Kontrahierungszwangs verzichtet werden sollte. Er stützt sich dabei insbesondere auf den Redebeitrag eines Abgeordneten im Rahmen der Schlussberatung[1115] sowie auf einen Artikel der *FAZ*[1116], die beide den Wegfall des Kontrahierungszwangs proklamieren.

Überwiegend wird dagegen unter Verweis auf die Begründung zum ADG-E 2004[1117] angenommen, der Gesetzgeber habe durch Streichung des § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 keine Aussage zum Bestehen oder Nichtbestehen eines Kontrahierungszwangs treffen wollen; sollte der Vorschrift des § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 rein deklaratorische Wirkung zukommen, dann könne ihr Wegfall auch keinen Einfluss auf den Regelungsgehalt des § 21 Abs. 1 AGG haben und die Herleitung eines Abschlusszwangs nicht ausschließen.[1118]

Der erstgenannten Auffassung ist zuzugestehen, dass die Streichung des § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 tatsächlich den Anschein erweckt, der Gesetzgeber habe auf die heftige Auseinandersetzung um die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch reagiert und ihn materiellrechtlich ausschließen wollen.[1119] Eine entsprechende Absicht lässt sich zwar nicht der Gesetzesbegründung[1120], durchaus aber den von *Bachmann* in Bezug genommenen nichtamtlichen Materialien entnehmen. Insoweit ist jedoch bereits zweifelhaft, ob eine Auslegung anhand von Zeitungsberichten, Pressemitteilungen sowie einzelner, zusammenhangloser parlamentarischer Redebeiträge mit der gebotenen Bestimmbarkeit von Gesetzen zu vereinbaren ist.[1121] Jedenfalls kann eine gesetzgeberische Absicht im Rahmen der genetischen Auslegung nur insoweit berücksichtigt werden als sie im Gesetzestext hinreichend deutlich zum Aus-

---

[1115] Äußerung des Abgeordneten *Dr. Wolfgang Götzer* (CDU/CSU), BTPlPr. 16/43, S. 4038 vom 29.06.2006: „Bereits im Rahmen der Vorbereitung des Regierungsentwurfs sind am Entwurf aus der letzten Wahlperiode einige wichtige Änderungen vorgenommen worden. Ich nenne nur den Wegfall des Kontrahierungszwangs im Zivilrecht.“

[1116] Vom 01.03.2006, S. 13 – „Kontrahierungszwang im ADG soll entfallen“.

[1117] BTDrucks 15/4538, S. 43 f.

[1118] *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 16; *ders.*, VersR 2006, 1297 (1303); *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 78; *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 207; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2582); *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 12; *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 152; *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 8; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 21 f.; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (22); *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 21, Rn. 13 f.; *Wendt/Schäfer*, JuS 2009, 206 (208); *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 13.

[1119] Vgl. auch *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 21; *Wendtland*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 1, Rn. 9.

[1120] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 45 f.

[1121] *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 12; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 22; a.A. *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 248 f.

druck kommt.[1122] Dem AGG lässt sich aber keinerlei Hinweis auf den materiellrechtlichen Ausschluss von Kontrahierungszwang entnehmen.[1123]

Im Ergebnis ist es damit durchaus denkbar, dass der Gesetzgeber Kontrahierungszwang durch Streichung des § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 hat ausschließen wollen. Da eine solche Absicht im Gesetz selbst jedoch keinerlei Ausdruck gefunden hat, lässt sich ein materiellrechtlicher Ausschluss von Kontrahierungszwang an der Gesetzesgenese nicht festmachen.

cc. Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung betrachtet die auszulegende Norm nicht isoliert, sondern in ihrem gesetzlichen Zusammenhang, nimmt also insbesondere ihren Standort innerhalb des Gesetzes, ihr Zusammenwirken mit benachbarten und den Vergleich mit ähnlichen Regelungen in den Blick.[1124] Dass § 15 Abs. 6 AGG ebenso wie dessen inzwischen aufgehobene Vorgängerregelung § 611a Abs. 2 Hs. 2 BGB und wie auch § 81 Abs. 2 Nr. 2 Hs. 2 SGB IX a.F. einen ausdrücklichen Ausschluss von Kontrahierungszwang enthalten, lässt vermuten, dass § 21 Abs. 1 S. 1 AGG entweder gar keine[1125] oder aber im Umkehrschluss gerade eine positive Regelung zu Vertragsabschlusszwang trifft[1126]. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, weshalb bei vergleichbarer Sachlage zwei grundlegend unterschiedliche Normtexte innerhalb eines Gesetzes – konkret § 15 Abs. 6 AGG und § 21 Abs. 1 S. 1 AGG – die gleichen rechtlichen Wirkungen haben sollten, indem sie beide die Möglichkeit eines Vertragsabschlusszwangs ausschließen.[1127]

Dem steht auch nicht entgegen, dass § 18 Abs. 2 AGG für die Mitgliedschaft in Vereinigungen, auf die das arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot gemäß § 18 Abs. 1 AGG Anwendung findet, ausdrücklich einen Kontrahierungszwang normiert.[1128] Da § 18 Abs. 2 AGG le-

---

[1122] BVerfG NJW 1981, 39 (42); 1983, 103 (104); 1983, 735 (738); *Horn*, Einführung, Rn. 179a; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 22.

[1123] Vielmehr ist die Empfehlung der involvierten Bundesratsausschüsse, einen Anspruch auf Vertragsabschluss ausdrücklich auszuschließen (vgl. BRDrucks 329/1/06, S. 10), nicht vom Bundesratsplenum übernommen worden (vgl. BRDrucks 329/06, S. 49 ff.); *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 152, Fn. 163.

[1124] *Bork*, BGB-AT, Rn. 128; *Horn*, Einführung, Rn. 180.

[1125] Vgl. *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 21, AGG, Rn. 77, der dieses zumindest in Betracht zieht.

[1126] So *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 77; *Oberwetter*, AGG, S. 59; *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 10; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 18; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (22); *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 21, Rn. 15; *Wendt/Schäfer*, JuS 2009, 206 (208).

[1127] *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (22); *Wendt/Schäfer*, JuS 2009, 206 (208).

[1128] So aber *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 244.

diglich eine Ausnahmeregelung zu § 15 Abs. 6 AGG statuiert,[1129] fehlt es an der systematischen Vergleichbarkeit mit § 21 AGG, der – entsprechend § 15 AGG für das Arbeitsrecht – eine grundsätzliche Regelung der Ansprüche bei Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr trifft.

Auch die Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 15 Abs. 6 AGG auf allgemein-zivilrechtliche Geschäfte trägt nicht.[1130] So mag der Ausschluss von Kontrahierungszwang nach § 15 Abs. 6 AGG zwar nach dem Prinzip des *pars pro toto* auf vom Gesetzeswortlaut nicht erfasste arbeitsvertragliche Vereinbarungen, wie etwa Vertragsänderungen, übertragbar sein.[1131] Dieses kann jedoch nicht für allgemein-zivilrechtliche Verträge i.S.v. §§ 2 Abs. 1 Nr. 5-8; 19 Abs. 1, 2 AGG gelten, da sie die in § 15 Abs. 6 AGG aufgeführten Arbeitsverträge gerade nicht umfassen.

Die Gesetzessystematik des AGG spricht damit gegen den Ausschluss von Kontrahierungszwang. Allerdings ist *Peter Rösmann*[1132] darin zuzustimmen, dass der systematischen Auslegung des AGG angesichts seiner von langjährigen politischen und gesellschaftlichen Diskussionen, mehreren Gesetzentwürfen und einer Kompromisslösung geprägten Entstehungsgeschichte[1133] kein allzu hoher Stellenwert beigemessen werden darf.

dd. Teleologische Auslegung

Im Wege der teleologischen Auslegung wird ermittelt, welche mehrerer Deutungsmöglichkeiten dem Regelungszweck der Norm entspricht.[1134] Der Normzweck muss im Gesetzestext grundsätzlich einen Anhaltspunkt finden und kann sich im Übrigen – unter Einbindung grundrechtlicher Erwägungen[1135] – sowohl aus den gesetzgeberischen Motiven als auch aus der Gesetzessystematik ergeben.[1136]

Gemäß § 1 AGG ist es Ziel des Gesetzes, Benachteiligungen wegen der geschützten Merkmale zu verhindern oder zu beseitigen und zwar im Sinne eines konsequenten, effektiven und nachhaltigen Diskriminierungsschutzes, wobei Aspekte der Prävention und der Abwehr ne-

---

[1129] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 18, Rn. 17.
[1130] So aber *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 244 f.
[1131] Vgl. *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15, Rn. 129; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 15 AGG, Rn. 44.
[1132] Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 245.
[1133] Vgl. oben 2. Kap. IV 4.
[1134] *Bork*, BGB-AT, Rn. 135; kritisch hierzu *Deckert*, JA 1994, 412 (416 f.).
[1135] Vgl. etwa BVerfGE 99, 185 (196) – *Scientology*.
[1136] *Horn*, Einführung, Rn. 183.

beneinander treten[1137]. Aus der amtlichen Begründung zum AGG-E ergibt sich zudem die übergeordnete Zielsetzung, auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht potenziell oder konkret Benachteiligter zu schützen, wohingegen die privatautonome Entfaltungsmöglichkeit des Einzelnen nicht vom Schutzzweck des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots umfasst ist.[1138]

So hat auch die verfassungsrechtliche Untersuchung von Kontrahierungszwang als Mittel des Diskriminierungsschutzes ergeben, dass der Schutz der positiven Vertragsbegründungsfreiheit des Zurückgewiesenen kein legitimes Ziel ist, da dieser ohne Angewiesenheit auf die Leistung allein durch diskriminierende Vertragsverweigerung in seiner rechtsgeschäftlichen Betätigungsfreiheit nicht eingeschränkt wird.[1139] Doch auch der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Benachteiligten lässt sich durch Vertragsabschlusszwang nicht realisieren, da Kontrahierungszwang zur Kompensation einer persönlichen Herabwürdigung nicht geeignet ist.[1140]

Demgegenüber ist Vertragsabschlusszwang durchaus ein legitimes und dienliches Mittel, um Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr nachhaltig zu bekämpfen, indem er im Vorfeld abschreckend auf diejenigen Vertragsofferenten wirkt, die sich keiner späteren Rechtsstreitigkeit aussetzen wollen.[1141] Insbesondere aber lässt sich speziell mit Kontrahierungszwang verhindern, dass sich der Benachteiligende unter Inkaufnahme von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen dem konkreten Vertragsabschluss entzieht und sich damit gleichsam aus seiner Verpflichtung freikauft. Zudem wird der Betroffene durch Vertragsabschlusszwang vor weiterer Stigmatisierung geschützt, die durch das Ausweichen auf einen anderen Anbieter und die damit verbundene zusätzliche Demütigung entstehen könnte.

Wird ein Anspruch auf Vertragsabschluss dem Regelungszweck der §§ 19 ff. AGG im Falle einer benachteiligenden Vertragsverweigerung damit effektiver und nachhaltiger gerecht als Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche, so streitet die teleologische Auslegung jedenfalls gegen den Ausschluss von Kontrahierungszwang.

[1137] Vgl. dazu oben 3. Kap. II 1 a.
[1138] Vgl. dazu oben 3. Kap. II 1 b.
[1139] S.o. 5. Kap. III 3 a.
[1140] S.o. 5. Kap. III 3 b.
[1141] *Wendt/Schäfer,* JuS 2009, 206 (208).

ee. Fazit

Der in § 21 Abs. 1 S. 1 AGG normierte Beseitigungsanspruch umfasst dem Gesetzeswortlaut nach einen Anspruch auf Vertragsabschluss als *actus contrarius* zur Vertragsverweigerung. Anhand der Gesetzesgenese lässt sich weder die Normierung noch der Ausschluss von Kontrahierungszwang verifizieren, beides aber auch nicht ausschließen. Gegen einen Ausschluss von Kontrahierungszwang spricht dagegen – neben der in ihrer Aussagekraft recht schwachen Gesetzessystematik – die Teleologie des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots.

Lässt sich § 21 AGG damit aufgrund der Zielsetzung des AGG jedenfalls kein Ausschluss von Kontrahierungszwang entnehmen, so hängt dessen Herleitung allein von der Auslegung des Beseitigungsbegriffs ab. Dieser trägt zwar grundsätzlich die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch, könnte aber auch wortlautbegrenzend dahingehend ausgelegt werden, dass er einen Vertragsabschlusszwang nicht umfasst.

c. Verfassungskonforme Auslegung

aa. Allgemeines

Die Prüfung der Grundrechtskonformität von § 21 Abs. 1 S. 1 AGG könnte eine verfassungskonform begrenzende Auslegung der Norm erforderlich machen. Sofern die einfache Gesetzesauslegung zwei Deutungsmöglichkeiten zulässt, von denen eine nicht mit der Verfassung im Einklang steht, so ist die Norm einschränkend dahingehend auszulegen, dass nur der verfassungsgemäßen Auslegungsvariante Geltung zukommt.[1142]

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Kontrahierungszwangs aus § 21 AGG ist aufgrund des weitreichenden Eingriffs in die Vertragsfreiheit des Benachteiligenden umstritten.[1143] Zu

---

[1142] BVerfGE 2, 266 (282) – *Notaufnahme*; 7, 120 (126) – *Personalvertretung*; 19, 1 (5) – *Neuapostolische Kirche*; 32, 373 (383 f.) – *Ärztliche Schweigepflicht*; vgl. auch *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Einl., Rn. 80.

[1143] Verfassungsmäßigkeit bejahend: *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 81; *Mahlmann*, Stellungnahme zum ADG-E 2004, S. 187 (191, 193 f.); *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 21, Rn. 12; *Nickel*, Stellungnahme zum ADG-E 2004, S. 197 (207 f.); *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 8; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 35; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (25 f.); *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 14; offenbar auch *Derleder/Sabetta*, WuM 2005, 3 (5) zum ADG-E 2004; Verfassungsmäßigkeit verneinend: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 21, Rn. 10; *Armbrüster*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 189 ff.; *ders.*, VersR 2006, 1297 (1304); *Picker*, JZ 2002, 880 (881); *ders.*, ZfA 2005, 167 (177 ff.); *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 250 ff. (255); tendenziell auch *Schürnbrand*, BKR 2007, 305 (311); differenzierend: *Stork*, ZEuS 2004, 1 (50 f.) zum ADG-E 2004.

seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung kommt allein das kollidierende Grundrecht des Benachteiligten auf Diskriminierungsfreiheit aus Art. 3 GG in Betracht.[1144] Die Legitimität dieses Schutzzieles konnte bereits bejaht werden, ebenso wie die Eignung und Erforderlichkeit von Kontrahierungszwang zu seiner Erreichung.[1145]

bb. Angemessenheit des Mittels Kontrahierungszwang

(1) Meinungsstreit

Zweifelhaft und eine Frage der jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen ist jedoch die Angemessenheit eines Kontrahierungsanspruchs aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG. Diese wird insbesondere mit dem Argument verneint, dass die Vertragsfreiheit des Verpflichteten komplett verdrängt werde und damit in ihrem Kernbereich betroffen sei.[1146] Dem wird von anderer Seite entgegen gehalten, dass das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot sowohl hinsichtlich seiner Tatbestandsvoraussetzungen als auch in Bezug auf Rechtfertigungsmöglichkeiten nach § 20 AGG abgestufte Differenzierungsmöglichkeiten zulasse, die die rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung des Benachteiligenden hinreichend wahrten und damit die Angemessenheit des Kontrahierungszwangs gewährleisteten.[1147]

Die Entscheidung dieses Meinungsstreits erfordert eine differenzierende Betrachtung der beiden Formen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots. Dabei ist zugrunde zu legen, dass nach dem Ergebnis der verfassungsrechtlichen Abwägung Vertragsabschlusszwang aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG aufgrund des hohen Rangs der Privatautonomie nur angemessen sein kann, wenn die Zurückweisung den Betroffenen in einer die Menschenwürde berührenden Weise stigmatisiert oder aber die gesteigerte Gefahr birgt, dass sich die Diskriminierung auf andere Träger des Persönlichkeitsmerkmals ausweitet.[1148]

[1144] S.o. 5. Kap. III 3.
[1145] S.o. 5. Kap. III 3 c bb 1-3.
[1146] *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 253 f.
[1147] *Mahlmann*, Stellungnahme zum ADG-E 2004, S. 187 (191, 193 f.); *Nickel*, Stellungnahme zum ADG-E 2004, S. 197 (207 f.).
[1148] S.o. 5. Kap. III 3 c bb 4.

(2) Stellungnahme

(α) Eingeschränktes Benachteiligungsverbot

Nach dem eingeschränkten Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG sind Benachteiligungen wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität nur den Anbietern von Massengeschäften, massengeschäftsähnlichen Geschäften und privaten Versicherungsverträgen untersagt, mithin in aller Regel Gewerbetreibenden[1149].

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen einen Kontrahierungszwang wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 AGG könnten insbesondere hinsichtlich der Merkmale Alter und sexuelle Identität bestehen, die nicht von dem speziellen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG erfasst werden. Diese unterfallen dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 1 GG, dessen Missachtung prinzipiell nach einem weniger strengen Maßstab zu beurteilen ist.[1150] Da jedoch die Differenzierung nach Alter und sexueller Identität nicht an Verhaltensweisen, sondern an askriptive Merkmale des Benachteiligten anknüpft und im Übrigen gleichermaßen wie die in Art. 3 Abs. 3 GG geschützten Merkmale zur Stigmatisierung Einzelner wie auch zur Minderheitendiskriminierung führen kann, ist in Übertragung der oben dargestellten Rechtsprechung des BVerfG[1151] auf Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr ein abgestufter Bewertungsmaßstab abzulehnen.[1152]

Die benachteiligende Verweigerung von Massengeschäften und massengeschäftsähnlichen Geschäften birgt aufgrund ihres regelmäßigen Öffentlichkeitsbezugs eine erhöhte generelle Gefahr der Stigmatisierung des Betroffenen und der Ausweitung auf andere Merkmalsträger. Bei Massengeschäften wird diese Stigmatisierungsgefahr noch dadurch gesteigert, dass der Anbieter grundsätzlich mit jedermann zu kontrahieren bereit ist, so dass eine persönlichkeitsbezogene Vertragsverweigerung eine besonders schwerwiegende Diffamierung bedeutet.[1153] Realisiert sich diese Gefahr, so ist eine Rehabilitierung des Benachteiligten am effektivsten

---

[1149] Vgl. BTDrucks 16/1780, S. 41.
[1150] S.o. 2. Kap. IV 1 b.
[1151] S.o. 5. Kap. III 3 c bb 4.
[1152] So auch *Baer*, ZRP 2002, 290 (294); *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 209; *Wrase*, ZESAR 2005, 229 (233 f.) für die sexuelle Identität; a.A. *Uerpmann-Wittzack*, ZaöRV 68 (2008), 359 (368 f.).
[1153] *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (248 f.).

und nachhaltigsten durch eine ebenfalls öffentlich wahrnehmbare, Genugtuung verschaffende Vertragserzwingung zu erreichen.[1154]

Ob allerdings mit der benachteiligenden Vertragsverweigerung auch tatsächlich eine die Menschenwürde berührende Stigmatisierung des Betroffenen einhergeht, ist stets eine Frage der Einzelfallumstände und kann nicht pauschal bejaht werden. So ist es durchaus denkbar, dass etwa der Eigentümer einer Vielzahl von Wohnungen, deren Vermietungen nach der Gesetzesbegründung[1155] als massengeschäftsähnliche Geschäfte gelten sollen, einen studentischen Mietinteressenten aufgrund seines Alters ablehnt, weil er aus Sorge vor Ruhestörungen prinzipiell nur an Senioren vermietet. Weil diese Begründung nicht als sachlicher Grund i.S.v. § 20 Abs. 1 S. 1 AGG die Zurückweisung des Studenten rechtfertigt, liegt darin zwar ein Verstoß gegen § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG, wohl aber keine die Menschenwürde berührende Stigmatisierung des Studenten. Da dieser Sachverhalt auch unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes keine Notwendigkeit birgt, dem studentischen Mietinteressenten die Erzwingung des Vertragsabschlusses zu ermöglichen, dürften Entschädigungs- und ggf. Schadensersatzansprüche die Benachteiligung hinreichend kompensieren.

Ist jedoch nach den Umständen des Einzelfalls ein Vertragsabschlusszwang zur Rehabilitierung des Benachteiligten erforderlich, so ist die Schwelle zur Rechtfertigung dieses Eingriffs in die negative Vertragsfreiheit des Anbieters dadurch gesenkt, dass es sich im Rahmen des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG um Geschäfte handelt, bei denen das Ansehen der Person typischerweise keine oder aber nach der Art des Schuldverhältnisses eine nur untergeordnete Rolle spielt. Im Ergebnis wird der Anbieter von Massengeschäften und ihnen gleichgestellten Geschäften damit nicht über Gebühr in seiner rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung belastet, wenn ihm ein bestimmter aus persönlichen Gründen unliebsamer Vertragspartner aufgedrängt wird.[1156] Dieses muss auch für den Ausnahmefall gelten, dass der Anbieter kein Gewerbetreibender ist,[1157] da er sich des besonderen Schutzes seiner Verbraucherstellung vor erzwungenen Verträgen jedenfalls durch das Angebot von Massengeschäften begeben hat und dem Schutz des Vertragsinteressenten vor Diskriminierung damit Vorrang einzuräumen ist. Soweit

---

[1154] Vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 295; *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 269, 277; *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (248).

[1155] BTDrucks 16/1780, S. 42; kritisch hierzu *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 19 AGG, Rn. 42 ff.

[1156] *Stork*, ZEuS 2005, 1 (50) zum ADG-E 2004; teilweise wird bei Massengeschäften gar die Eingriffsqualität von Kontrahierungszwang in Zweifel gezogen, da der Offerent sein Angebot an jedermann gerichtet und damit auf seine Partnerwahlfreiheit quasi verzichtet habe, so etwa *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (244).

[1157] Vgl. zu dieser Möglichkeit *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG, Rn. 3.

beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungsverträge nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG persönliche Merkmale des Versicherungsnehmers im Rahmen einer individuellen Risikoprüfung eine maßgebende vertragsbezogene Bedeutung haben, wird dem durch den speziellen Rechtfertigungsgrund des § 20 Abs. 2 AGG hinreichend Rechnung getragen.[1158]

Ein Kontrahierungszwang aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 AGG ist damit im Einzelfall nur insoweit verfassungskonform, als der Betroffene durch die benachteiligende Vertragsverweigerung in einer die Menschenwürde berührenden Weise stigmatisiert wird oder aber die gesteigerte Gefahr besteht, dass sich die Diskriminierung auf andere Träger des Persönlichkeitsmerkmals ausweitet. Die Vorschrift des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ist dahingehend verfassungskonform begrenzend auszulegen.

(β) Umfassendes Benachteiligungsverbot

Das umfassende Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG untersagt Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft im Rahmen aller Geschäfte i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG. Dem Schutz vor rassischer Diskriminierung kommt ein besonders hoher Stellenwert zu, da die an Rasse oder ethnische Herkunft anknüpfende Verweigerung eines öffentlich angebotenen Vertrags in besonderem Maße stigmatisierend ist und die erhebliche Gefahr einer Ausweitung im Sinne von Rassendiskriminierung birgt.[1159] Fallkonstellationen, in denen die Ablehnung eines öffentlich offerierten Geschäftsabschlusses aus rassischen Gründen den Betroffenen nicht in seiner Menschenwürde betrifft, sind nicht denkbar. Anders als beim eingeschränkten Benachteiligungsverbot können daher bei Verstoß gegen das umfassende Benachteiligungsverbot eine die Menschenwürde berührende Stigmatisierung des Betroffenen und – aufgrund der historischen Erfahrung aus der Zeit des Nationalsozialismus – auch die gesteigerte Gefahr einer Ausweitung der Diskriminierung pauschal angenommen werden[1160], mit der Konsequenz, dass bei Verstoß gegen § 19 Abs. 2 AGG unabhängig von den Einzelfallumständen zum Zwecke der Rehabilitierung und Prävention ein Anspruch auf Vertragsabschluss angemessen ist.

Allerdings lässt das umfassende Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG weiterreichende Eingriffe in die Vertragsfreiheit des Benachteiligenden zu als das eingeschränkte

---

[1158] Vgl. dazu oben 3. Kap. II 4 c bb 2.
[1159] S.o. 6. Kap. III 3 a bb 1 γ ββ.
[1160] Vgl. *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 276 f. m.w.N.

Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG, da auch private Anbieter erfasst werden, die lediglich einen einzigen Vertragsabschluss öffentlich offerieren.[1161] Weil den Anbieter aufgrund der Beweislastumkehr des § 22 AGG zudem die Beweislast dafür trifft, dass die Zurückweisung des Interessenten nicht auf einem geschützten Merkmal beruht,[1162] wird die Regelung im Hinblick auf nicht gewerblich Handelnde teilweise für verfassungswidrig erachtet.[1163]

Diese Auffassung verkennt jedoch zum einen den besonderen Regelungsgehalt von § 22 AGG, der nicht auf eine schlichte Beweislastumkehr beschränkt ist, zum anderen den hohen Stellenwert, den der Schutz vor rassischer Diskriminierung auf völker- wie verfassungsrechtlicher Ebene einnimmt.

So liegt zunächst die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Vertragsverweigerung Ausdruck einer Benachteiligung i.S.v. § 19 Abs. 2 AGG ist, beim zurückgewiesenen Interessenten. Dieser kommt dabei zwar insoweit in den Genuss einer Beweiserleichterung, als er zur Überzeugung des Gerichts lediglich Hilfstatsachen vortragen muss, die eine Anknüpfung an ein geschütztes Merkmal als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Dem Anbieter steht es jedoch bereits an dieser Stelle frei, entweder die Eignung der betreffenden Hilfstatsache zur Begründung der Vermutung zu entkräften oder aber die Überzeugung des Gerichts von den Hilfstatsachen selbst und damit ebenfalls die Vermutungswirkung zu erschüttern.[1164] Erst wenn dem Anbieter beides nicht gelingt und die Vermutungswirkung damit greift, steht ihm nach § 22 AGG noch der Beweis des Gegenteils dafür offen, dass er den Vertragsabschluss nicht wegen eines geschützten Merkmals, sondern aus anderen Gründen verweigert hat.[1165] Diese sehr ausdifferenzierte Beweislastregelung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei dem Motiv für eine Benachteiligung um eine „innere Tatsache“ handelt, deren Beweis- und Widerlegbarkeit gleichermaßen problematisch ist.[1166]

Nicht-gewerbliche Anbieter werden auch nicht deshalb unangemessen in ihrer rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung beeinträchtigt, weil sie im Unterschied zu Gewerbetreibenden ihre

---

[1161] S.o. 3. Kap. II 2 b bb 3.
[1162] Vgl. oben 3. Kap. II 5 c.
[1163] *Stork*, ZEuS 2005, 1 (51) zum ADG-E 2004; vgl. auch *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (247 ff.), der Kontrahierungszwang nur im Rahmen von Massengeschäften für ein angemessenes Mittel hält, weil der Anbieter hier typischerweise auf seine Partnerwahlfreiheit verzichte.
[1164] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 22, Rn. 48.
[1165] S.o. 3. Kap. II 5 c.
[1166] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 3, Rn. 150; *Preis*, ZESAR 2007, 308 (314).

Beweislage regelmäßig nicht durch das Dokumentieren von Vertragsverhandlungen zu verbessern wissen.[1167] Die schriftliche Niederlegung von Erwägungsgründen erleichtert zweifelsohne den Vortrag vor Gericht und die Beweisführung, wenn der Unternehmer bei einer Vielzahl von Geschäftsabschlüssen den einzelnen nicht mehr nachvollziehen kann. Offeriert aber eine Privatperson ein einziges oder einige wenige Geschäfte in der Öffentlichkeit, so kann sie ihre Abschlusserwägungen regelmäßig auch ohne Dokumentation substantiiert wiedergeben und ist gegenüber einem geschäftlich kundigen Unternehmer nicht maßgeblich schlechter gestellt. Nehmen die Geschäftstätigkeiten einer (noch) nicht gewerblich handelnden Person dagegen den Umfang von Massengeschäften ein, so kann einhergehend mit einer gewissen geschäftlichen Erfahrung auch die Dokumentation wichtiger Vorgänge erwartet werden.

Gegenüber nicht-gewerblichen Anbietern relativiert sich die Eingriffsqualität ferner dadurch, dass gemäß § 19 Abs. 4, 5 AGG familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse ebenso wie solche, die ein besonderes Näheverhältnis begründen, von vornherein aus dem Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots ausgenommen sind.[1168]

Im Übrigen ist die Schwelle zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Vertragsfreiheit niedrig anzusetzen, da der Anbieter durch die rassische Diskriminierung gegen einen fundamentalen Verfassungswert verstößt[1169]. Insoweit macht es auch keinen Unterschied, ob der Anbieter in Ausübung seines Gewerbes oder privat handelt, da allein der Öffentlichkeitsbezug der rassischen Benachteiligung ausschlaggebend ist.

Dieses Ergebnis findet Bestätigung durch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung der Norm. So räumen vor allem die UN-Antidiskriminierungsabkommen dem abwehrrechtlichen Schutz gegen Menschenrechtsverletzungen, insbesondere dem Schutz vor rassischer Diskriminierung, einen herausgehobenen Rang ein.[1170] Dieser Schutz gilt nicht nur zwischen Staat und Bürger, sondern soll mittelbare Wirkung auch unter Privatrechtssubjekten entfalten.[1171] Dabei bleiben Rechtsgeschäfte im Rahmen der Privatsphäre als engerem Lebensbereich zwar ausge-

[1167] So aber *Stork*, ZEuS 2005, 1 (51) zum ADG-E 2004.
[1168] S.o. 3. Kap. II 2 d.
[1169] BGHZ 16, 350 (353).
[1170] S.o. 2. Kap. II 1 a.
[1171] S.o. 2. Kap. II 2 b.

nommen, nicht aber solche Geschäfte, die der nicht-gewerbliche Anbieter der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt und sich damit des Schutzes seiner Privatsphäre begibt.[1172]

Ein Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge von § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 2 AGG ist damit sowohl gegenüber gewerblich als auch nicht-gewerblich handelnden Anbietern verfassungskonform.

d. Fazit

Als Anspruchsgrundlage für einen Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge einer verbotenen Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr kommt allein der Beseitigungsanspruch aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG in Betracht. Da sich weder an der Gesetzessystematik noch an der Zielsetzung des AGG ein Ausschluss von Kontrahierungszwang festmachen lässt, hängt dessen Herleitung maßgeblich von dem Terminus *Beseitigung* ab. Dieser erfasst bei wortlautgetreuer Auslegung einen Vertragsabschluss als *actus contrarius* zur Vertragsverweigerung, kann aber auch verfassungskonform begrenzend dahingehend ausgelegt werden, dass ein Vertragsabschluss nicht umfasst wird.

Ein Anspruch auf Abschluss des verweigerten Vertrags stellt ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Kompensation einer verbotenen Benachteiligung i.S.v. § 19 Abs. 1, 2 AGG dar. Aufgrund des massiven Eingriffs in die Vertragsfreiheit ist ein Kontrahierungsanspruch jedoch nur dann angemessen, wenn die Zurückweisung den Betroffenen in einer die Menschenwürde berührenden Weise stigmatisiert oder aber die gesteigerte Gefahr birgt, dass sich die Diskriminierung auf andere Träger des Persönlichkeitsmerkmals ausweitet. Dieses kann bei einer rassischen Benachteiligung im Rahmen des § 19 Abs. 2 AGG pauschal angenommen werden, muss aber bei einem Verstoß gegen das eingeschränkte Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG jeweils anhand der konkreten Umstände festgestellt werden. Insoweit ist § 19 Abs. 1 AGG verfassungskonform begrenzend auszulegen.

Gegen die Herleitung eines Kontrahierungszwangs aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG lässt sich schließlich auch nicht einwenden, dass er gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz der Normenbestimmtheit verstoße, weil die Rechtsfolge Vertragsabschlusszwang für den Betroffenen nicht ersichtlich sei.[1173] Zum einen normieren die herkömmlichen Erscheinungsformen von

---

[1172] So für Art. 5 lit. f CERD *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 33 f.
[1173] So aber *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 254 f.

Kontrahierungszwang durchweg keinen ausdrücklichen Anspruch auf Vertragsabschluss,[1174] ohne dass deshalb Zweifel an ihrer hinreichenden Bestimmtheit laut würden. Zum anderen hat das BVerfG[1175] wiederholt entschieden, dass eine Norm den Bestimmtheitsanforderungen genügt, wenn ihr Bedeutungsgehalt mithilfe der klassischen juristischen Auslegungsmethoden ermittelt werden kann, was die durchgeführte Untersuchung ergeben hat.

3. Voraussetzungen eines Kontrahierungsanspruchs aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG

Ein Kontrahierungsanspruch aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG hat gegenüber einem Beseitigungsanspruch besondere Anspruchsvoraussetzungen: Es bedarf einer benachteiligenden Vertragsverweigerung, welche kausal für das Nichtzustandekommen des begehrten Vertrags geworden ist, und der Vertragsinhalt muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Anspruchsvernichtend wirkt es sich zudem aus, wenn die Erbringung der vertragsgegenständlichen Leistung zwischenzeitlich unmöglich geworden ist.

a. Benachteiligende Vertragsverweigerung

Nicht jeder Verstoß gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot vermag einen Kontrahierungsanspruch auszulösen, sondern nur ein solcher, der sich als Ablehnung eines angetragenen Vertragsabschlusses äußert.[1176] Dieses betrifft neben der umfassenden auch die *partielle Vertragsverweigerung*, d.h. die Ablehnung eines Vertragsabschlusses zu Bedingungen, die anderen Interessenten unter vergleichbaren Umständen gewährt wurden oder gewährt würden.[1177] Der Benachteiligte hat in diesem Fall nach dem Argument *a maiori ad minus* prinzipiell einen Anspruch auf Vertragsanpassung.[1178]

Eine Vertragsanpassung wegen benachteiligender Vertragsvereinbarungen scheidet jedoch insoweit aus, als diese bereits gemäß § 21 Abs. 4 AGG relativ unwirksam sind. Kommt etwa ein Wohnungsmietvertrag aufgrund der ethnischen Herkunft des Bewerbers nur zu einem erhöhten Mietzins oder mit einem zeitlich beschränkten Balkonnutzungsrecht zustande, so sind

---

[1174] S.o. 4. Kap. II.

[1175] BVerfGE 17, 67 (82); 21, 245 (261) – *Führungskräfte der Wirtschaft*; 31, 255 (264) – *private Tonbandvervielfältigungen*; 37, 132 (142) – *Vergleichsmiete I*; 83, 130 (145) – *Josephine Mutzenbacher*.

[1176] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 211.

[1177] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 211 („qualifizierte Vertragsverweigerung"); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 24; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (23); *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 16.1.

[1178] *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 24.

diese benachteiligenden Bedingungen dem Vermieter gegenüber gemäß § 21 Abs. 4 AGG partiell und relativ nichtig.[1179] Da § 21 Abs. 4 AGG seinem Regelungszweck nach die Anwendbarkeit von § 139 BGB ausschließt, bleibt die Wirksamkeit des Vertrags selbst unberührt; die nichtigen Vereinbarungen werden entweder ihrer Höhe nach an das Übliche angepasst oder aber von dispositivem Gesetzesrecht ersetzt.[1180]

Besteht die Benachteiligung hingegen in einer nicht durch § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AGG gerechtfertigten Bevorzugung anderer Bewerber, kommt relative Teilnichtigkeit nach § 21 Abs. 4 AGG nicht in Betracht. So lässt sich eine dem Betroffenen benachteiligenderweise verwehrte, aber anderen Mietern eingeräumte Gartenmitbenutzung gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 AGG nur dadurch beseitigen, dass dem Betroffenen im Wege der Vertragsanpassung dieselben günstigen Konditionen eingeräumt werden.[1181]

Für die Feststellung einer benachteiligenden Vertragsverweigerung kommt dem Anspruchsteller die Beweiserleichterung des § 22 AGG zugute.[1182] Diese erlangt insbesondere im Rahmen einer partiellen Vertragsverweigerung Bedeutung für die Frage, ob eine einzelne ungünstige Vereinbarung Ausfluss eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 1, 2 AGG oder aber das Ergebnis einer an sachlichen Gesichtspunkten orientierten Vertragsverhandlung ist.[1183]

b. Kausalität zwischen Benachteiligung und Nichtzustandekommen des Vertrags

Ein Anspruch auf Vertragsabschluss nach § 21 Abs. 1 S. 1 AGG setzt weiterhin voraus, dass die verbotene Benachteiligung auch kausal für das Nichtzustandekommen des Vertrags war, der Vertrag also bei Hinwegdenken der Benachteiligung tatsächlich geschlossen worden wäre.[1184] Die Beweislast hierfür trägt nach den allgemeinen Grundsätzen der Anspruchsteller.[1185]

Bei Massengeschäften i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG ist Kausalität in aller Regel problemlos zu bejahen, da der Anbieter typischerweise mit allen Kunden ohne Ansehen der Per-

---

[1179] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 24, 88. Zu dem gleichen Ergebnis gelangen *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 211 und *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 16.1 durch Anwendung des § 134 BGB i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG.

[1180] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 88.

[1181] *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 24.

[1182] Vgl. dazu oben 3. Kap. II 5 c.

[1183] Vgl. auch *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 24.

[1184] Vgl. die Nachweise unter Fn. 1105.

[1185] *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 213; *Meinel/Heyn/Herms,* AGG, 2007, § 21, Rn. 12; *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 257; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 25; a.A. *Schiek,* in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 11, die Kausalität nach § 22 AGG vermuten will.

son zu kontrahieren bereit ist und die Ware grundsätzlich der Nachfrage entsprechend vorhält.[1186] Ist das Angebot hingegen begrenzt und handelt es sich um ein Geschäft, bei dem das Ansehen der Person eine auch nur untergeordnete Rolle spielt, so fehlt es an der Ursächlichkeit, wenn die Angebotskapazitäten zum Zeitpunkt der Vertragsverweigerung bereits erschöpft waren oder der Anbieter mit zumindest einem weiteren Interessenten benachteiligungsfrei hätte kontrahieren können.[1187]

Unabhängig von der Kapazität des Angebots ist die benachteiligende Vertragsverweigerung auch dann nicht kausal für das Nichtzustandekommen des Vertrags, wenn der Anbieter den Betroffenen aus sachlichem Grund, etwa wegen mangelnder Solvenz, ohnehin zurückgewiesen hätte.[1188] Demgegenüber kann der Anbieter einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 2 AGG nicht durch „Flucht in den Vertragsverzicht“ abwenden, da es für den Betroffenen im Ergebnis auf das Gleiche hinausläuft, ob er vom Anbieter wegen eines geschützten Merkmals dadurch benachteiligt wird, dass dieser mit einem anderen Interessenten kontrahiert oder aber von dem Abschluss des Vertrags insgesamt Abstand nimmt.[1189] Verzichtet der Anbieter hingegen auf den Vertragsabschluss im Ganzen, weil keiner der Bewerber – auch nicht der benachteiligte – ein adäquates Angebot abgegeben hat, ist dieses ohne Weiteres zulässig, da es hier wiederum an der Kausalität zwischen Benachteiligung und Nichtzustandekommen des Vertrags fehlt.[1190]

Mangelt es an der Ursächlichkeit zwischen Benachteiligung und Nichtzustandekommen des Vertrags, so scheiden auch Ansprüche auf Aufwendungsersatz für die vergebliche Vertragsanbahnung sowie auf Erstattung des Mehraufwands für einen alternativen Vertragsabschluss aus; der Benachteiligte hat ggf. Anspruch auf Entschädigung wegen immaterieller Schäden nach § 21 Abs. 2 S. 3 AGG.[1191]

[1186] *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 82a; *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 214; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 7; *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 153; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 27; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (23); vgl. auch BTDrucks 15/4538, S. 44 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004; kritisch hierzu *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (173) zum ADG-E 2004.

[1187] *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 154 f.; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 27 f.; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (23); vgl. auch BTDrucks 15/4538, S. 44 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004.

[1188] Vgl. BTDrucks 15/4538, S. 44 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004.

[1189] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 213; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 26; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (23).

[1190] So auch BTDrucks 15/4538, S. 44 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 – „mehrere weitgehend gleichwertige Angebote“.

[1191] *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 152 f.

c. Hinreichende Bestimmtheit

Ein Kontrahierungsanspruch setzt materiell- und prozessrechtlich voraus, dass der abzuschließende Vertrag inhaltlich hinreichend bestimmt ist.[1192] Insoweit kann auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die die Rechtsprechung zur Parallelproblematik eines Vorvertrags entwickelt hat:[1193] Ein Vorvertrag ist danach wirksam, wenn der von den Parteien als wesentlich erachtete Inhalt des Zielvertrags durch ergänzende Vertragsauslegung ermittelt werden kann.[1194] Lässt sich der Vertragsinhalt ausnahmsweise nicht auf diesem Wege festlegen, kann der Anspruchsteller Konkretisierung der Konditionen auch im Wege der Klage auf ein entsprechendes Angebot erreichen.[1195]

Eine ergänzende Vertragsauslegung bietet sich insbesondere für Massengeschäfte mit einem hohen Grad an Standardisierung an. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte kann bei diesen Geschäften nämlich ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Parteien einen Vertrag zu den Konditionen abschließen wollten, der für die betreffende Leistung der Üblichkeit entspricht.[1196] Die Bestimmung der Gegenleistung richtet sich hingegen nach §§ 315 Abs. 3, 316 BGB analog[1197].

d. Keine Unmöglichkeit der Leistung

Ein Kontrahierungsanspruch kommt nach den Grundsätzen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nicht in Betracht, wenn die Erbringung der tatsächlichen Leistung – vorbehaltlich kollusiven Zusammenwirkens mit einem Dritten[1198] – gemäß § 275 Abs. 1 BGB nachträglich unmöglich geworden ist.[1199] War die Leistung dagegen bereits bei Vertrags-

---

[1192] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 215; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 29; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (24); vgl. auch BTDrucks 15/4538, S. 44 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004.

[1193] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 215; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 19.

[1194] BGH NJW 1990, 1234 (1235) – *Unternehmenskauf*; BGH NJW-RR 1993, 139 (140).

[1195] *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 29; vgl. auch BTDrucks 15/4538, S. 44 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004.

[1196] Vgl. *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 29.

[1197] Vgl. hierzu bereits oben 4. Kap. III 2 a bb; so auch *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 30; a.A. *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 84 ff., der insoweit auf den – im Zweifelsfall am Üblichen orientierten – „hypothetischen Parteiwillen" abstellen will, aber „den Nachweis eines abweichenden Parteiwillens für den Fall des Vertragsschlusses sowohl nach oben als auch nach unten" nicht ausschließt.

[1198] *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 26.

[1199] *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 83; *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (249); *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 153; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 20; vgl. auch BTDrucks 15/4538, S. 43 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004.

verweigerung unmöglich, fehlt es schon an der Kausalität zwischen Benachteiligung und Nichtzustandekommen des Vertrags.

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Unmöglichkeit wegen anderweitiger Veräußerung der Sache zu. Verweigert etwa ein Konzertveranstalter einem Interessenten in benachteiligender Weise den Kartenverkauf, so erlischt der Kontrahierungsanspruch gemäß § 275 Abs. 1 BGB, sobald das Konzert ausverkauft ist. Der Konzertveranstalter könnte dem Interessenten zwar weiterhin eine Karte verkaufen und damit gemäß § 311a Abs. 1 BGB einen wirksamen Vertrag abschließen, seine Leistungspflicht aber wegen anfänglicher Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB nicht erfüllen.[1200] Insofern soll sich die Unmöglichkeit der Leistungserbringung bereits auf den Vertragsabschluss selbst auswirken.[1201]

Nach der auch hier zu beachtenden Rechtsprechung zum Rückerwerb[1202] liegt jedoch lediglich eine Leistungserschwerung und noch keine Unmöglichkeit vor, solange ein Rückerwerb der Sache durch den Anbieter nicht definitiv ausgeschlossen ist bzw. nach § 275 Abs. 2 BGB grob unverhältnismäßig wäre.[1203] Bei Massengeschäften scheidet Unmöglichkeit daher auch dann aus, wenn der Anbieter die nachgefragte Ware nachordern kann.[1204] Der Anspruchsgegner muss im Prozess darlegen und ggf. beweisen, dass er nach dem Maßstab des § 275 Abs. 2 BGB – unter Berücksichtigung seines eigenen Verschuldens – das ihm Zumutbare unternommen hat, um sich wieder leistungsfähig zu machen,[1205] im genannten Beispiel also die begehrte Konzertkarte zurückzuerwerben.

Nachträgliche Unmöglichkeit kann auch dadurch eintreten, dass der Anbieter sich mehreren Interessenten gegenüber nach § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG abschlusspflichtig gemacht hat, nur einmal leisten kann und mit einem der Anspruchsteller kontrahiert. Damit erlischt die Kontrahierungspflicht des Anbieters auch den anderen Berechtigten gegenüber, die insoweit Gesamtgläubiger i.S.v. § 428 BGB sind.[1206] Hier drohen dem Anbieter, der es auf gerichtliche Auseinandersetzungen ankommen lässt, erhebliche Prozesskosten: Sofern mehre-

---

[1200] Vgl. *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 216.
[1201] *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 216.
[1202] BGH NJW 1984, 479; 1988, 699 (700); 1996, 515 (516 f.); 1997, 1581 (1582).
[1203] *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 217; *Hinz,* Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 24; *Thüsing,* in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 31.
[1204] *Deinert,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 83.
[1205] *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 217; *Schiek,* in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 11; *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 20.
[1206] *Deinert,* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 87; *Derleder/Sabetta,* WuM 2005, 3 (6) zum ADG-E 2004.

re Kontrahierungsberechtigte den Anbieter prozessual in Anspruch nehmen und einer von ihnen mit seiner Klage durchdringt, erledigen sich die übrigen Verfahren, wobei die Kostentragungspflicht aufgrund der ursprünglichen Begründetheit der Klagen beim beklagten Anbieter liegt.[1207]

Steht die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung fest, so kann der Benachteiligte gemäß § 275 Abs. 1 BGB nicht mehr Vertragsabschluss, sondern nur noch Entschädigung und Ausgleich seines Vertrauensschadens verlangen.[1208]

e. Keine Voraussetzung: Mangelnde anderweitige Verfügbarkeit

Keine Voraussetzung für einen Kontrahierungsanspruch aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG ist es hingegen, dass der Anspruchsteller die nachgefragte Ware nicht anderswo erhalten kann.[1209] Dieses ergibt sich ohne Weiteres daraus, dass das AGG keinen teilhaberechtlichen Charakter hat, sondern allein abwehrrechtliche Ziele gegen Diskriminierung verfolgt.[1210] Dem Benachteiligten kann daher kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn er auf den verweigerten Vertragsabschluss besteht, anstatt die angebotene Ware problemlos anderweitig zu beziehen, da er sich anderenfalls der Diskriminierung beugen würde.[1211] Er kann daher den Anbieter auch dann auf Vertragsabschluss in Anspruch nehmen, wenn er die begehrte Leistung ohne zusätzlichen Aufwand von anderer Stelle erhalten könnte.

III. Effektivität und Praktikabilität

Die von *Klaus Adomeit*[1212] prognostizierte „explosionsartig vermehrte[ ] Fülle von Kontrahierungszwängen“ hat die Rechtsprechung offenbar nicht erreicht. Der Umstand, dass – soweit ersichtlich – noch keine gerichtliche Entscheidung zu einem Kontrahierungszwang aus

---

[1207] Vgl. *Derleder/Sabetta*, WuM 2005, 3 (6) zum ADG-E 2004.
[1208] *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 153.
[1209] *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 83a; a.A. *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 21 AGG, Rn. 7.
[1210] S.o. 3. Kap. II 1 c.
[1211] So *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (430) für rassische Diskriminierung; vgl. auch *Fries*, Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 281 f.; a.A. offenbar *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 83a; differenzierend *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (44, Fn. 69).
[1212] NJW 2002, 1622 (1623).

§ 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG ergangen ist,[1213] gibt Anlass dazu, seine praktische Durchsetzbarkeit und damit auch seine Wirksamkeit als Instrument des Diskriminierungsschutzes zu hinterfragen. Bedenken begegnen neben Praktikabilität und Effektivität eines solchen Abschlusszwangs auch seine Vereinbarkeit mit der Befriedungsfunktion des Rechts.[1214]

1. Verschleierung der eigentlichen Motive

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot im Allgemeinen und die Rechtsfolge Kontrahierungsanspruch im Speziellen werden zum Teil für impraktikabel gehalten, weil der Anbieter seine wahren Beweggründe für die Vertragsverweigerung verbergen und stattdessen zulässige Erwägungen vorschieben oder sich einer Begründung seiner Ablehnung ganz enthalten könne; dieses mache es dem Benachteiligten schwer, Indizien für eine verbotene Benachteiligung vorzubringen und ggf. zu beweisen.[1215]

Was auf dem Arbeitsmarkt für den Bewerber große Nachteile mit sich bringt, weil die Spannbreite denkbarer Ablehnungsgründe groß ist und er mangels – zuverlässiger – Begründung keine persönlichen Konsequenzen daraus ziehen kann, hat jedoch im Privatrechtsverkehr erheblich geringere Relevanz. So kann insbesondere bei Massengeschäften, die typischerweise ohne Ansehen der Person abgeschlossen werden, mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass der Anbieter ausschließlich an der Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft des Nachfragers interessiert ist. Aber auch bei sonstigen Geschäften i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG dürfte sich das Hauptaugenmerk des Anbieters auf die Bonität des Vertragsbewerbers richten, darüber hinaus allenfalls bei Wohnraummietverträgen auch auf weitere Faktoren wie insbesondere Beruf, äußeres Erscheinungsbild, Habitus oder Familienverhältnisse[1216]. Anders als beim Abschluss von Arbeitsverträgen war die Begründung einer

---

[1213] Das LG Frankfurt/Oder, Az. 12 O 17/10, abrufbar unter http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/bs/10/page/sammlung.psml?doc.hl=1&doc.id=JURE100066432%3Ajuris-r03&documentnumber=1&numberofresults=37&showdoccase=1&doc.part=L&paramfromHL=true, letzter Aufruf am 13.03.2012, bejaht zwar die Aufhebbarkeit eines Hausverbots nach § 21 Abs. 1 AGG, setzt sich jedoch nicht explizit mit dem Bestehen einer Kontrahierungspflicht auseinander. Rechtsprechung konnte bis zum 13.03.2012 berücksichtigt werden.

[1214] Vgl. etwa *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 393 f. m.w.N.; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 33 f.; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (23).

[1215] Vgl. *Derleder/Sabetta*, WuM 2005, 3 (8) zum ADG-E 2004; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2007, § 22, Rn. 18; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 393 f.; *Wrase*, HFR 2005, 47 (49).

[1216] Vgl. zu weiteren üblichen Auswahlkriterien des Wohnungsmieters *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 12; *Horst*, MDR 2006, 1266 (1269); *Schiess Rütimann*, WuM 2006, 12 (15).

ablehnenden Entscheidung auch vor Erlass des AGG bei Wohnraummietverträgen nicht üblich, so dass sich die Lage von Mietinteressenten in dieser Hinsicht nicht nennenswert verschlechtert hat. Kommt bei dem zurückgewiesenen Vertragsbewerber ein Benachteiligungsmerkmal aus § 19 Abs. 1, 2 AGG in Betracht und ist er im Hinblick auf Bonität und ggf. andere der o.g. Faktoren evident als „der bessere Vertragspartner" anzusehen, so dürften diese Umstände – auch ohne ausdrücklich oder konkludent benachteiligende Äußerung des Anbieters – als Indizien für eine Diskriminierung ausreichen.

Doch auch eine Bauchentscheidung[1217] oder eine Auswahlentscheidung nach atypischen Kriterien ist bei der Vertragspartnerwahl für Geschäfte i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG weiterhin denkbar und zulässig. So kann der Anbieter sich aufgrund eines ersten positiven Eindrucks für einen Bewerber entscheiden oder etwa den Verkauf eines emotionsträchtigen Oldtimers vom Sternzeichen des Interessenten abhängig machen. Sind dabei jedoch Indizien für eine verbotene Benachteiligung erwiesen, so muss der Anbieter für den Beweis des Gegenteils seine Vertragspartnerwahl umso substantiierter begründen, je mehr sie von einer situationstypischen Auswahlentscheidung abweicht, etwa darlegen und beweisen, dass eine bestimmte Gegebenheit seine Bauchentscheidung hervorgerufen hat bzw. dass er der Astrologie in geschäftlichen Belangen generell hohe Bedeutung beimisst.

Selbst die Gefahr der Verschleierung unzulässiger Motive bei der Auswahl des Vertragspartners macht einen Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge verbotener Benachteiligung damit nicht per se wirkungslos, da sich Indizien für eine Benachteiligung im Güter- und Dienstleistungsverkehr regelmäßig aus den Gesamtumständen ergeben.

2. Kausalitätsnachweis

a. Ausgangssituation

Voraussetzung für einen Kontrahierungsanspruch aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG ist die Kausalität zwischen der – nachgewiesenermaßen – benachteiligenden Vertragsverweigerung und dem Nichtzustandekommen des Vertrags. Der Anspruchsteller hat darzulegen und zu beweisen, dass der Anbieter bei Hinwegdenken der Benachteiligung mit ihm und nicht etwa zulässigerweise mit einem anderen Vertragsbewerber kontrahiert hätte. Praktische Probleme wirft der Kausalitätsnachweis vor allem bei solchen Geschäf-

[1217] *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 24; insoweit skeptisch *Horst*, MDR 2006, 1266 (1269).

ten i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG auf, die keine Massengeschäfte sind.[1218] Sofern das Angebot hinter der Nachfrage zurückbleibt, wird der Beweis der Ursächlichkeit zwischen Benachteiligung und Nichtzustandekommen des Vertrags – selbst bei massengeschäftsähnlichen Geschäften[1219] – regelmäßig ein faktisch unüberwindbares Hindernis darstellen.[1220] So kann der Anbieter die Auswahl der Vertragsbewerber hier zulässigerweise nach geschäftsrelevanten personenbezogenen Umständen treffen, weil dem Ansehen der Person – eine zumindest nachrangige – Bedeutung zukommt. Dem benachteiligten Vertragsbewerber wird in diesen Fällen bereits schwerlich der substantiierte Vortrag gelingen, dass der Anbieter sich ohne Benachteiligung für ihn entschieden hätte oder aber hätte entscheiden müssen, um das Benachteiligungsverbot nicht zu verletzen,[1221] wobei die Beweisschwierigkeiten mit der Zahl der Mitbewerber und potenziellen Vertragspartner wachsen.

b. Lösungsansatz über sekundäre Darlegungslast

Da sowohl die Erschöpfung des Warenbestandes als auch die Auswahlentscheidung, die der Anbieter ohne Benachteiligung unter mehreren Bewerbern getroffen hätte bzw. hätte treffen müssen, allein in der Sphäre des Anbieters liegen, könnte ihn eine sekundäre Darlegungslast treffen. Diese greift im Falle eines Informationsungleichgewichts zwischen den Parteien, konkret wenn der darlegungspflichtigen Partei ein substantiierter Vortrag schuldlos nicht möglich ist, die gegnerische Partei die fraglichen Tatsachen aber mühelos und zumutbarerweise vortragen kann.[1222] In diesem Fall kann sich der Anspruchsteller auf unsubstantiiertes Behaupten beschränken, welches der Anspruchsgegner sodann im Wege des Bestreitens mit Gehalt füllen muss, wenn er die Folgen des § 138 Abs. 3 ZPO meiden will.[1223]

Der Anspruchsteller befindet sich gegenüber dem Anspruchsgegner in unzumutbarer Darlegungsnot, weil die der Ursächlichkeit zugrunde liegenden Umstände allein im Wahrnehmungsbereich des Anspruchsgegners liegen. Da sich zudem die Notwendigkeit des Kausalitätsbeweises erst stellt, wenn die verbotene Benachteiligung durch Vertragsverweigerung als

---

[1218] Vgl. oben in diesem Kapitel unter II 3 b.
[1219] *Rühl/Schmid/Viethen*, AGG, Kap. IV, S. 154.
[1220] *Armbrüster*, ZRP 2005, 41 (43) zum ADG-E 2004; *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 213; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (24); vgl. auch BTDrucks 15/4538, S. 44 zu § 22 Abs. 2 ADG-E 2004.
[1221] *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 213; *Schiess Rütimann*, WuM 2006, 12 (16); *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (24).
[1222] BGHZ 121, 357 (365); 159, 1 (13); 160, 308 (320); *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 138, Rn. 11; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vorbem. § 284, Rn. 18, 37.
[1223] BGHZ 100, 190 (195 f.); *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 138, Rn. 11.

erwiesen anzusehen ist, ist es im Ergebnis interessengerecht, dem Anspruchsgegner die sekundäre Darlegungslast für solche Tatsachen aufzuerlegen, aus denen sich ergibt, dass der Warenbestand zum Zeitpunkt der Benachteiligung bereits erschöpft war oder aber dass der Anspruchsgegner auch ohne die Benachteiligung nicht mit dem Anspruchsteller, sondern aus konkret darzulegenden Gründen zulässigerweise mit einem bestimmten anderen Vertragsbewerber kontrahiert hätte. Dem Anspruchsteller obliegt daraufhin nach den allgemeinen Regeln die Beweislast dafür, dass Kausalität entgegen der vom Anspruchsgegner vorgebrachten Tatsachen vorliegt. Zur Beweisführung kann er nunmehr auf die vom Anspruchsgegner angegebenen Warenbestände oder -lieferungen, ggf. auch Mitarbeiter und Vertragsbewerber[1224] zurückgreifen.

Damit bietet die sekundäre Darlegungslast ein anerkanntes und interessengerechtes prozessuales Mittel, um dem Anspruchsteller Darlegung und Beweis der Kausalität zwischen Benachteiligung und Nichtzustandekommen des Vertrags in angemessenem Maße zu erleichtern.

3. Eintritt von Unmöglichkeit

Die Praktikabilität von Kontrahierungszwang wird zum Teil auch mit der Begründung in Zweifel gezogen, dass der Anspruchsgegner die Ware in der Zwischenzeit regelmäßig anderweitig veräußert habe und daher gegen den Vertragsabschlussanspruch erfolgreich Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB einwenden könne.[1225] Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Unmöglichkeit erst eintritt, wenn feststeht, dass der Anspruchsgegner die Ware weder nachordern noch zurückerwerben kann, wobei die Darlegungs- und Beweislast hierfür der Anspruchsgegner trägt.[1226]

Während der Anbieter eines Massengeschäfts die Ware in der Regel nachbestellen kann, findet bei allen anderen Geschäften i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG, insbesondere auch bei solchen über Unikate, durch die prozessuale Lastenverteilung eine angemessene Risikoverteilung statt: Der Anspruchsteller läuft bei der Geltendmachung des Kontrahierungsanspruchs Gefahr, dass der Anspruchsgegner erfolgreich den Eintritt nachträglicher Unmög-

---

[1224] Deren Benennung als Zeugen ist jedoch nicht Bestandteil der sekundären Darlegungslast, so dass die sachwidrige Zurückhaltung der Namen allenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung als Beweisvereitelung berücksichtigt werden kann, vgl. BGH NJW 2008, 982 (984); *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vorbem. § 284, Rn. 18.

[1225] *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 24 f.; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 33; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (24 f.) m.w.N.

[1226] Vgl. bereits oben in diesem Kapitel unter II 3 d.

lichkeit einwendet, letzterer trägt dagegen das Risiko, diese nicht beweisen zu können bzw. die Ware zu einem erhöhten Preis zurückerwerben zu müssen. Die Möglichkeit des Anspruchsgegners, die nachgefragte Ware anderweitig zu veräußern und gegen den Kontrahierungsanspruch des Anspruchstellers Unmöglichkeit einzuwenden, steht damit der grundsätzlichen Effektivität von Kontrahierungszwang nicht entgegen.

Zu berücksichtigen ist im Rahmen von Praktikabilitätserwägungen aber auch die Lage des Anspruchsgegners, der nach einer vermeintlichen Benachteiligung vor der Entscheidung steht, die nachgefragte Ware anderweitig zu veräußern und damit das Risiko einzugehen, sie ggf. zu einem erheblich höheren Preis zurückerwerben oder Schadensersatz leisten zu müssen. Um vor allem außerhalb von Massengeschäften die Phase der Unsicherheit und die damit einhergehende Einschränkung des Anbieters in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zu minimieren, ist eine Verkürzung der Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 S. 1 AGG für Kontrahierungszwang in Betracht zu ziehen.

Zwar wird teilweise bereits die Gemeinschaftsrechtskonformität der bestehenden zweimonatigen Ausschlussfrist angezweifelt, welche aufgrund ihrer Kürze zur faktischen Vereitelung von Ansprüchen geeignet sei.[1227] Da der Kontrahierungszwang aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG jedoch nicht richtliniendeterminiert ist, wäre auch eine auf ihn begrenzte Ausschlussfrist nicht am Gemeinschaftsrecht zu messen. Das geltende Recht kennt in § 562b Abs. 2 S. 2 BGB (Erlöschen des Vermieterpfandrechts) und in § 651g Abs. 1 S. 1 BGB (Geltendmachung von Reisemängeln) einmonatige Ausschlussfristen, die ebenfalls der Rechtssicherheit des Anspruchsgegners dienen. Dem – vermeintlich – Benachteiligten kann abverlangt werden, sein Interesse an dem Vertragsabschluss zeitnah kundzutun und den Kontrahierungsanspruch geltend zu machen,[1228] so dass die Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 S. 1 AGG für Kontrahierungszwang auf einen Monat verkürzt werden sollte.

4. Durchsetzung im Hauptsacheverfahren

Ein bedeutsames Argument gegen die Praktikabilität von Kontrahierungszwang als Mittel des Diskriminierungsschutzes wurzelt in der Dauer eines gerichtlichen Hauptsacheverfahrens. So erscheint es insbesondere bei Massengeschäften, die regelmäßig Dinge des täglichen Bedarfs

---

[1227] *Schiek,* in: Schiek, AGG, § 21, Rn. 30; vgl. auch *Gaier,* in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 243.

[1228] Vgl. auch *Stork,* ZEuS 2005, 1 (51) zum ADG-E 2004 m.w.N; ferner *Busche,* in: Leible/Schlachter, S. 159 (177) zur sechsmonatigen Ausschlussfrist des § 21 Abs. 6 ADG-E 2004 in der durch BTDrucks 15/5717 vom 15.06.2005 überarbeiteten Fassung.

betreffen, vollkommen unangemessen, eine gerichtliche Hauptsacheentscheidung zu erwirken und vor allem ihre Rechtskraft abzuwarten.[1229] Dass bei einem Kontrahierungszwang wegen verbotener Benachteiligung im Unterschied zu den herkömmlichen Kontrahierungspflichten aus markt- und leistungsbezogenen Gründen auch der Weg über den vorläufigen Rechtsschutz versperrt ist, verdeutlicht die Neuartigkeit des Kontrahierungszwangs aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG in besonders plastischer Weise. Da es hier eben nicht um die Abwendung einer akuten Notlage bzw. um die Sicherung des Lebensunterhalts oder der Existenz des Anspruchstellers geht, scheidet eine Leistungsverfügung analog § 940 ZPO faktisch aus.[1230] Bei den herkömmlichen Vertragsabschlusspflichten wegen markt- oder leistungsbedingter Angewiesenheit ist eine Leistungsverfügung hingegen denkbar.[1231]

Vergegenwärtigt man sich jedoch den Schutzzweck des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots, das nicht auf Bedarfsbefriedigung, sondern auf Diskriminierungsschutz ausgerichtet ist, so hat die Durchsetzung von Kontrahierungszwang im Wege eines langwierigen Gerichtsverfahrens auch bei Geschäften des alltäglichen Bedarfs durchaus seine Berechtigung. Dabei geht es vor allem darum, den öffentlich diskriminierten Bewerber öffentlich wahrnehmbar zu rehabilitieren und ihm – zu diesem Zweck, nicht zur Befriedigung seines Bedarfes – die nachgefragte Ware zu verschaffen.

5. Befriedungsfunktion des Privatrechts

Schließlich könnte ein Kontrahierungszwang aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG der Befriedungsfunktion des Privatrechts zuwiderlaufen. Danach besteht eine wesentliche Aufgabe des Zivilrechts darin, die widerstreitenden Interessen der Parteien zu einem angemessenen, aber auch nachhaltigen Ausgleich zu bringen.[1232] Die Unvereinbarkeit eines Vertragsabschlusszwangs als Folge verbotener Benachteiligung mit der Befriedungsfunktion des Privatrechts wird insbesondere damit begründet, dass in dem erzwungenen Vertragsverhältnis Folgestreitigkeiten

---

[1229] So *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (174); *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 30.

[1230] *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (174); *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, § 4, Rn. 221, der eine auf § 21 i.V.m. § 19 AGG gestützte Leistungsverfügung allerdings dann zulassen will, wenn über die Benachteiligung hinaus ausnahmsweise auch eine besondere Notlage besteht. Richtigerweise ist dieser Anspruch jedoch auf § 826 BGB zu stützen, vgl. oben 6. Kap. III 3 a bb 2 δ. Zu den Möglichkeiten einer Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO vgl. *Hinz*, Vortrag Mietgerichtstag 2007, S. 25 f.

[1231] Vgl. zu deren Voraussetzungen bereits oben 4. Kap. II 2 a bb 3.

[1232] Vgl. hierzu im Einzelnen *Raiser*, Rechtssoziologie, S. 308 ff.

unmittelbar angelegt seien.[1233] Seitens des Benachteiligten seien etwa Ansprüche wegen Leistungsstörungen, seitens des Benachteiligenden Unternehmungen zu erwarten, sich der vertraglichen Bindung etwa durch Rücktritt oder Kündigung zu entziehen.[1234] Diesbezüglich unterscheide sich Kontrahierungszwang wegen diskriminierender Vertragsverweigerung auch von den herkömmlichen Vertragsabschlusspflichten, die zumeist größere Unternehmen beträfen, kaum einen persönlichkeitsbezogenen Hintergrund hätten und damit weniger Konfliktpotenzial bürgen.[1235]

Dieser Einwand bedarf zu seiner Überprüfung einer differenzierenden Betrachtung: So liegt es allein in der Hand des Benachteiligten, ob er überhaupt einen Anspruch auf Vertragsabschluss geltend macht. Tut er dieses, so wird sein primäres Interesse auf ordnungsgemäße Abwicklung des Schuldverhältnisses gerichtet sein. Da nicht er, sondern sein Vertragspartner ein diskriminierendes Verhalten an den Tag gelegt hat, dürfte es seitens des Benachteiligten prinzipiell auch keine Schädigungsabsichten geben, etwa in Form willkürlicher Einwendung von Leistungsstörungen. Ihm aufgrund der erlittenen Benachteiligung Rachetendenzen zu unterstellen, wäre in dieser Pauschalität haltlos, zumal er durch den erzwungenen Vertragsabschluss bereits hinreichend rehabilitiert wäre.

Der benachteiligende Anbieter hat hingegen keinen Einfluss auf das Zustandekommen des Vertrags und könnte seinem Widerwillen durch Loslösungsversuche oder Schlechterfüllung Ausdruck verleihen. Dieses erscheint zunächst unwahrscheinlich, da er sich damit wiederum Schadensersatzansprüchen aussetzen würde, denen er durch den erzwungenen Vertragsabschluss gerade entgegangen ist. Zudem werden die Möglichkeiten der einseitigen Vertragsauflösung vor allem bei Dauerschuldverhältnissen, wie insbesondere Wohnraummietverträgen relevant, und sind hier nicht nur an enge gesetzliche Vorgaben geknüpft, sondern haben zudem bei Fortbestehen der Kontrahierungspflicht das Wiederaufleben des Abschlussanspruchs zur Folge.[1236] Verstößt hingegen die Ausübung des Gestaltungsrechts selbst gegen das zivil-

---

[1233] *Armbrüster*, KritVj 2005, 41 (47); *Busche*, in: Leible/Schlachter, S. 159 (174 f.); *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, Rn. 81; *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 258; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 21 AGG, Rn. 34 m.w.N.

[1234] *Armbrüster*, KritVj 2005, 41 (47); *Rösmann*, Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft, S. 258.

[1235] *Armbrüster*, KritVj 2005, 41 (47).

[1236] Vgl. oben 4. Kap. III 2 a dd.

rechtliche Benachteiligungsverbot, so ist dieses einseitige Rechtsgeschäft gemäß § 134 BGB i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG ohne Weiteres nichtig.[1237]

Dennoch trägt der Benachteiligte das Risiko, sich gegen Beendigungsversuche und Schlechterfüllung durch den Anbieter zur Wehr setzen zu müssen, was jedoch interessengerecht erscheint angesichts seiner Wahlfreiheit, den Vertragsabschluss zu erzwingen oder sich auf Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche zu beschränken. Misstraut der Benachteiligte der Bereitschaft des Anbieters zu einer vertragsgemäßen Leistung, so wird er bei einem Werk-, Dienst- oder Wohnungsmietvertrag mutmaßlich anders entscheiden als bei einem standardisierten Kaufvertrag.

Es sind also durchaus Situationen denkbar, in denen sich der Benachteiligte angesichts drohender Unstimmigkeiten gegen die Erzwingung eines Vertragsabschlusses entscheidet, ebenso wie es denkbar erscheint, dass der benachteiligende Anbieter den Vertrag mutwillig schlecht erfüllt.[1238] Beides ist jedoch auch im Rahmen der herkömmlichen Erscheinungsformen von Kontrahierungszwang möglich, weil etwa die verpflichtete Einzelperson[1239] oder aber der Entscheidungsträger innerhalb des verpflichteten Unternehmens sich mit lauteren oder unlauteren Methoden gegen den unerwünschten Vertragsabschluss bzw. Vertragspartner zur Wehr setzt. Da bei einem Vertragsabschlussanspruch aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG die persönlichkeitsberührende Benachteiligung nur von der einen Seite ausgeht, der anderen Seite hingegen die alleinige Entscheidungsfreiheit über die Erzwingung des Vertrags zusteht, ist der Befriedungsfunktion des Privatrechts im Ergebnis Genüge getan.

6. Fazit

Die gegen die Praktikabilität eines Kontrahierungszwangs aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vorgebrachten Einwände haben teilweise ihre Berechtigung. Dieses betrifft vor allem solche Geschäfte im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots, die keine Massengeschäfte sind. So dürfte es dem Benachteiligten hier aufgrund der möglichen Vielfalt an – u.a. personenbezogenen – Auswahlkriterien nicht nur schwerer fallen, Indizien für eine Benachteiligung substantiiert vorzutragen, sondern auch bei begrenzter Warenkapazität oder mehreren Mitbewerbern den Nachweis zu erbringen, dass der

---

[1237] *Armbrüster*, KritVj 2005, 41 (50).
[1238] Vgl. auch *Eisenschmid*, WuM 2006, 475 (478) unter Hinweis auf die Einzelfallumstände.
[1239] Etwa als Taxifahrer (§ 22 PBefG) oder als Rechtsanwalt (§§ 48 ff. BRAO).

Anbieter ohne Benachteiligung gerade mit ihm kontrahiert hätte. Zudem wird der Anbieter eines sonstigen Geschäftes i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG weitaus eher den Eintritt von Unmöglichkeit erfolgreich einwenden können als Anbieter von Massengeschäften, die die anderweitig veräußerte Ware regelmäßig nachordern können. Schließlich drohen insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen wie Miet- und Dienstleistungsverträgen, aber auch bei Werk- und Kaufverträgen über höherwertige Ware Folgestreitigkeiten, die bei den zumeist standardisierten und auf sofortige Abwicklung ausgerichteten Massengeschäften kaum entstehen können.

Allerdings führen die beschriebenen Einschränkungen in der praktischen Durchsetzbarkeit von Kontrahierungszwang nicht zu einer gleichermaßen eingeschränkten Effektivität. So liegt die kompensatorische Wirkweise eines Vertragsabschlusszwangs zwar primär darin, dass der Benachteiligte durch den erzwungenen Vertragsabschluss rehabilitiert wird. Eine gewisse Ausgleichswirkung kommt aber bereits der rein rechtlichen Möglichkeit zu, den Vertragsabschluss zu erzwingen. Dazu gibt der Gesetzgeber dem Benachteiligten mit Kontrahierungszwang ein geeignetes Instrument an die Hand, über dessen Einsatz dieser frei disponieren kann, indem er entweder zu seiner vollständigen Rehabilitierung und unter Inkaufnahme eines ggf. gesteigerten Prozessrisikos sowie möglicher Folgestreitigkeiten den Vertragsabschluss erzwingt oder sich aber auf Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche beschränkt.

Neben diesem Kompensationseffekt kommt Kontrahierungszwang auch eine gegenüber Schadensersatzansprüchen gesteigerte präventive Wirkung gegen Benachteiligung zu. Zum einen entfaltet die Aussicht des Anbieters, den unliebsamen Vertragspartner später ggf. durch kostenträchtiges Gerichtsurteil aufgezwungen zu bekommen, einen Abschreckungseffekt gegen Benachteiligung.[1240] Zum anderen verstärkt ein Kontrahierungszwang die pädagogische, verhaltenssteuernde Wirkung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots: Der Anbieter soll dazu veranlasst werden, die Wahl seines Vertragspartners vor dem Hintergrund der geschützten Persönlichkeitsmerkmale kritisch zu reflektieren.[1241] Diese gesetzgeberische Intention wird dadurch untermauert, dass eine verbotene Benachteiligung nicht nur Schadensersatz- und Entschädigungspflichten, sondern auch die zwangsweise Korrektur der Vertragspartnerwahl nach sich ziehen kann. Kommt Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge verbotener Be-

[1240] *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention, S. 277, 278 f.

[1241] Vgl. dazu *Schmidt-Räntsch,* NZM 2007, 6 (12) sowie generell zur verhaltenssteuernden Wirkung von Normen *Raiser,* Rechtssoziologie, S. 168 ff., 185 f.

nachteiligung damit auch bei Geschäften, die keine Massengeschäfte sind, eine stärkere kompensatorische und präventive Wirkung zu als Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen, so lässt es sich nicht rechtfertigen, Kontrahierungszwang auf Massengeschäfte bzw. Gewerbetreibende zu beschränken, wie es vereinzelt im Schrifttum vorgeschlagen wird[1242].

IV. Vorschlag für Gesetzesänderung

Zur Verstärkung des dargestellten Präventiveffektes und zur Schaffung von Rechtssicherheit sollte der Vertragsabschlussanspruch als Rechtsfolge einer verbotenen Benachteiligung explizit verankert werden. Dem käme, wie bereits der Entwurfsregelung des § 22 Abs. 2 S. 1 ADG-E 2004, rein deklaratorische Wirkung zu, da sich der Abschlussanspruch bereits aus dem Beseitigungsanspruch des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ergibt.

Bei Verstoß gegen das eingeschränkte Benachteiligungsverbot ist ein Kontrahierungsanspruch jedoch nur verfassungskonform, wenn die benachteiligende Vertragsverweigerung den Betroffenen in einer die Menschenwürde berührenden Weise stigmatisiert oder aber die gesteigerte Gefahr besteht, dass sich die Diskriminierung auf andere Träger des Persönlichkeitsmerkmals ausweitet.[1243] Diese Einschränkung müsste als spezifische Tatbestandsvoraussetzung eines Kontrahierungsanspruchs aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 AGG gesetzlich verankert werden. Da sich für ihr Vorliegen keine allgemeingültigen Bedingungen, sondern allenfalls Indizien aufstellen lassen, kommt eine weitergehende Spezifizierung nicht in Betracht. Die Gesamtumstände des Einzelfalls müssen vielmehr im Rahmen eines richterlichen Beurteilungsspielraums Berücksichtigung finden, wobei die damit verbundene Preisgabe eines Teils der gewonnenen Rechtssicherheit in Kauf zu nehmen ist.

Anhaltspunkte für das Vorliegen einer die Menschenwürde berührenden Stigmatisierung oder einer gesteigerten Ausweitungsgefahr können etwa die Intensität und die strukturellen Auswirkungen der konkreten Benachteiligung sowie der individuelle Stellenwert des verweigerten Gutes für den Benachteiligten liefern.[1244] Auch die vom BVerfG gesetzten Maßstäbe für die Rechtfertigung staatlicher Ungleichbehandlungen[1245] können indiziell herangezogen werden. Im Übrigen müsste die Konkretisierung der spezifischen Voraussetzungen eines Kontra-

---

[1242] Vgl. *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237 (247 ff.); *Stork*, ZEuS 2005, 1 (51) zum ADG-E 2004.
[1243] S.o. 5. Kap. III sowie in diesem Kapitel unter II 2 c bb 1 α.
[1244] *Wrase*, ZESAR 2005, 229 (238) generell für die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Diskriminierungsschutzmaßnahmen.
[1245] S.o. 5. Kap. III 3 c bb 4.

hierungsanspruchs aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 AGG der Herausbildung von Fallgruppen überlassen bleiben. Die Beweislast für das Vorliegen dieser anspruchsbegründenden Voraussetzungen trägt der Benachteiligte als Anspruchsteller.

Wie bereits in § 22 Abs. 2 ADG-E 2004 müsste zudem das Erfordernis der Kausalität zwischen Vertragsverweigerung und Nichtzustandekommen des Vertrags als Anspruchsvoraussetzung gesetzlich verankert werden; die hinreichende Bestimmbarkeit der Leistung sollte aus Gründen der Klarstellung ebenso aufgenommen werden wie ein Verweis auf die Anwendbarkeit der §§ 315 Abs. 3, 316 BGB zur Meidung einer Analogie. Die Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 S. 1 AGG sollte für Kontrahierungszwang auf einen Monat verkürzt werden.[1246]

Für die Vorschrift des § 21 AGG wird damit folgende Neufassung vorgeschlagen:

> ***§ 21 Ansprüche***
>
> *(1) Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.*
>
> *(2) Im Fall einer Vertragsverweigerung kann der Benachteiligte den Abschluss eines Vertrages verlangen, wenn der Vertragsabschluss ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre. Bei einem Verstoß gegen § 19 Abs. 1 AGG gilt dieses nur, wenn der Betroffene durch die benachteiligende Vertragsverweigerung in einer die Menschenwürde berührenden Weise stigmatisiert wurde oder aber die gesteigerte Gefahr besteht, dass sich die Diskriminierung auf andere Träger des Persönlichkeitsmerkmals ausweitet. Die Leistung muss hinreichend bestimmt sein; die Gegenleistung ist im Zweifel nach §§ 315 Abs. 3, 316 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu ermitteln.*
>
> *(3) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots ist der Benachteiligende verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Benachteiligende die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen ei-*

[1246] S.o. in diesem Kapitel unter III 3.

nes Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

(4) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.

(5) Auf eine Vereinbarung, die von dem Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der Benachteiligende nicht berufen.

(6) Ein Anspruch nach den Absätzen 1 und 3 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten, ein Anspruch nach dem Absatz 2 muss innerhalb einer Frist von einem Monat geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war.

V. Konsequenzen für einen Kontrahierungsanspruch aus § 826 BGB

Die Bejahung eines Kontrahierungsanspruchs aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG mündet in der bereits aufgeworfenen Frage, welche Konsequenzen sich daraus für einen allgemeinen Kontrahierungszwang aus § 826 BGB ergeben. Ein Abschlussanspruch aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG ist strukturell und funktional mit dem allgemeinen Kontrahierungszwang wegen Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aus § 826 BGB vergleichbar: Beide entstehen mit *gegenläufiger Willensbetätigung* des Verpflichteten, welcher den zunächst in Aussicht gestellten Kontrakt anschließend rechtswidrig verweigert. Beide Kontrahierungspflichten dienen unabhängig von markt- oder leistungsbedingten Abhängigkeiten dem Schutz des Betroffenen vor Diskriminierung im Privatrechtsverkehr.

So ist im Rahmen der dritten Arbeitsthese die Behauptung aufgestellt worden, dass Kontrahierungsanspruch als Rechtsfolge einer verbotenen Benachteiligung nunmehr abschließend durch § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG geregelt ist und sich auch außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 2 Abs. 1 Nr. 5-8; 19 AGG nicht mehr aus § 826 BGB herleiten lässt. Unberührt hiervon bleibt in jedem Fall der allgemeine Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wegen markt- oder leistungsbedingter Angewiesenheit auf die Leistung.[1247]

[1247] Vgl. zur inneren Differenzierung des allgemeinen Kontrahierungszwangs 6. Kap. IV.

1. Geschlossene Regelungslücke

Ein allgemeiner Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wegen benachteiligender Vertragsverweigerung setzt voraus, dass es aufgrund einer planwidrigen Regelungslücke zu einem mit dem Gerechtigkeitsprinzip schlechthin nicht zu vereinbarenden Ergebnis kommt, dass die Verallgemeinerung des der Benachteiligung zugrunde liegenden Motivs menschenwürdige Lebensbedingungen verhindern würde und eine Rehabilitation des Betroffenen nur durch Kontrahierungszwang möglich ist.[1248] Diese Regelungslücke wäre durch die Vorschriften der §§ 19 ff. AGG geschlossen, wenn und soweit der Gesetzgeber mit deren Normierung eine für den Privatrechtsverkehr abschließende Regelung getroffen hätte.[1249]

Gegen eine abschließende Regelung spricht zunächst, dass das Gesetz selbst wiederholt klarstellt, dass die allgemeinen Bestimmungen, namentlich deliktische Ansprüche, von den Vorschriften des AGG unberührt bleiben (§§ 2 Abs. 3 S. 1; 21 Abs. 3; 32 AGG).[1250] Der Benachteiligte soll mithin sowohl in den vom zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot erfassten als auch in den nicht erfassten Fällen weitergehende Ansprüche nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften haben. Hierzu zählt der Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Begründung zum AGG-E[1251] ausdrücklich auch Ansprüche aus § 826 BGB.

Während Schadensersatz-, Entschädigungs- und quasinegatorische Abwehransprüche aus § 826 BGB damit prinzipiell mit Ansprüchen aus § 21 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG konkurrieren können,[1252] ist zweifelhaft, ob dieses auch für einen allgemeinen Kontrahierungszwang wegen Diskriminierung gilt. Die erstgenannten Ansprüche ergeben sich nämlich bereits aus der regelmäßig mit einer Benachteiligung einhergehenden Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sofern sie die Voraussetzungen an eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.v. § 826 BGB erfüllt.[1253] Ein allgemeiner Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wegen verbotener Benachteiligung erfordert hingegen die an sich systemwidrige Transformation von Gleichbehandlungsgrundsätzen in das Privatrecht, die nur unter der Voraussetzung zu rechtfertigen ist, dass anderenfalls mit dem Gerechtigkeitsprinzip schlechthin nicht zu verein-

---

[1248] Vgl. oben 6. Kap. III 3 a bb 1 γ.
[1249] Vgl. *Busche,* Privatautonomie, S. 293.
[1250] Vgl. auch BTDrucks 16/1780, S. 32, 46 f., 53.
[1251] BTDrucks 16/1780, S. 39.
[1252] S.o. 3. Kap. II 5 d.
[1253] S.o. 5. Kap. III 3 b.

barende Ergebnisse erzielt würden.[1254] Da aber der Gesetzgeber nach eigenem Bekunden „in den wesentlichen Bereichen des alltäglichen Rechtslebens (vgl. § 19) Regelungen für alle relevanten Diskriminierungsmerkmale geschaffen“[1255] und dazu die Voraussetzungen, Ausnahmetatbestände und Rechtsfolgen verbotener Benachteiligung dezidiert und teilweise überschießend geregelt hat, lässt sich bei Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr ein Rückgriff auf § 826 BGB zur Begründung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs nicht mehr rechtfertigen.[1256]

Dabei ist hinzunehmen, dass auch außerhalb des Anwendungsbereichs von §§ 2 Abs. 1 Nr. 5-8; 19 AGG Konstellationen denkbar sind, in denen die benachteiligende Vertragsverweigerung, etwa aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder der politischen Anschauung oder aber bei einem nicht erfassten Geschäft, Menschenwürdebezug hat und nur durch Kontrahierungszwang vollständig auszugleichen wäre. Wie insbesondere die Streichung des Merkmals *Weltanschauung* aus § 19 Abs. 1 AGG[1257] und die differenzierte Regelung des sachlichen Anwendungsbereichs in §§ 2 Abs. 1 Nr. 5-8; 19 Abs. 1, 2 AGG zeigen, hat der Gesetzgeber bei der inhaltlichen Ausgestaltung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots eindeutige Wertentscheidungen zum Schutz vor Diskriminierung im Privatrechtsverkehr getroffen. Diese würden missachtet, wenn über die spezifischen und weitreichenden Regelungen der §§ 19 ff. AGG und über den durch die allgemeinen Vorschriften gewährleisteten Schutz vor benachteiligungsbedingter Persönlichkeitsrechtsverletzung hinaus durch systemwidrige Transformation von Gleichbehandlungsgrundsätzen in das Privatrecht noch weitergehende Ansprüche zugelassen würden. Stattdessen ist der bestehende Diskriminierungsschutz im Zivilrechtsverkehr durch das AGG und die allgemeinen Vorschriften als abschließend zu betrachten mit der Folge, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke für einen allgemeinen Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wegen verbotener Benachteiligung fehlt.

[1254] S.o. 6. Kap. III 3 a bb 1 γ.

[1255] BTDrucks 16/1780, S. 40.

[1256] So im Ergebnis auch *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 20, allerdings mit dem bedeutenden Unterschied, dass er die Herleitung eines Kontrahierungszwangs aus § 21 AGG ablehnt; vgl. auch *dens.*, KritVj 2005, 41 (45) m.w.N.

[1257] Vgl. BTDrucks 16/2022, S. 6.

2. Keine Absenkung des Schutzniveaus

Dieses Ergebnis verstößt auch nicht gegen die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe, dass das zuvor erreichte Schutzniveau durch die Richtlinienumsetzung nicht abgesenkt werden darf.[1258] Zwar ist die Geltendmachung eines Vertragsabschlussanspruchs aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG gegenüber der Geltendmachung eines allgemeinen Kontrahierungsanspruchs aus § 826 BGB aufgrund der kurzen Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 S. 1 AGG erschwert. Wie *Christian Armbrüster*[1259] jedoch zutreffend konstatiert, war ein allgemeiner Kontrahierungszwang wegen verbotener Benachteiligung „kein Bestandteil des diskriminierungsrechtlichen Status quo", da er weder gesetzlich normiert noch Gegenstand des Gewohnheits- oder Richterrechts war.

3. Kein Verstoß gegen völkerrechtliche Vorgaben

Das erzielte Ergebnis verstößt schließlich auch nicht gegen völkerrechtliche Übereinkommen. Zwar geht der völkerrechtliche Diskriminierungsschutz hinsichtlich der geschützten Merkmale über § 19 Abs. 1, 2 AGG hinaus, indem etwa Art. 2 Abs. 1 IPBPR auch die Benachteiligung wegen der Hautfarbe, der Sprache, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt und des sonstigen Status untersagt. Allerdings lassen die völkerrechtlichen Antidiskriminierungsabkommen den Vertragsstaaten freie Hand bei der Wahl der Mittel und schreiben insbesondere nicht die Statuierung von Kontrahierungszwang vor.[1260] Eine Diskriminierung außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 2 Abs. 1 Nr. 5-8; 19 Abs. 1, 2 AGG lässt sich jedoch aufgrund der regelmäßig damit einhergehenden Persönlichkeitsrechtsverletzung zumeist durch Entschädigungsansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 185 StGB und § 826 BGB kompensieren.

4. Fazit

Mit Verabschiedung der §§ 19 ff. AGG hat der Gesetzgeber den Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr weitreichend und dezidiert, aber nicht abschließend geregelt. Nach Maßgabe der §§ 2 Abs. 3 S. 1; 21 Abs. 3; 32 AGG bleiben weitergehende Ansprüche unberührt, wobei insbesondere deliktische Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht kommen. Demgegenüber bleibt

---

[1258] Vgl. Art. 6 Abs. 2 RL 2000/43/EG; Art. 7 Abs. 2 RL 2004/113/EG.
[1259] In: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 20.
[1260] S.o. unter 2. Kap II 2 b.

– in Bestätigung der dritten Arbeitsthese – für die an sich systemwidrige Transformation von Gleichbehandlungsgrundsätzen in das Zivilrecht und damit für die Herleitung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs aus § 826 BGB wegen verbotener Benachteiligung kein Raum mehr.

Dieses schafft insofern Rechtssicherheit als – ungeachtet weitergehender Ansprüche auf Entschädigung oder Schadensersatz aus den allgemeinen Vorschriften – eine benachteiligende Vertragsverweigerung im Privatrechtsverkehr nur noch nach Maßgabe von § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG zu einem Vertragsabschlusszwang führen kann. Ein allgemeiner Kontrahierungszwang aus § 826 BGB ist hingegen auf Fallkonstellationen beschränkt, in denen die Vertragsverweigerung den Nachfrager in seiner rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung beeinträchtigt, mithin in Fällen markt- oder leistungsbedingter Angewiesenheit auf die Leistung.

8. KAPITEL: DER NEUE ABWEHRRECHTLICHE KONTRAHIERUNGSZWANG

Wer unter Verstoß gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1, 2 AGG einen Vertragsabschluss verweigert, könnte sich kontrahierungspflichtig machen. Der Beseitigungsanspruch des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG umfasst in diesem Fall einen Anspruch auf Abschluss des verweigerten Vertrags. Bei Verstoß gegen das eingeschränkte Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG ist § 21 Abs. 1 S. 1 AGG jedoch verfassungskonform begrenzend dahingehend auszulegen, dass ein Kontrahierungsanspruch nur in Betracht kommt, wenn die Zurückweisung den Betroffenen in einer die Menschenwürde berührenden Weise stigmatisiert oder aber die gesteigerte Gefahr birgt, dass sich die Diskriminierung auf andere Träger des Persönlichkeitsmerkmals ausweitet. Spezifische Voraussetzungen für den Kontrahierungsanspruch aus § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG sind die Ursächlichkeit zwischen Benachteiligung und Nichtzustandekommen des Vertrags sowie die hinreichende Bestimmtheit oder zumindest Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts. Darüber hinaus darf die Leistung gemäß § 275 Abs. 1 BGB zwischenzeitlich nicht unmöglich geworden sein.

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1, 2 AGG und damit auch der Kontrahierungszwang aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG dienen der Abwehr von Diskriminierung im allgemeinen Privatrechtsverkehr, indem sie zum einen erlittene Benachteiligungen kompensieren und zum anderen vorbeugend dagegen schützen sollen. Der Kompensationseffekt eines Abschlusszwangs aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ist allerdings außerhalb des Anwendungsbereichs der Massengeschäfte faktisch dadurch eingeschränkt, dass der Nachweis der Ursächlichkeit zwischen benachteiligender Vertragsverweigerung und Nichtzustandekommen des Vertrags sowie der potenzielle Einwand von Unmöglichkeit die praktische Durchsetzbarkeit behindern können. Darüber hinaus bergen erzwungene Verträge außerhalb des standardisierten Güteraustauschs in besonderem Maße Konfliktpotenzial, das den Benachteiligten von der Geltendmachung seines Abschlussanspruchs abhalten könnte und erklären dürfte, weshalb – soweit ersichtlich – bislang kein Fall die Rechtsprechung beschäftigt hat. Die ausgleichende Wirkung von Kontrahierungszwang wegen verbotener Benachteiligung erstreckt sich daher – außerhalb von Massengeschäften – im Wesentlichen darauf, dem Benachteiligten die rechtliche Wahlmöglichkeit an die Hand zu geben, zu seiner Rehabilitierung den verweigerten Vertragsabschluss zu erzwingen oder sich aber auf Entschädigungs- und ggf. weitere Ansprüche zu beschränken.

Demgegenüber kommt einem Kontrahierungszwang aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ein gesteigerter Präventiveffekt zu, da er zum einen den pädagogischen Zweck des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots verstärkt, den Anbieter zur kritischen Reflexion seiner Vertragsabschlusserwägungen zu veranlassen, und zum anderen abschreckende Wirkung denjenigen Anbietern gegenüber entfaltet, die einen ggf. gerichtlich erzwungenen Vertragsabschluss scheuen.

Die abwehrrechtliche Funktion von Kontrahierungszwang wegen benachteiligender Vertragsverweigerung manifestiert sich auch in seiner Struktur. Sanktioniert wird die *gegenläufige Willensbetätigung* des Anbieters, der den zunächst in Aussicht gestellten Vertragsabschluss anschließend aus persönlichkeitsbezogenen Gründen rechtswidrig verweigert und so den Benachteiligten in seinem Recht auf Diskriminierungsfreiheit verletzt. Dieses schlägt sich strukturell darin nieder, dass die Abschlusspflicht aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG nicht als originärer Leistungsanspruch konzipiert ist, sondern derivativ über einen Beseitigungsanspruch hergeleitet wird.

Teilhaberechtliche Aufgaben kommen einem Kontrahierungszwang wegen Verstoßes gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot hingegen nicht zu, weshalb die Angewiesenheit des Nachfragers auf die Leistung weder Regelungsgrund noch Tatbestandsvoraussetzung ist. In diesem funktionalen Aspekt unterscheidet sich der besondere Abschlusszwang aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG von den herkömmlichen besonderen Kontrahierungspflichten, die sämtlich den Ausgleich einer marktbedingten bzw. gesetzlich geschaffenen Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien oder die Sicherstellung allgemeiner Grundversorgung zur Aufgabe haben. Diese funktionale Divergenz offenbart sich regelmäßig auch in einem strukturellen Unterschied: Die herkömmlichen Erscheinungsformen des besonderen Kontrahierungszwangs sind in der Regel[1261] originäre Leistungspflichten, die bereits im frühen Verhandlungsstadium der *generellen Abschlussbereitschaft* des Anbieters kraft Gesetzes entstehen, auf Verlangen des Interessenten fällig werden und damit dessen Angewiesenheit auf die Leistung Rechnung tragen.

Weist der Kontrahierungszwang aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG damit grundlegende funktionale und zumeist auch strukturelle Unterschiede gegenüber den herkömmlichen spezialgesetzlichen Abschlusspflichten auf, so ist sein Verhältnis gegenüber dem allgemeinen Kontrahie-

[1261] Anders nur die durch §§ 33 GWB; 823 Abs. 2 BGB vermittelten besonderen Abschlusspflichten.

rungszwang aus § 826 BGB gespalten: Soweit dieser teilhaberechtlich als Auffangnorm für solche Lebenssachverhalte wirkt, in denen der Nachfrager markt- oder leistungsbedingt auf den Vertragsabschluss angewiesen ist, gibt es keine funktionalen Überschneidungen. Soweit der allgemeine Kontrahierungszwang dagegen zur Schließung einer planwidrigen Gerechtigkeitslücke als abwehrrechtliches Instrument gegen Diskriminierung herangezogen wird, verfolgt er die gleichen Aufgaben wie die spezialgesetzliche Abschlusspflicht aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG. Diese funktionale Überlagerung hat zur Konsequenz, dass seit Verabschiedung des AGG für die an sich systemwidrige Transformation von Gleichbehandlungsgrundsätzen in das Privatrecht und damit für einen allgemeinen Kontrahierungsanspruch aus § 826 BGB wegen verbotener Benachteiligung kein Raum mehr ist.

Der Kontrahierungszwang aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ist die gesetzgeberische Antwort auf die bisher spezialgesetzlich ungeklärte Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine benachteiligende Vertragsverweigerung im Privatrechtsverkehr eine Abschlusspflicht zur Folge haben kann. In dieser rein abwehrrechtlichen Funktion unterscheidet er sich maßgeblich von den teilhaberechtlich ausgerichteten herkömmlichen besonderen Kontrahierungspflichten und dem allgemeinen Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wegen Verstoßes gegen das Prinzip rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung: An die Stelle der Korrektur eines markt- oder leistungsbedingten Ungleichgewichts zwischen den Beteiligten tritt der Schutz vor Diskriminierung wegen der geschützten Merkmale.[1262]

Es hat daher nicht nur seine Berechtigung, in der durch § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 AGG vermittelten Vertragsabschlusspflicht eine neue „Kategorie von Kontrahierungszwang“[1263] zu erblicken, sondern es besteht zur klarstellenden Unterscheidung zweier grundlegend verschiedenartiger Formen von Abschlusszwang sogar die Notwendigkeit einer differenzierenden Terminologie und Definition. Während Mittel und Zweck übereinstimmen, divergieren die Funktionen der herkömmlichen *teilhaberechtlichen Kontrahierungspflichten* einerseits und des neuen *abwehrrechtlichen Kontrahierungszwangs* aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG andererseits. Dem lässt sich mit folgenden Begriffsbestimmungen Rechnung tragen:

[1262] Vgl. auch *Hanau,* in: FS Adomeit, S. 237 (242 ff.); *Wendtland,* in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG, Rn. 14 f.; kritisch *Korell,* JURA 2006, 1 (8 f.).
[1263] *V. Koppenfels,* WM 2002, 1489 (1492).

Teilhaberechtlicher Kontrahierungszwang ist die gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags mit dem Begünstigten zur Korrektur einer markt- oder leistungsbedingten Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien.

Abwehrrechtlicher Kontrahierungszwang ist die gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss eines rechtswidrig verweigerten privatrechtlichen Vertrags mit dem Begünstigten als kompensatorische und / oder präventive Maßnahme gegen Diskriminierung.

LITERATURVERZEICHNIS

Adomeit, Klaus: Der Nicht-Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages und seine Rechtswidrigkeit als Diskriminierung nach dem AGG, in: Aderhold/Grunewald/Klingberg/Paefgen (Hrsg.): Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 19-30 [zitiert: *Adomeit,* in: FS Westermann].

- Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, in: NJW 2002, S. 1622-1623.

- Political correctness – jetzt Rechtspflicht!, in: NJW 2006, S. 2169-2171.

- Unisextarife und Aristoteles, in: NJW 2005, S. 721-722.

Adomeit, Klaus / Mohr, Jochen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Kommentar zum AGG und zu anderen Diskriminierungsverboten, 2. Auflage, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2011 [zitiert: *Adomeit/Mohr,* AGG].

Aehringhaus, Stefan: Netzzugangsregelungen und ihre behördliche Durchsetzung. Eine vergleichende Analyse der eisenbahn-, telekommunikations- und energierechtlichen Netzzugangsregelungen und der zu ihrer Durchsetzung geschaffenen behördlichen Regulierungsbefugnisse unter besonderer Berücksichtigung des nationalen und europäischen Kartellrechts (Diss.), Münster 2003 [zitiert: *Aehringhaus,* Netzzugangsregelungen].

Armbrüster, Christian: Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf, in: ZRP 2005, S. 41-44.

- Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für private Versicherungsverträge, in: VersR 2006, S. 1297-1306.

- Das Antidiskriminierungsgesetz aus zivilrechtlicher Sicht, in: HFR 2005, S. 103-109.

- Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, in: NJW 2007, S. 1494-1498.

- Sanktionen wegen Diskriminierung, in: KritV 2005, S. 41-51.

- Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (BT-Drs. 15/4538), BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 135-139 [zitiert: *Armbrüster,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Arndt, Herbert / Lerch, Klaus / Sandkühler, Gerd: Bundesnotarordnung. Kommentar, 6. Auflage, Köln u.a. 2008 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO].

Bachmann, Gregor: Kontrahierungspflichten im privaten Bankrecht, in: ZBB 2006, S. 257-269.

Badura, Peter / Danwitz, Thomas von / Herdegen, Matthias / Sedemund, Joachim / Stern, Klaus (Hrsg.): Beck'scher PostG-Kommentar. Postgesetz, 2. Auflage, München 2004 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern, PostG].

Baer, Susanne: „Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, in: ZRP 2002, S. 290-294.

- Recht gegen Fremdenfeindlichkeit und andere Ausgrenzungen. Notwendigkeit und Grenzen eines Gesetzes gegen Diskriminierung, in: ZRP 2001, S. 500-504.

Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: §§ 611-1296, AGG, ErbbauRG, WEG, 3. Auflage, München 2012 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Bamberger/Roth, BGB].

Baston-Vogt, Marion: Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997 [zitiert: *Baston-Vogt,* Persönlichkeitsrecht].

Bauer, Jobst-Hubertus / Göpfert, Burkard / Krieger, Steffen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, 3. Auflage, München 2011 [zitiert: *Bauer/Göpfert/Krieger,* AGG].

Belke, Rolf: Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Tübingen 1966 [zitiert: *Belke,* Geschäftsverweigerung].

Benecke, Martina / Kern, Gisela: Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der Europäischen Richtlinien im deutschen Recht, in: EuZW 2005, S. 360-364.

Bezzenberger, Tilman: Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, in: AcP 196 (1996), S. 395-434.

Biermann, Johannes: Rechtszwang zum Kontrahiren, in: JherJb 32 (1893), S. 267-322.

Boetius, Jan: Die Systemveränderung der privaten Krankenversicherung (PKV) durch die Gesundheitsreform. Eine neue verfassungs- und europarechtliche Qualität, Karlsruhe 2008 [zitiert: *Boetius,* Systemveränderung der privaten Krankenversicherung].

Bork, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Auflage, Tübingen 2011 [zitiert: *Bork,* BGB-AT].

Braun, Johann: Forum: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, in: JuS 2002, S. 424-425.

Braun, Stefan: Der Diskussionsentwurf eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes, in: AnwBl 2002, S. 569-572.

Britz, Gabriele: Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: VVDStRL 64 (2005), S. 355-402.

Britz, Gabriele / Hellermann, Johannes / Hermes, Georg (Hrsg.): EnWG. Energiewirtschaftsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, München 2010 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG].

Bruns, Alexander: Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?, in: JZ 2007, S. 385-394.

Büdenbender, Ulrich: EnWG. Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, Köln 2003 [zitiert: *Büdenbender,* EnWG].

Bülck, Hartwig: Vom Kontrahierungszwang zur Abschlusspflicht. Untersuchungen zum Begriffswandel der Vertragsfreiheit (Diss.), Heide 1940 [zitiert: *Bülck,* Abschlusspflicht].

Bundesverband der Deutschen Industrie: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (ADG – Bundestags-Drs. 15/4538), BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 393-402 [zitiert: *BDI,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien. Artikel 1 Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz – ADG), BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 419-450-B [zitiert: *BDA,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Busche, Jan: Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, S. 159-177 [zitiert: *Busche,* in: Leible/Schlachter].

- Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999 [zitiert: *Busche,* Privatautonomie].

Bydlinski, Franz: Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, in: JZ 1980, S. 378-385.

- Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, in: AcP 180 (1980), S. 1-46.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 184 (1984), S. 201-246.

Christensen, Ralph / Kudlich, Hans: Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001.

Contzen, Rolf: Der Kontrahierungszwang bei marktbeherrschenden Unternehmen (Diss.), Köln 1965 [zitiert: *Contzen,* Kontrahierungszwang].

Craushaar, Götz v.: Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses – BGH, LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28, in: JuS 1971, S. 127-131.

Däubler, Wolfgang / Bertzbach, Martin: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2008 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Däubler/Betzbach, AGG].

Dauses, Manfred A.: Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der europäischen Union. Unter besonderer Berücksichtigung des institutionellen Schutzes dieser Rechte (Diss.), Frankfurt a.M. 2010 [zitiert: *Dauses,* Grundrechte].

Deckert, Martina: Die Methodik der Gesetzesauslegung, in: JA 1994, S. 412-419.

Delbrück, Jost: Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung?, in: Schneider/Götz (Hrsg.): Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Schülern und Kollegen, Berlin 1974, S. 223-238 [zitiert: *Delbrück,* in: FS Weber].

Derleder, Peter: Änderungsvorschläge zum Gesetzentwurf BT-Drucksache 15/4538 vom 16.12.2004, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 165-170 [zitiert: *Derleder,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

- Vertragsanbahnung und Vertragsabschluss über Mietwohnungen und die Diskriminie-

rungsverbote des AGG – Realitätsnahe Fallkonstellationen für den Wohnungsmarkt, in: NZM 2007, S. 625-633.

Derleder, Peter / Sabetta, Giuseppe: Die Umsetzung eines Diskriminierungsverbots im Wohnraummietrecht, in: WM 2005, S. 3-10.

Deutscher Anwaltverein e.V.: Stellungnahme durch den Zivilrechtsausschuss zum Entwurf der Bundestagsfraktion von SPD und Bündnis 90/Die Grünen für ein Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien bezüglich des Anwendungsbereichs im allgemeinen Zivilrechtsverkehr – Bundestag-Drucksache 15/4538 vom 16.12.2004 –, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 419-450-B [zitiert: *Deutscher Anwaltverein e.V.,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Deutscher Gewerkschaftsbund: Stellungnahme zum Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 525-552 [zitiert: *Deutscher Gewerkschaftsbund,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Deutscher Industrie- und Handelskammertag: Stellungnahme. Zum Thema: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (BT-Dr 15/4538) anlässlich der Anhörung am 07.03.2005, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 567-593 [zitiert: *Deutscher Industrie- und Handelskammertag,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Doehring, Karl: Völkerrecht. Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Heidelberg 2004 [zitiert: *Doehring,* VölkerR].

Dreier, Thomas / Schulze, Gernot (Hrsg.): Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz. Kommentar, 3. Auflage, München 2008 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Dreier/Schulze, UrhG].

Dürig, Günter: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz (Hrsg.): Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157-190 [zitiert: *Dürig,* in: FS Nawiasky].

Eckert, Jörn: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Baden-Baden 2004 [zitiert: *Eckert,* SchuldR-AT].

Ehlers, Henning: Die Problematik des Kontrahierungszwangs in der Wettbewerbsordnung, dargestellt am Beispiel des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots (Diss.), Hamburg 1979 [zitiert: *Ehlers,* Problematik des Kontrahierungszwangs].

Eichenhofer, Eberhard: Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: DVBl. 2004, S. 1078-1086.

- Stellungnahme zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien“ (BT-Drs. 15/4538) vor dem Ausschuss des Deutschen Bundestages für Familien, Senioren, Frauen und Jugend, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 171-185 [zitiert: *Eichenhofer,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Eisenschmid, Norbert: Europäischer Verbraucherschutz: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), in: WuM 2006, S. 475-479.

Erbguth, Wilfried: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2011 [zitiert: *Erbguth,* Allg. VerwR].

Erman, Walter (Begr.) / Westermann, Harm Peter / Grunewald, Barbara / Maier-Reimer, Georg (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VBVG, VersAusglG und WEG, Band I (§§ 1-758, AGG, UKlaG), 13. Auflage, Köln 2011 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Erman, BGB].

Ernert, Alexander: Zugangs- und Entgeltregulierung in der Eisenbahnwirtschaft. Umsetzungsdefizite (Diss.), Hamburg 2007 [zitiert: *Ernert,* Zugangs- und Entgeltregulierung].

Feuerich, Wilhelm E. / Weyland, Dag / Vossebürger, Albert / Böhnlein, Gregor / Brüggemann, Rüdiger (Hrsg.): Bundesrechtsanwaltsordnung. Berufsordnung, Fachanwaltsordnung, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union, Patentanwaltsordnung, 8. Auflage, München 2012 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Feuerich/Weyland, BRAO].

Feyock, Hans / Jacobsen, Peter / Lemor, Ulf D.: Kraftfahrtversicherung mit §§ 113-124 Versicherungsvertragsgesetz, Pflichtversicherungsgesetz, Kfz-Pflichtversicherungsverordnung und den Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung (AKB/AKB 2008), Ausländer-Pflichtversicherungsgesetz sowie Schadensersatz im Ausland / Länderberichte. Kommentar, 3. Auflage, München 2009 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Feyock/Jakobsen/Lemor, Kraftfahrtversicherung].

Fikentscher, Wolfgang / Heinemann, Andreas: Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin 2006 [zitiert: *Fikentscher/Heinemann,* SchuldR].

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 1992 [zitiert: *Flume,* BGB-AT II].

Forsthoff, Ernst: Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938.

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht, Berlin/Heidelberg; Band 4: Europäische Grundrechte, 2009; Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010 [zitiert: *Frenz,* EuropaR, Bd.].

Frenz, Walter / Müggenborg, Hans-Jürgen (Hrsg.): EEG: Erneuerbare-Energien-Gesetz. Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2011 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Frenz/Müggenborg, EEG].

Fries, Michaela: Die Bedeutung von Artikel 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht. Diskriminierung durch Private beim Zugang zu Gaststätten, Berlin u.a. 2003 [zitiert: *Fries,* Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention].

Fromm, Gerhard Erich: Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter und Kraftfahrversicherungsbedingungen. Kommentar, 2. Auflage, Berlin 1961 [zitiert: *Fromm,* Pflichtversicherung].

Gaier, Reinhard / Wendtland, Holger: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG. Eine Einführung in das Zivilrecht, München 2006 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Gaier/Wendtland, AGG].

Gaier, Reinhard / Wolf, Christian / Göcken, Stephan (Hrsg.): Anwaltliches Berufsrecht. Kommentar, Köln 2010 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht].

GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V.: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, Artikel 1: Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz – ADG), BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 403-412 [zitiert: *GdW,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Geiger, Rudolf / Khan, Daniel-Erasmus / Kotzur, Markus: EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2010 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Geiger/Khan/Kotzur].

Geppert, Martin / Piepenbrock, Herrman-Josef / Schütz, Raimund / Schuster, Fabian (Hrsg.): Beck'scher TKG-Kommentar. Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, München 2006 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Geppert u.a., TKG].

Gernhuber, Joachim: Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung – Pflichten und Strukturen – Drittwirkungen, Tübingen 1989 [zitiert: *Gernhuber,* Schuldverhältnis].

Godl, Gabriele: Notarhaftung im Vergleich, Tübingen 2001.

Greiner, Hans-Peter, Kontrahierungszwang als Folge des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots? (Diss.), Regensburg 1975 [zitiert: *Greiner,* Kontrahierungszwang].

Grote, Rainer / Marauhn, Thilo (Hrsg.): EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Grote/Marauhn, EMRG/GG].

Grundmann, Stefan / Riesenhuber, Karl: Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts, in: JuS 2001, S. 529-536.

Grunewald, Barbara: Vereinsaufnahme und Kontrahierungszwang, in: AcP 182 (1982), S. 181-213.

Grupp, Hans-Joachim: Kontrahierungszwang nach dem Kartellgesetz (Diss.), Köln 1965 [zitiert: *Grupp,* Kontrahierungszwang].

Günnewig, Stefan: Zum Kontrahierungszwang beim Sparkassen-Girokonto, in: ZIP 1992, S. 1670-1672.

Hackl, Karl: Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang im deutschen, im österreichischen und im italienischen Recht. Eine rechtsvergleichende Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Berlin 1980 [zitiert: *Hackl,* Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang].

Hager, Johannes: Grundrechte im Privatrecht, in: JZ 1994, S. 373-383.

Haltern, Ulrich: Europarecht: Dogmatik im Kontext, 2. Auflage, Tübingen 2007 [zitiert: *Haltern,* EuropaR].

Hanau, Hans: „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz" und Kontrahierungszwang, in: Hanau/Thau/Westermann (Hrsg.): Gegen den Strich. Festschrift für Klaus Adomeit, Köln 2008, S. 237-249 [zitiert: *Hanau,* in: FS Adomeit].

Harke, Jan Dirk: Allgemeines Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2010 [zitiert: *Harke,* SchuldR-AT].

Hart, Dieter: Soziale Steuerung durch Vertragsabschlußkontrolle – Alternativen zum Vertragsabschluß?, in KritV 1986, S. 211-241.

Hartstang, Gerhard: Anwaltsrecht, Köln 1991.

Hartwig, Stefanie: Die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für Versicherungs-Aktiengesellschaften als Ausfluss verfassungsrechtlicher Grundsätze (Diss.), Karlsruhe 2001 [zitiert: *Hartwig,* Gleichbehandlungsgrundsatz für Versicherungs-Aktiengesellschaften].

Hauck, Karl (Begr.) / Noftz, Wolfgang (Hrsg.): Sozialgesetzbuch. Gesamtkommentar (Loseblattsammlung), Berlin, 2. Band: SGB XI: Soziale Pflegeversicherung, (Stand: 38. Ergänzungslieferung, 11/2011) [zitiert: *Bearbeiter,* in: Hauck/Noftz, SGB XI].

Haus & Grund Deutschland, Zentralverband der Deutschen Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer e.V.: Stellungnahme zum Gesetz zur Umsetzung europäischer Anti-Diskriminierungsvorschriften. BT-Drs. 15/4538, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 661-665 [zitiert: *Haus & Grund,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Heiderhoff, Bettina: Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Auflage, München 2007.

Heinrich, Christian: Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit: die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Tübingen 2000 [zitiert: *Heinrich,* Formale Freiheit].

Heinze, Christian: Personenbeförderungsgesetz. Handkommentar, Baden-Baden 2007 [zitiert: *Heinze,* PBefG].

Herdegen, Matthias: Die Aufnahme besonderer Vorschriften zugunsten behinderter Personen in das Grundgesetz, in: VSSR 1992, S. 245-263.

Herrmann, Elke: Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip, in: ZfA 1996, S. 19-68.

Herzog, Berthold: Kontrahierungszwang bei Monopolen im Recht des Ungreifbaren, in: KartRdsch. 1932, S. 521-527.

Heßlinger, Michael: Die Regulierungsverantwortung des Bundes aus Art. 87f. Abs. 1 GG für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutsche Post AG am Beispiel der AGB BRIEF NATIONAL (Diss.), München 2007 [zitiert: *Heßlinger,* Regulierungsverantwortung des Bundes aus Art. 87f. Abs. 1 GG].

Hinz, Werner: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Miete. Vortrag im Rahmen des 9. Deutschen Mietgerichtstags am 9./10. März 2007 in Dortmund, abrufbar unter http://www.mietgerichtstag.de/download/43078101/hinz07.pdf, letzter Aufruf am 13.03.2012 [zitiert: *Hinz,* Vortrag Mietgerichtstag 2007].

Hirsch, Günter / Montag, Frank / Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB (§§ 1-96, 130, 139 GWB), München 2008 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Münchener Kommentar, KartellR].

Höfling, Wolfram: Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, Heidelberg 1991 [zitiert: *Höfling,* Vertragsfreiheit].

Hohloch, Gerhard: „Vertrauenshaftung" – Beginn einer Konkretisierung?, in: NJW 1979, S. 2369-2374.

Hömig, Dieter (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Auflage, Baden-Baden 2010 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Hömig, GG].

Horn, Norbert: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2011 [zitiert: *Horn,* Einführung].

Horst, Hans Reinold: Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, in: MDR 2006, S. 1266-1270.

Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, 2. Auflage, Tübingen 1953.

Huber, Hans: Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin 1966 [zitiert: *Huber,* Vertragsfreiheit].

Hümmerich, Klaus / Boecken, Winfried / Düwell, Franz Josef (Hrsg.): Arbeitsrecht, Band 1, 2. Auflage, Bonn 2010 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Hümmerich/Boecken/Düwell, ArbeitsR].

Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, Heidelberg 2000 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V].

Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11. Auflage, München 2011 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Jarass/Pieroth, GG].

Jauernig, Othmar (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug). Kommentar, 14. Auflage, München 2011 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Jauernig, BGB].

Jestaedt, Matthias: Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: VVDStRL 64 (2005), S. 298-354.

Joussen, Jacob: Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, Stuttgart 2008 [zititert: *Joussen,* SchuldR-AT].

Jung, Erich: Kohlenmonopol und Kontrahierungszwang. Eine rein privatrechtliche Sicherung gegen Uebergriffe der Syndikate, in: DJZ 1916, Sp. 178-184.

Kahrs, Werner: Zivilrechtliche Ansprüche auf Grund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots (Diss.), Baden-Baden 1965 [zititert: *Kahrs,* Verletzung des Diskriminierungsverbots].

Kaiser, Sven: Der Kontrahierungszwang beim Girokonto in Europa – ein rechtsvergleichender Überblick, in: VuR 2000, S. 335-339.

Kilian, Wolfgang: Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, in: AcP 180 (1980), S. 47-83.

Killinger, Elmar: Die Besonderheiten der Arzthaftung im medizinischen Notfall, Berlin/Heidelberg 2009 [zitiert: *Killinger,* Arzthaftung].

Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.): Strafgesetzbuch, Baden-Baden, Band 1 (§§ 1-145d), 3. Auflage, 2010; Band 2 (§§ 146-358), 3. Auflage, 2010 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB].

Klingenfuß, Henning: Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht (Diss.), Frankfurt a.M. 2004 [zitiert: *Klingenfuß,* Kontrahierungszwang].

Koenig, Christian / Kühling, Jürgen / Rasbach, Winfried: Energierecht, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2008.

Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim: Gesetz gegen den unlauteren Wettbwerb (UWG) mit Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 30. Auflage, München 2012 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm, UWG].

Koppenfels, Katharina von: Das Ende der Vertragsfreiheit? – Erkenntnisse aus dem (vorläufig) gescheiterten zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetz für die Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG –, in: WM 2002, S. 1489-1496.

Korell, Julia: Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht? Probleme bei der Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, in: JURA 2006, S. 1-9.

Krajewski, Markus: Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Berlin/Heidelberg 2011.

Kreutz, Peter: Grenzen der Betriebsautonomie, München 1979 [zitiert: *Kreutz,* Betriebsautonomie].

Krömmelbein, Florian: Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung (Diss.), Karlsruhe 2007 [zitiert: *Krömmelbein,* Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz].

Kühling, Jürgen: Grundrechte, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2009, S. 657-704 [zitiert: *Kühling,* in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht].

- Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften. Typologie Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, München 2004 [zitiert: *Kühling,* Regulierung].

Kühling, Jürgen / Elbracht, Alexander: Telekommunikationsrecht, Heidelberg/München/ Landsberg/Berlin 2008.

Kühner, Rolf: Das Recht auf Zugang zu Gaststätten und das Verbot der Rassendiskriminierung, in: NJW 1986, S. 1397-1402.

Küpper, Wolfgang: Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo (Diss.), Berlin 1988 [zitiert: *Küpper,* Scheitern von Vertragsverhandlungen].

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 [zitiert: *Larenz,* SchuldR-AT].

Larenz, Karl (Begr.) / Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004 [zitiert: *Larenz/Wolf,* BGB-AT].

Leidinger, Tobias: Zur Weiterbelieferungspflicht gegenüber dem zur Konkurrenz wechselnden Sonderabnehmer nach Vertragsende, in: WRP 1995, S. 462-467.

Lerche, Peter: Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung, in: Böttcher/Hueck/Jähnke (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky

zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin 1996, S. 215-232 [zitiert: *Lerche,* in: FS Odersky].

Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl M. / Riesenkampff, Alexander (Hrsg.): Kartellrecht. Europäisches und Deutsches Recht. Kommentar, 2. Auflage, München 2009 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR].

Looschelders, Dirk: Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München 2011 [zitiert: *Looschelders,* SchuldR-AT].

Looschelders, Dirk / Pohlmann, Petra (Hrsg.): VVG: Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar, Köln 2010 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Looschelders/Pohlmann, VVG].

Looschelders, Dirk / Roth, Wolfgang: Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996 [zitiert: *Looschelders/Roth,* Juristische Methodik].

Lorenzmeier, Stefan: Europarecht – Schnell erfasst, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 2011 [zitiert: *Lorenzmeier,* EuropaR].

Mahlmann, Matthias: Stellungnahme: Öffentliche Anhörung, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zum *Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien*. Schwerpunkt: Europa- und verfassungsrechtliche Probleme des zivilrechtlichen Teils, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 187-195 [zitiert: *Mahlmann,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Maier-Reimer, Georg: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, in: NJW 2006, S. 2577-2583.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Begr.) / Herzog, Roman / Scholz, Rupert / Herdegen, Matthias / Klein, Hans H. (Hrsg.): Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar, München, 1. Band, (Stand: 63. Ergänzungslieferung, 10/2011) [zitiert: *Bearbeiter,* in: Maunz/Dürig, GG].

Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 10. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2010 [zitiert: *Medicus,* BGB-AT].

Medicus, Dieter / Lorenz, Stefan: Schuldrecht I. – Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 19. Auflage, München 2010 [zitiert: *Medicus/Lorenz,* SchuldR-AT].

Meinel, Gernod / Heyn, Judith / Herms, Sascha: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Arbeitsrechtlicher Kommentar, 2. Auflage, München 2010 [zitiert: *Meinel/Heyn/Herms,* AGG]; 1. Auflage, München 2007 [zitiert: *Meinel/Heyn/Herms,* AGG, 2007].

Mertens, Werner: Über Kontrahierungszwang (Diss.), Breslau 1929 [zitiert: *Mertens,* Über Kontrahierungszwang].

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, in: JZ 1964, S. 441-446.

Meyer, Jürgen (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, Baden-Baden 2011 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Meyer, EU-GRCharta].

Molitor, Erich: Zur Theorie des Vertragszwangs, in: JherJb 73 (1923), S. 1-32.

Möllers, Thomas M. J.: Einschränkung der Vertrags- und Gestaltungsfreiheit durch europäische Richtlinien, in: Bottke/Möllers/Schmidt (Hrsg.), Recht in Europa. Festgabe zum dreißigjährigen Bestehen der juristischen Fakultät der Universität Augsburg, Baden-Baden 2003, S. 189-216 [zitiert: *Möllers,* in: Bottke/Möllers/Schmidt].

Möschel, Wernhard: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln/Berlin/Bonn/München 1983 [zitiert: *Möschel,* Wettbewerbsbeschränkungen].

Müller, Klaus J.: Verschulden bei Vertragsschluß und Abbruch von Verhandlungen über formbedürftige Rechtsgeschäfte – Unter besonderer Berücksichtigung des Erwerbs bereits bestehender und der Übernahme neu zu schaffender GmbH-Geschäftsanteile –, in: DB 1997, S. 1905-1910.

Münch, Ingo (Begr.) / Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel, Art. 1-19), 5. Auflage, München 2000 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Münch/Kunig, GG].

Neuner, Jörg: Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, in: NJW 2000, S. 1822-1833.

- Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, in: JZ 2003, S. 57-66.

- Privatrecht und Sozialstaat, München 1999 [zitiert: *Neuner,* Privatrecht].

- Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, S. 73-91 [zitiert: *Neuner,* in: Leible/Schlachter].

Nickel, Rainer: Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, in: NJW 2001, S. 2668-2672.

- Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (BT-Drs. 15/4538 vom 16. Dezember 2004) vor dem Ausschuss des Deutschen Bundestages für Familien, Senioren, Frauen und Jugend, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 197-209 [zitiert: *Nickel,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Niekiel, Oliver: Das Recht auf ein Girokonto (Diss.), Baden-Baden 2011 [zitiert: *Niekiel,* Girokonto].

Nipperdey, Hans Carl: Anmerkung zu RG 132, 196, in: JW 1931, S. 3104.

- Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung. Ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte, in: RdA 1950, S. 121-128.

- Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920 [zitiert: *Nipperdey,* Kontrahierungszwang].

Nollert-Borasio, Christiane / Perreng, Martina: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen, 3. Auflage, Frankfurt a.M. 2011 [zitiert: *Nollert-Borasio/Perreng,* AGG].

Oberwetter, Christian: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Kommentar, Starnberg 2006 [zitiert: *Oberwetter,* AGG].

Oftinger, Karl: Die Vertragsfreiheit, in: Die Juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten (Hrsg.): Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht. Festgabe zur

Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 315-333 [zitiert: *Oftinger*, in: Freiheit].

Otto, Hansjörg: Personale Freiheit und soziale Bindung. Zur Kontrolle und Gewährleistung personal motivierten Verhaltens im Privatrecht, München 1978 [zitiert: *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung].

Pabst, Otto: Die Beziehung zwischen Monopol und Kontrahierungszwang (Diss.), Köln 1931 [zitiert: *Pabst*, Monopol und Kontrahierungszwang].

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I- und Rom II-Verordnungen sowie dem Haager UnterhaltsProtokoll, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz. Kommentar, 71. Auflage, München 2012 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Palandt, BGB].

Petersen, Jens: Die Privatautonomie und ihre Grenzen, in: JURA 2011, S. 184-186.

Pfeiffer, Thomas: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 221-247 [zitiert: *Pfeiffer,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Picker, Eduard: Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, in: JZ 2003, S. 540-545.

- Antidiskriminierung im Zivil- und Arbeitsrecht, in: ZfA 2005, S. 167-188.

- Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, in: JZ 2002, S. 880-882.

- Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Gebot allgemeiner Gleichbehandlung?, in: Hanau/Thau/Westermann (Hrsg.): Gegen den Strich – Festschrift für Klaus Adomeit, Köln 2008, S. 541-562 [zitiert: *Picker,* in: FS Adomeit].

Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard: Grundrechte. Staatsrecht II, 27. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2011 [zitiert: *Pieroth/Schlink,* Grundrechte].

Preis, Ulrich: Diskriminierungsschutz zwischen EuGH und AGG (Teil I), in: ZESAR 2007, S. 249-256.

- Diskriminierungsschutz zwischen EuGH und AGG (Teil II), in: ZESAR 2007, S. 308-315.

Prütting, Hanns / Gehrlein, Markus (Hrsg.): ZPO. Kommentar, 2. Auflage, Köln 2010 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Prütting/Gehrlein, ZPO].

Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd (Hrsg.): BGB. Kommentar, 6. Auflage, Köln 2011 [zitiert: *Bearbeiter,* in: PWW, BGB].

Rafi, Anusheh: Gleichheit durch Kontrahierungszwang? Einige Gedanken zur Debatte über das Antidiskriminierungsgesetz (BT Drucksache 15/4538), in: RuP 2005, S. 218-223.

Raiser, Ludwig: Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, in: ZHR 111 (1948), S. 75-101.

- Vertragsfreiheit heute, in: JZ 1958, S. 1-8.

Raiser, Thomas: Grundlagen der Rechtssoziologie, 5. Auflage, Tübingen 2009 [zitiert: *Raiser,* Rechtssoziologie].

Rasch, Benjamin: Wettbewerb durch Netzzugang? Eine ökonomische Analyse am Beispiel des deutschen Briefmarktes (Diss.), Wiesbaden 2009 [zitiert: *Rasch,* Wettbewerb durch Netzzugang?].

Reichert, Heinz: Der Abschlusszwang im deutschen Recht (Diss.), Heidelberg 1966 [zitiert: *Reichert,* Abschlusszwang].

Reichold, Hermann / Hahn, Oliver / Heinrich, Martin: Neuer Anlauf zur Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien: Plädoyer für ein Artikelgesetz, in: NZA 2005, S. 1270-1276.

Reinhard, Rudolf: Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrage, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (Hrsg.): Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 115-138 [zitiert: *Reinhardt,* in: FS Schmidt-Rimpler].

Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus: Schadensersatzverpflichtungen aus Verschulden beim Vertragsabschluß nach Abbruch von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund, in: ZIP 1989, S. 1093-1102.

Rolfs, Christian: Allgemeine Gleichbehandlung im Mietrecht, in: NJW 2007, S. 1489-1494.

Rösmann, Peter: Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft aufgrund von Selbstverpflichtungen und § 21 AGG (Diss.), Frankfurt a.M. 2009 [zitiert: *Rösmann,* Kontrahierungspflichten der Kreditwirtschaft].

Rudolf, Beate / Mahlmann, Matthias (Hrsg.): Gleichbehandlungsrecht. Handbuch, Baden-Baden 2007 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Rudolf/Mahlmann, GleichbehandlungsR].

Rüffer, Wilfried / Halbach, Dirk / Schimikowski, Peter (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz. Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2011 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG].

Rühl, Wolfgang / Schmid, Matthias / Viethen, Hans Peter: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, München 2007 [zitiert: *Rühl/Schmid/Viethen,* AGG].

Säcker, Franz Jürgen: „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, in: ZRP 2002, S. 286-290.

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240, ProstG, AGG), 6. Auflage, München 2012; Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 5. Auflage, München 2007; Band 3: Schuldrecht – Besonderer Teil (§§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG), 6. Auflage, München 2012; Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil III (§§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz), 5. Auflage, München 2009 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Münchener Kommentar, BGB]; Band 1: Allgemeiner Teil, 1. Halbband (§§ 1-240, ProstG), 5. Auflage, München 2006 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage].

Sacksofsky, Ute: Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 2. Auflage, Baden-Baden 1996 [zitiert: *Sacksofsky,* Gleichberechtigung].

Salzwedel, Jürgen: Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Carstens/Peters (Hrsg.): Festschrift Hermann Jahrreiss zu seinem siebzigsten Geburtstag – 19. August 1964 – gewidmet, Köln/Berlin/Bonn/München 1964, S. 339-353 [zitiert: *Salzwedel,* in: FS Jahrreiss].

Saueressig, Christian: Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung, in: JURA 2005, S. 525-532.

Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840.

Schellhammer, Kurt: Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2011 [zitiert: *Schellhammer,* SchuldR].

Scheurle, Klaus-Dieter / Mayen, Thomas (Hrsg.): Telekommunikationsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, München 2008 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Scheurle/Mayen, TKG].

Schiek, Dagmar (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Schiek, AGG].

- Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000 [zitiert: *Schiek,* Differenzierte Gerechtigkeit].

- Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, in: NZA 2004, S. 873-884.

Schiess Rütimann, Patricia M.: Vertragsverweigerung gegenüber ausländischen Mietinteressenten. Das EU-Recht und das gescheiterte deutsche Antidiskriminierungsgesetz, in: WuM 2006, S. 12-17.

Schlechtriem, Peter / Schmidt-Kessel, Martin: Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Tübingen 2005 [zitiert: *Schlechtriem/Schmidt-Kessel,* SchuldR-AT].

Schmid, Matthias / Wirth, Thomas / Seifert, Fedor: Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Schmid/Wirth/Seifert, UrhG].

Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage, Berlin 2005 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Schmidt-Aßmann, Bes. VerwR].

Schmidt-Räntsch, Jürgen: Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Mietrecht, in: NZM 2007, S. 6-16.

Schmidt-Rimpler, Walter: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: AcP 147 (1947), S. 130-197.

Schmitt-Glaeser, Walter: Die Sorge des Staates um die Gleichberechtigung der Frau, in: DÖV 1982, S. 381-389.

Schöbener, Burkhard / Stork, Florian: Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht – zur Bedeutung der Vertragsfreiheit und des Rechts auf Privatleben, in: ZEuS 2004, S. 43-82.

Schreier, Michael: Das AGG in der zivilrechtlichen Fallbearbeitung, in: JuS 2007, S. 308-312.

Schricker, Gerhard: Verlagsrecht. Kommentar zum Gesetz über das Verlagsrecht vom 19.6.1901, 3. Auflage, München 2001 [zitiert: *Schricker,* VerlagsR].

Schulte, Hans: Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31.03.1976 – 2 W 9/76, in: NJW 1976, S. 1210-1211.

Schürnbrand, Jan: Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Recht der Bankgeschäfte, in: BKR 2007, S. 305-311.

Siebert, Wolfgang: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung. Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Göttingen (Hrsg.): Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, 30. November 1953, Göttingen 1953, S. 215-247 [zitiert: *Siebert,* in FS Niedermeyer].

Soergel, Hans Theodor (Begr.) / Sieberg, Wolfgang (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2: Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240 BGB), 13. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 1999 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Soergel, BGB].

Stampe, Ernst: „Aus einem Freirechtslehrbuch", in: AcP 108 (1912), S. 42-177.

Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin, Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4 b), Neubearbeitung 2010; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 563-580a; Anh. zum Mietrecht: AGG (Mietrecht 2), Neubearbeitung 2011; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 823 E-I, 824, 825 (Unerlaubte Handlungen 1 – Teilband 2), Neubearbeitung 2009; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 826-829; ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung), Neubearbeitung 2009 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Staudinger, BGB].

- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin, Neubearbeitung 2011 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler].

Stier-Somlo, Fritz / Elster, Alexander (Hrsg.): Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 3. Band: Glaubensfreiheit – Luxemburg, Berlin/Leipzig 1928 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Stier-Somlo/Elster, Handwörterbuch].

Stork, Florian: Das Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht. Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG in das deutsche Privatrecht, in: ZeuS 2005, S. 1-60.

Thomas, Heinz / Putzo, Hans (Begr.) / Reichold, Klaus / Hüßtege, Rainer / Seiler, Christian (Hrsg.): Zivilprozessordnung. FamFG – Verfahren in Familiensachen –, GVG, Einführungsgesetze, EG-Zivilverfahrensrecht. Kommentar, 32. Auflage, München 2011 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Thomas/Putzo, ZPO].

Thüsing, Gregor: Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, in: NJW 2003, S. 3441-3445.

Thüsing, Gregor / von Hoff, Konrad: Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, in: NJW 2007, S. 21-26.

Tilmann, Winfried: Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten, in: ZHR 141 (1977), S. 32-80.

Uerpmann-Wittzack, Robert: Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Artikel 3 Abs. 3 GG als unterschätzte Verfassungsnorm, in: ZaöRV 68 (2008), S. 359-370.

Verband der privaten Krankenversicherung: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien – Artikel 1: Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung –, BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 177-185 [zitiert: *PKV,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Vykydal, Swen: Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang – unter besonderer Berücksichtigung der leistungsgebundenen Energiewirtschaft (Diss.), Baden-Baden 1996 [zitiert: *Vykydal,* Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang].

- Der unmittelbare Kontrahierungszwang im deutschen Recht – unter besonderer Berücksichtigung des § 2 StromeinspeisungsG, in: JA 1996, S. 81-88.

Wagner, Gerhard / Potsch, Nicolas: Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, in: JZ 2006, S. 1085-1100.

Weber, Martin: Haftung für in Aussicht gestellten Vertragsabschluss, in: AcP 192 (1992), S. 390-435.

Weller, Marc-Philippe: Die Vertragstreue, Tübingen 2009.

Wendeling-Schröder, Ulrike / Stein, Axel (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, München 2008 [zitiert: *Bearbeiter,* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG].

Wendt, Otto: Freiheit und Gleichheit im bürgerlichen Recht, Stuttgart 1903.

Wendt, Stephan / Schäfer, Frank: Kontrahierungszwang nach § 21 I 1 AGG?, in: JuS 2009, S. 206-209.

Wiedemann, Herbert / Thüsing, Gregor: Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, in: DB 2002, S. 463-470.

Wilms, Heinrich: Staatsrecht II. Grundrechte, Stuttgart 2010 [zitiert: *Wilms,* StaatsR II].

Winkler, Karl: Beurkundungsgesetz, 16. Auflage, München 2008 [zitiert: *Winkler,* BeurkG].

Wolff, Christian: Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht (Diss.), Göttingen 2005 [zitiert: *Wolff,* Zwangslizenzen].

Wölfl, Thomas: Echo zu „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner (Säcker ZRP 2002, 286 und Schmelz, ZRP 2003, 67), in: ZRP 2003, S. 297.

Wolfrum, Rüdiger: Das Verbot der Rassendiskriminierung im Spannungsfeld zwischen dem Schutz individueller Freiheitsrechte und der Verpflichtung des einzelnen im Allge-

meininteresse, in: Denninger/Hinz/Mayer-Tasch/Roellecke (Hrsg.): Kritik und Vertrauen. Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1990, S. 515-527 [zitiert: *Wolfrum,* in: FS Peter Schneider].

Worzalla, Michael: Das neue allgemeine Gleichbehandlungsgesetz: neue Vorschriften, Handlungsanweisungen, Muster, Freiburg u.a. 2006 [zitiert: *Worzalla,* AGG].

Wrase, Michael: Tugend statt Freiheit? Zur Diskussion um das Antidiskriminierungsgesetz, in: HFR 2005, S. 47-50.

- Verfassungsrechtliche Ansatzpunkte für einen Diskriminierungsschutz beim öffentlichen Angebot von Gütern und Dienstleistungen, in: ZESAR 2005, S. 229-241.

Zentralverband des Deutschen Handwerks: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (Antidiskriminierungsgesetz – ADG-E, BT-Drs. 15/4538 vom 15.12.2004), BTAPr 15/51 II vom 07.03.2005, S. 775-789 [zitiert: *Armbrüster,* Stellungnahme zum ADG-E 2004].

Zinsmeister, Julia: Mehrdimensionale Diskriminierung. Das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung und seine Gewährleistung durch Art. 3 GG und das einfache Recht (Diss.), Baden-Baden 2007 [zitiert: *Zinsmeister,* Mehrdimensionale Diskriminierung].

Zöllner, Wolfgang: Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit – Negation oder Immanenz?, in: Kolziol/Rummel (Hrsg.): Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2002 [zitiert: *Zöllner,* in: FS Bydlinski].

ISBN 978-3-86219-472-8