

und ihre Berücksichtigung im Nichtdiskriminierungsrecht erweitert damit dessen instrumentellen Charakter als Freiheitsschutz zweiter Ordnung.

#### IV. Der Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote – Ein Fall missglückter „praktischer Konkordanz“

Ausgehend von einer klassisch-liberalen Konzeption der Privatautonomie<sup>1</sup>, greifen Diskriminierungsverbote erheblich in grundrechtlich geschützte Freiheiten (Vertragsbegründungsfreiheit, Religionsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, das Recht auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens)<sup>2</sup> des Normadressaten ein. Grundrechtsdogmatisch gesprochen, ist es daher Aufgabe des Gesetzgebers, die Gleichheitsansprüche der Diskriminierungsbetroffenen mit den Freiheitsrechten der Diskriminierenden in „praktische Konkordanz“ zu bringen. Ein Instrument zur Bewältigung dieser Aufgabe ist die Ausgestaltung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote.<sup>3</sup> Das bestätigen die Erwägungsgründe der verschiedenen Richtlinien.<sup>4</sup> Der Unionsgesetzgeber hat sich im Ergebnis für eine sehr heterogene Ausgestaltung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs entschieden. Das AGG hat diesen Ansatz aufgegriffen und weitergeführt.<sup>5</sup> Damit setzt sich ein Verhaltensmuster fort, das uns bereits aus der Analyse der allgemeinen Gleichbehandlungspflichten bekannt ist. Das Zusammenwirken der unionsrechtlichen Differenzierungen mit den Grenzziehungen des nationalen Rechts hat im Ergebnis zu einer erheblichen Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit bei der Bestimmung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs beigetragen.<sup>6</sup>

Im Folgenden orientiere ich mich am System des AGG und unterscheide zwischen dem beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbot (§ 7 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Nr. 1-4 und § 6 AGG) und dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot (§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 AGG iVm § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG). Die Untersuchung beschränkt sich auf die Abgrenzungsmerkmale, mit denen das Gesetz den Konflikt zwischen Privatautonomie und Gleichbehandlung lösen will. Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs beschränke ich mich daher auf das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. Der sachliche Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbots wirft, wenn man sich auf die

1 Dazu bereits oben § 1 I 2.

2 Vgl. näher zu den Rechtsgrundlagen im Unions- und im deutschen Recht Schöbener/Stork, ZEuS 2004, 43, 54 ff.

3 So auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 2.

4 Vgl. Erwgr. (4) RL 2000/43/EG, Erwgr. (13) RL 2004/113/EG, Erwgr. (16) und (17) RL-Vorschlag zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008), 426 endg.

5 Vgl. die Begr. des RegE, BT-Drs. 16/1780, S. 40.

6 Siehe die zutreffende Kritik bei Kamanabrou, RdA 2006, 321, 323.

Richtlinien konzentriert, keine gravierenden Abgrenzungsprobleme auf. Hinzuweisen ist aber auf einen erheblichen Unterschied zum allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz: Nach traditioneller Auffassung gibt es dort Bereichsausnahmen für die Vertragsabschluss-, die Vertragsinhalts- und die Vertragsbeendigungsfreiheit.<sup>7</sup> Anders das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht: Es erfasst (1.) die Bedingungen für den Zugang zu Beschäftigung, (2.) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts und (3.) die Entlassungsbedingungen.<sup>8</sup> Das AGG übernimmt diese Kategorisierung – bis auf eine problematische Ausnahme: die Nichtanwendbarkeit des AGG auf Kündigungen (§ 2 Abs. 4 AGG). Es ist umstritten, ob und inwieweit diese Entscheidung überhaupt mit der Richtlinie vereinbar ist und wie das damit entstandene Vakuum richtlinienkonform zu füllen ist.<sup>9</sup> Für die hier verfolgten Zwecke genügt die Feststellung, dass das beschäftigungsrechtliche Diskriminierungsverbot die gesamte Zeitspanne eines Vertragsverhältnisses erfasst, von der Vertragsanbahnung über die Vertragsdurchführung bis zur Vertragsbeendigung und -abwicklung.

## 1. Sachlicher Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots

### a) Überblick über das System der Richtlinien und des AGG

Die Richtlinie 2000/43/EG erstreckt das Diskriminierungsverbot unter anderem<sup>10</sup> auf „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“, Wohnraum eingeschlossen.<sup>11</sup> Voraussetzung dafür ist, dass sie „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Dazu heißt es in den Erwägungsgründen, es sei wichtig, den „Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte“ zu wahren.<sup>12</sup> Das Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen<sup>13</sup> in der Richtlinie 2004/113/EG erfasst „alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen

7 § 5 I 4 a) (1) und (2).

8 Art. 2 Abs. 1 lit. a) und c) RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 lit. a) und c) RL 2000/78/EG; Art. 14 Abs. 1 lit. a) und c) RL 2006/54/EG.

9 Zum Problem und zum Streitstand siehe BAG NZA 2009, 361 Rn. 30-33 und aus der Literatur *Thüssing* in: MünchKomm-BGB, § 2 AGG Rn. 14 ff; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 2 Rn. 17 f; *Schleusener* in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 2 Rn. 29 ff; *Kamanabrou*, RdA 2007, 199 ff; *Preis*, ZESAR 2007, 307 ff; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 479 ff.

10 In den sachlichen Anwendungsbereich fallen auch der Sozialschutz, die sozialen Vergünstigungen (vertiefend dazu *Oppermann* in: Falke/Rust, AGG, § 2 Rn. 89 ff) und die Bildung, Art. 3 Abs. 1 lit. e-g) RL 2000/43/EG, die stets diskriminierungsfrei zu gewähren sind, vgl. *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 108.

11 Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG.

12 Erwägungsgrund (4) RL 2000/43/EG.

13 Art. 1 RL 2004/113/EG.

der Person zur Verfügung stehen“.<sup>14</sup> Die Erwägungsgründe führen dazu aus, dass „andere Grundrechte und Freiheiten nicht beeinträchtigt werden [dürfen]; hierzu gehören der Schutz des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen“.<sup>15</sup>

Das AGG spaltet den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots in nicht weniger als fünf (!) Normbereiche auf:

1. Neben dem Sozialschutz und dem Gesundheitswesen, den sozialen Vergünstigungen und der Bildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 5-7 AGG) sind – in wörtlicher Übernahme des Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG – Benachteiligungen verboten beim „Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.“
2. Dieses Benachteiligungsverbot setzt zusätzlich voraus,<sup>16</sup> dass die Diskriminierung „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ (§ 19 Abs. 1 AGG) erfolgt. Darin liegt eine Beschränkung der Diskriminierungsmerkmale gegenüber § 1 AGG.
3. Selbst dann ist das Diskriminierungsverbot nur anwendbar, wenn das Schuldverhältnis entweder
  - a) ein Massengeschäft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 AGG),
  - b) ein massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft<sup>17</sup> (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 AGG) oder
  - c) eine privatrechtliche Versicherung (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG) ist.
4. Diese Einschränkungen gelten nicht, wenn die Ungleichbehandlung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft erfolgt.<sup>18</sup> Dann ist das Verbot wieder umfassend bei „Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ iSv § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG anzuwenden (§ 19 Abs. 2 AGG).
5. Gänzlich ausgenommen vom Diskriminierungsverbot sind familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse (§ 19 Abs. 4 AGG) und „zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird“ (§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG).

14 Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

15 Erwägungsgrund (3) RL 2004/113/EG.

16 Statt aller *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 4 ff; aA *Weimann* in: Hey, AGG, § 19 Rn. 42 ff.

17 Begriff von *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 Rn. 8; zustimmend *Armbriüster* in: Erman, § 19 Rn. 13; anders *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 265; *Schiék* in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 9 („Beinahe-Massengeschäft“); dazu kritisch *Ambrosius* in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 35.

18 Anders *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 19 ff, die den sachlichen Anwendungsbereich ausschließlich in § 19 AGG verankern und § 19 Abs. 2 AGG als Rechtsgrundverweisung konzipieren.

### b) Zugang zu Leistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen

Der Schlüssel zum Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots sind Güter und Dienstleistungen, die „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“.<sup>19</sup> Einigkeit besteht darüber, dass die Leistungen der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung stehen, wenn das Leistungsangebot nur gegenüber einzelnen Personen erfolgt, die bereits vor Abgabe der Erklärung bestimmt waren. Bietet dagegen ein Unternehmen seine Leistungen grundsätzlich allen Marktakteuren vorbehaltlos an, stehen die Güter und Dienstleistungen der Öffentlichkeit zur Verfügung. Dafür ist es auch unerheblich, dass das jeweilige Leistungsangebot im deutschen Recht vielfach lediglich eine *invitatio ad offerendum* ist. Der Auffordernde ist rechtlich betrachtet zwar nicht „Anbieter“.<sup>20</sup> Darauf kommt es aber nicht an.<sup>21</sup> Für das von den Richtlinien und dem AGG verfolgte Schutzkonzept ist allein der wirtschaftliche Marktbezug des jeweiligen Verhaltens relevant. Ein darüber hinausgehender, bereits existierender geschäftlicher Kontakt ist nicht erforderlich. Man muss daher den Begriff „Schuldverhältnis“ richtlinienkonform mit Blick auf § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG interpretieren. Bereits mit dem öffentlichen Angebot von Waren oder Dienstleistungen trifft den Normadressaten die Pflicht, nicht zu benachteiligen. Diese Pflicht besteht gegenüber jeder geschützten Person, unabhängig davon, ob der Normadressat mit ihr in vertraglichen oder vorvertraglichen Beziehungen steht.<sup>22</sup> Sie ist eine Pflicht, die ihre Grundlage im *Gesetz* und nicht im vertraglichen Schuldverhältnis findet.<sup>23</sup>

Umstritten sind die dazwischen liegenden Fälle. Dazu zählt der Nicht-Unternehmer, der eine Leistung einer unbekannten Vielzahl von Personen „anbietet“. Nach einer Auffassung genügt jedes Hinaustreten aus dem privaten Bereich. Darunter fällt auch die Bereitschaft, mit vorher unbekannten Personen kontrahieren zu wollen.<sup>24</sup> Ein Beispiel wäre das Inserat in einer Zeitung oder auf einer Webseite, in dem der Eigentümer einer Wohnung für diese einen Mieter sucht oder der

19 Siehe die prägnante Darstellung bei *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 320 f und *Armbrüster* in: Erman, § 2 AGG Rn. 26 f.

20 *Mansel* in: *Jauernig*, BGB, § 2 AGG Rn. 11.

21 Zutreffend *Thüsing* in: *MünchKomm-BGB*, § 19 AGG Rn. 136; aA *Mansel* in: *Jauernig*, BGB, § 2 AGG Rn. 11.

22 Vgl. erneut EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 25.

23 Anders aber *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 21 Rn. 18; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 7 Rn. 46; *Haerl*, GPR 2009, 202, 206; *Stoffels*, RdA 2009, 204, 207; *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 67 ff. Von der sachrechtlichen Einordnung ist die kollisionsrechtliche Qualifikation zu unterscheiden, dazu *Mansel*, FS *Canaris*, (Bd. I), 2007, 799, 816 f.

24 So Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 32; aus der Literatur vgl. *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 529 f; *Gaier/Wendl*, AGG, 2006, Rn. 28 ff; *Korell*, Jura 2006, 1, 4 f; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1087; *Bittner* in: *Falke/Rust*, AGG, § 2 Rn. 178 ff; *Franck*, Materialisierung, in: *Riesenhuber/Nishitani*, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 75 f; *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 2 Rn. 7; *Armbrüster* in: *Erman*, § 2 AGG Rn. 28; *Däubler* in: *Däubler*, AGG, § 2 Rn. 58; *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 151.

Eigentümer eines Autos dieses zum Verkauf „anbietet“. Nach einer engeren Auslegung muss es sich dagegen um ein regelmäßig wiederkehrendes „Angebot“ gleichartiger Güter und Dienstleistungen handeln, das prinzipiell an alle Mitglieder der Öffentlichkeit adressiert ist.<sup>25</sup> Darunter fielen dann „Angebote“ in Warenhäusern, Vergnügungsstätten und Restaurants, nicht aber der Verkauf des eigenen gebrauchten Autos oder die Vermietung der eigenen Wohnung.<sup>26</sup> Im praktischen Ergebnis reduzierte man damit den persönlichen Anwendungsbereich auf Unternehmer iSv § 14 BGB,<sup>27</sup> obwohl dies weder im Normtext der Richtlinien<sup>28</sup> noch des AGG einen Anhaltspunkt findet.

Problemursache ist die dem Völkerrecht,<sup>29</sup> den Richtlinien und dem AGG zugrunde liegende Dichotomie „öffentlicht/privat“ bzw. „Öffentlichkeit/Privatleben“. Das zeigt sich im Begriff der Öffentlichkeit in Art. 5 lit. f) ICERD und dem des öffentlichen Lebens in Art. 1 Abs. 1 ICERD,<sup>30</sup> im Erwägungsgrund (4) der Richtlinie 2000/43/EG und im Erwägungsgrund (3) sowie in Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG. Mit den Begriffen der Privatsphäre und des Privat- und Familienebens markiert das Nichtdiskriminierungsrecht seine Grenze: Transaktionen außerhalb dieses Bereichs finden im „öffentlichen“ Bereich statt und sind Gegenstand von Diskriminierungsverboten. Transaktionen innerhalb davon sind von Diskriminierungsverboten freizuhalten. Damit respektiert das Nichtdiskriminierungsrecht die ihm in Art. 7 Grundrechte-Charta und Art. 8 Abs. 1 EMRK grundrechtlich gezogenen Grenzen.<sup>31</sup> Das Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ hat im speziellen europäischen Nichtdiskriminierungsrecht die Aufgabe, die von Gleichbehandlungsansprüchen frei zu bleibenden Freiheitsbereiche auszuweisen.<sup>32</sup> Das Private wird damit zum Schlüsselbegriff im Nichtdiskriminierungsrecht.<sup>33</sup> Offen bleibt die Abgrenzung beider Sphären. Der Interpretationsstreit über das Verständnis von „Öffentlichkeit“ in der Richtlinie und im AGG ist letztlich ein Streit darüber, wo diese Abgrenzung zu ziehen ist. Optiert man für die enge Auslegung und damit für ein weites Verständnis von Privatheit, perpetuiert man die faktische Hierarchisierung anhand der verpönten Merkmale

25 So *Thüsing*, NJW 2003, 3441, 3442 f; *Reichold*, JZ 2004, 384, 390; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 65 ff; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2580; *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 110 ff; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 63 ff; *Ellenberger* in: *Palandt*, § 2 AGG Rn. 9; *Mansel* in: *Jauernig*, BGB, § 2 AGG Rn. 12.

26 Siehe *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 2 AGG Rn. 37.

27 Vgl. *Mansel* in: *Jauernig*, BGB, § 2 AGG Rn. 12.

28 Vgl. dazu aber Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008), 426 endg., S. 9, 20. Zum Vorschlag bereits oben § 6 II 1 b).

29 Zu Art. 5 lit. f) ICERD siehe bereits oben § 4 II 2.

30 Dazu näher *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 24 ff.

31 Vgl. dazu *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 370 ff; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 324 ff.

32 Zutreffend *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 66.

33 Dazu statt aller *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 368 ff.

in der Gesellschaft.<sup>34</sup> Aus rechtsdogmatischer Perspektive kann das nicht recht überzeugen:<sup>35</sup> Zum einen wäre der ausdrücklich angeordnete Schutz der Privatsphäre in § 19 Abs. 5 AGG<sup>36</sup> weitgehend überflüssig. Zum anderen führt dieses Verständnis zu erheblichen Problemen bei der Einbeziehung der „privaten“ Vermietung von Wohnraum. Die Praxis zeigt, dass „Privatvermieter“ immer noch aufgrund der Rasse diskriminieren.<sup>37</sup> Diesen Aspekt wollte die Richtlinie 2000/43/EG ausdrücklich hervorheben, indem sie den Nachsatz „einschließlich von Wohnraum“ einfügt. Dabei handelt es sich aber nicht um eine eigenständige Erweiterung des Anwendungsbereichs,<sup>38</sup> wie die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2004/113/EG zeigt. Dort strich das Parlament diese Ergänzung aus dem Vorschlag der Kommission<sup>39</sup>. Es seien ohnehin sämtliche Güter und Dienstleistungen erfasst und daher sei es „unsinnig“, eine konkrete Kategorie zu erwähnen.<sup>40</sup> Die Vertreter der engen Auslegung können sich auch nicht auf den Schutz des Privat- und Familienlebens als solches berufen. Es geht ja gerade darum, ob die diskutierten Verhaltensweisen noch zur eigentlichen Privatsphäre zählen oder nicht mehr. Damit wird deutlich, dass die enge Auslegung auf einem Vorverständnis der Privatsphäre basiert, das zu hinterfragen ist: Warum ist öffentlich oder „quasi-öffentliche“ nur das Angebot, das von einer Vielzahl von Personen auch angenommen werden kann?<sup>41</sup> Welche Konzeption von Privatsphäre steht dahinter? Wie verhält es sich mit der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers bei der Abgrenzung von öffentlich/privat? Ich denke, man kann diese Fragen nur dann zureichend beantworten, wenn man sie als Teilaspekte einer weitergehen- den Theorie des Gleichbehandlungsrechts auffasst.<sup>42</sup>

### c) *Modifikationen des sachlichen Anwendungsbereichs in § 19 AGG*

Für die Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse modifiziert § 19 AGG den sachlichen Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots erheblich. Mit dem „Schuldverhältnis“ ist das „Schuldverhältnis im weiteren Sinn“ als komplexe Einheit von Rechtsbeziehungen<sup>43</sup> gemeint.<sup>44</sup> Erfasst wird der gesamte zeitliche Ablauf eines Schuldverhältnisses. Das Gesetz

34 Fries, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 35 f mwN.

35 Vgl. dazu ausführlich Korell, Jura 2006, 1, 4f; im Ergebnis auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 b).

36 BT-Drs. 16/1780, S. 42.

37 Siehe dazu den Fall OLG Köln NZM 2010, 294.

38 AA Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 127f.

39 Art. 1 Abs. 1 RL-Vorschlag, KOM(2003) 657 endg., S. 26.

40 Siehe Änderungsantrag 12, Dok. A5-0155/2004 endg.

41 Schöbener/Stork, ZEuS 2004, 43, 72f.

42 Dazu unten § 8 II.

43 Siehe Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, 6 ff.

44 Zum Begriff statt aller Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 2 f.

gliedert diesen in Begründung-Durchführung-Beendigung. Im deutschen Recht bestimmt § 311 Abs. 2 BGB den frühesten möglichen Zeitpunkt, von dem ab man überhaupt von „geschäftlichen“ (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB) und nicht mehr nur von „sozialen“ Kontakten sprechen kann.<sup>45</sup> Das Verständnis der Richtlinien geht allerdings darüber hinaus. Sie erfassen auch diskriminierende Äußerungen des Normadressaten weit im Vorfeld eines konkreten Vertragsabschlusses.<sup>46</sup> In der damit notwendigen richtlinienkonformen Interpretation reicht das Merkmal „Begründung“ weiter als die von § 311 Abs. 2 BGB erfassten „geschäftlichen Kontakte“.<sup>47</sup> In den Anwendungsbereich fällt jedes Verhalten des Normadressaten, das eine geschützte Person ernsthaft davon abhalten kann, mit ihm geschäftliche Kontakte aufzunehmen. Das sprengt eine ausschließlich vertragsrechtliche Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts.<sup>48</sup>

### (1) Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

§ 19 Abs. 1 AGG hat die Aufgabe, den sachlichen Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots weiter zu beschränken. Das zivilrechtliche Schuldverhältnis muss ein Massengeschäft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG), ein massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG) oder eine privatrechtliche Versicherung (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG) sein. „Massengeschäfte“ sind Schuldverhältnisse, die drei Elemente aufweisen: Sie kommen (a) typischerweise ohne Ansehen der Person (b) zu vergleichbaren Bedingungen (c) in einer Vielzahl von Fällen zustande. Massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse unterscheiden sich davon nur bezüglich Merkmal (a), weil das Ansehen der Person dort (a') „nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat“. Die Interpretation der einzelnen Tatbestandsmerkmale erweist sich als schwierig.

#### aa) Fälle mit vergleichbaren Bedingungen

Wenn man eine „Vielzahl von Fällen“ verlangt, muss man zwangsläufig auch sagen, welche Fälle man berücksichtigt und welche nicht. Anders formuliert: Es bedarf eines Gleichheitsmaßstabes, um entscheiden zu können, ob der Normadressat in einer Vielzahl von Fällen handelt. Vermietet A am Montag eine Wohnung, verkauft er am Dienstag sein Auto und betreibt er am Mittwoch seine Diskothek,

45 Siehe Emmerich in: MünchKomm-BGB, § 311 Rn. 44.

46 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 21 ff.

47 So bereits Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 135; iE auch Schwab, DNotZ 2006, 649, 659.

48 Lütringhaus, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 54 ff; den rechtsgeschäftlichen Bezug betont dagegen noch Mansel, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 799, 816 f.

teilt uns das Merkmal „vergleichbare Bedingungen“ mit, dass wir es in diesen Fällen nicht mit einer Vielzahl vergleichbarer Fälle zu tun haben. Verkauft A dagegen in einer Woche 20 Golf-Jahreswagen zu unterschiedlichen Konditionen und Preisen, weil „einzelne Vertragspartner beispielsweise wegen eines besonderen Verhandlungsgeschicks im Einzelfall Preisnachlässe erreichen“<sup>49</sup>, handelt es sich trotz unterschiedlicher *essentialia negotii* um Schuldgeschäfte mit vergleichbaren Bedingungen des konkreten Anbieters. Wer also 51 Wohnungen (vgl. § 19 Abs. 5 S. 3 AGG) vermietet, handelt in einer vergleichbaren Anzahl von Fällen. Darauf, dass jede Wohnung nur einmal vermietet werden kann und als solche immer individuelle Eigenschaften aufweist, kommt es für die Vergleichbarkeit nicht an.<sup>50</sup> Diese Aufgabe – und nur diese Aufgabe – hat das Tatbestandsmerkmal der „vergleichbaren Bedingungen“. Das wird fast immer verkannt.<sup>51</sup> Stattdessen wird die durchweg problematische Begründung des Regierungsentwurfs paraphrasiert,<sup>52</sup> wonach die Gleichbehandlung bei Erbringung der Leistung letztlich Spiegelbild der Tatsache sei, dass der Anbieter bei der Auswahl des Vertragspartners nicht unterscheide.<sup>53</sup> Das sagt nichts zum Tatbestandsmerkmal selbst, sondern bezieht sich nur auf die Merkmale (a) und (a'). Streng genommen kann es schon gar keinen eigenständigen Beitrag zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs eines Gleichbehandlungsgebots leisten. Es ist Aufgabe des Diskriminierungsbegriffs, den richtigen Vergleichsmaßstab zu ermitteln.<sup>54</sup> Der Tatbestand des Diskriminierungsverbots teilt dem Rechtsanwender mit, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt und das setzt voraus, dass man Rechtsgeschäfte mit „vergleichbaren Bedingungen“ in die Betrachtung einbezieht. Indem man diese Prüfung vorweg nimmt, isoliert man sie aus dem relevanten Kontext, weil man die Erwartung auf Gleichbehandlung übersieht. Der Versuch, das Diskriminierungsverbot einzuschränken, beginnt also mit einem Fehlstart.

## bb) Vielzahl von Fällen

Das Rätselraten geht sofort weiter, weil man sich fragen muss, ab wann der ungleich Behandelnde in einer „Vielzahl von Fällen“ diskriminiert. Nach einer Auffassung sei eine „Vielzahl von Fällen“ erst bei 50 Verträgen erreicht.<sup>55</sup> Auf § 19 Abs. 5 AGG kann man sich dafür freilich nicht stützen. Die Norm ist ersichtlich

49 BT-Drs. 16/1780, S. 41; dazu, dass diese Ungleichbehandlung lauterkeitsrechtlich nicht erfasst wird, oben § 5 IV 5 b).

50 Unhaltbar daher Wackerbarth, ZIP 2007, 453, 454 f.

51 Eine Ausnahme ist Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 11.

52 Exemplarisch Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 33; zumindest eigenständig aber Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 32 (auf die Vergleichbarkeit der AGB abstellend).

53 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

54 Siehe unten § 6 V 2 a).

55 Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 19 Rn. 7; Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 28; Grüneberg in: Palandt, § 19 AGG Rn. 2.

als *Rückausnahme* konzipiert und setzt zwangsläufig voraus, dass der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Stattdessen überzeugt es, in Anlehnung an § 305 Abs. 1 S. 1 BGB („Vielzahl von Verträgen“), drei Fälle<sup>56</sup> genügen zu lassen,<sup>57</sup> in denen der jeweilige Normadressat handelt.

Selbst diese großzügige Interpretation wirft erhebliche Probleme auf. Nehmen wir das in der Begründung des Regierungsentwurfs gewählte Beispiel. Danach sei der Verkauf eines Gebrauchtwagens für den gewerblichen Kfz-Händler ein Geschäft, das er in einer Vielzahl von Fällen abwickle. Anders sei es bei einer Privatperson, die ihren gebrauchten Pkw verkaufen will.<sup>58</sup> Der Privatverkauf fällt – soweit er öffentlich kommuniziert wurde – unter § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG führt aber dazu, dass das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot trotzdem nicht anwendbar ist. Weil das mit der Richtlinie 2000/43/EG unvereinbar wäre, gibt es eine Rückausnahme für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft (§ 19 Abs. 2 AGG). Umstritten ist aber die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG. Die Beschränkung ist bezüglich des Merkmals Geschlecht nur dann richtlinienkonform, wenn der unionsrechtliche Schutz hinter dem von Rasse und ethnischer Herkunft zurückbleibt. Die Bundesregierung begründet die Übereinstimmung mit der Richtlinie eingehend mit dem unterschiedlichen Wortlaut der Richtlinie und dem in Art. 3 Abs. 2 RL 2004/113/EG ausdrücklich erwähnten Schutz der Vertragsfreiheit.<sup>59</sup> Art. 3 Abs. 2 dieser Richtlinie enthält aber keinen generellen Vorbehalt zugunsten der Vertragsfreiheit. Diese ist nur geschützt, solange die „Wahl nicht vom Geschlecht des Vertragspartners abhängig“ gemacht wird. Genau das herauszufinden ist aber die Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts. Das Wortlautargument überzeugt ebenfalls nicht. Es besteht nämlich kein zwingender Zusammenhang zwischen der Zahl der angestrebten Abschlüsse und der öffentlichen Sphäre.<sup>60</sup> Insoweit weicht die Richtlinie 2004/113/EG nicht von der Richtlinie 2000/43/EG ab.<sup>61</sup> § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist bezüglich des Merkmals Geschlecht also richtlinienwidrig.<sup>62</sup>

56 BGH NJW 2002, 138, 139.

57 Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 348; Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 2 Rn. 159; Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 10; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 35; Armbrüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 15; anders aber Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 c) cc).

58 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

59 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

60 Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 347.

61 Überzeugend Korell, Jura 2006, 1, 4f.

62 Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 17; Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 c) cc).

### cc) Ohne Ansehen der Person

Der Begriff „ohne Ansehen der Person“ geht zurück auf Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG.<sup>63</sup> Was genau die Richtlinie und das AGG damit meinen, bleibt unklar. Die Begründung des Regierungsentwurfs sagt dazu:

*„Ein Schuldverhältnis wird ohne Ansehen der Person begründet, durchgeführt oder beendet, wenn hierbei die in § 1 genannten Merkmale typischerweise keine Rolle spielen.“<sup>64</sup>*

Dieser Erklärungsansatz ist zirkulär, weil eine Verletzung des Benachteiligungsverbots bei Massengeschäften definitionsgemäß ausgeschlossen wäre.<sup>65</sup> Er ist auch widersprüchlich, weil er eine eingebürgerte Diskriminierungspraxis sichert, während eine neue Verkehrssitte verboten wäre.<sup>66</sup> Gemeint sei daher etwas anderes: Entscheidend sei, ob es bei einem Schuldverhältnis auf besondere Merkmale des Vertragspartners ankomme und der Vertragsschluss auf diese Weise individualisiert werde, oder ob grundsätzlich mit jedem Interessenten kontrahiert werde.<sup>67</sup> Diskriminierungsschutz bestehe danach nur, wenn der Anbieter grundsätzlich mit jedermann zu kontrahieren bereit sei und nur in einzelnen, atypischen Fällen den Vertragsabschluss ablehne.<sup>68</sup> Damit entscheide die Individualität des Auswahlverfahrens über den Diskriminierungsschutz.<sup>69</sup> Bei einer Raummiete stehe die Individualität im Vordergrund, weil die Anbieter von Wohn- oder Geschäftsräumen ihren Vertragspartner regelmäßig persönlich nach vielfältigen Kriterien aus dem Bewerberkreis auswählten. Gleches gelte für Kreditgeschäfte, weil sie meist auf einer individuellen Risikoprüfung beruhten.<sup>70</sup>

Die praktischen Auswirkungen dieser Interpretation sind absehbar: Man muss einzelne Vertragstypen dahingehend untersuchen, wie individuell oder wie standardisiert sie ausgestaltet sind.<sup>71</sup> Nach dem Bundesgerichtshof sei es „zweifelhaft [...], ob Verträge über den Aufenthalt in einem Wellnesshotel überhaupt unter den Tatbestand der Norm fallen“.<sup>72</sup> Ich zweifle dagegen an dieser Aussage, weil mir unerklärlich ist, warum ein Hotelier seine Gäste „mit Ansehung der Person“ aussuchen sollte.<sup>73</sup> Selbst wenn man dabei eine vertragstypische Individualität bejaht, kann immer noch der Auffangtatbestand des massengeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses eingreifen. Dann muss man sich fragen, ob die individuelle

63 Siehe Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 41.

64 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

65 Eingehend *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 17.

66 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 6 c) bb).

67 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 17 ff; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 6 c) bb).

68 *Rolfs*, NJW 2007, 1489.

69 Vgl. *Pfeiffer*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 989; *Wackerbarth*, ZIP 2007, 453, 455.

70 BT-Drs. 16/1780, S. 42.

71 Sehr eifrig *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 20 ff.

72 BGH JZ 2012, 686 Rn. 9.

73 Dazu eingehend oben § 5 VI 2 b) (4).

Auswahl gleichwohl nach Art des (konkreten)<sup>74</sup> Schuldverhältnisses nachrangig ist.<sup>75</sup> Dabei soll es auf das Nähe- und Vertrauensverhältnis der Parteien ankommen.<sup>76</sup> Das lässt dann viel Raum für Abwägungen.<sup>77</sup> Ganz problematisch ist der Bereich der Wohnungsmiete: Ist das Ansehen der Person immer entscheidend, wann ist es nachrangig oder wann spielt es überhaupt keine Rolle?<sup>78</sup> Probleme bereiten auch Bankgeschäfte. Im Ausgangspunkt ist man sich einig: Der Bankkunde ist bei Zahlungsdiensterahmenverträgen und Kleinkreditverträgen für die Bank nicht als Individuum, sondern nur als Träger von Bonitätsdaten interessant.<sup>79</sup> Unterschiedlich sind aber die daraus gezogenen Konsequenzen: *Gregor Bachmann* meint, dass bei den sonstigen standardisierten Bankgeschäften das Ansehen der Person nachrangige Bedeutung habe.<sup>80</sup> *Jan Schürnbrand* behauptet das Gegenteil:<sup>81</sup> Solange die Bonität des Kunden für das Kreditinstitut von Interesse sei, komme dem Ansehen der Person eine jedenfalls nicht nur untergeordnete Bedeutung zu. Ein Massengeschäft liege lediglich ausnahmsweise vor, wenn das Kreditinstitut beim Vertragsschluss erkennbar auf jede Bonitätsprüfung verzichte. Das sei nicht der Fall, solange es dem Anbieter aus nachvollziehbaren Gründen auf bestimmte Eigenschaften des Vertragspartners ankomme. *Schürnbrand* hat den Deckel gefunden, der auf Pandoras Büchse passt: Je individueller die Auswahl, desto größer ist die Diskriminierungsfreiheit. Damit ist das Ge-  
spenst des Niederdiskriminierungsrechts erfolgreich verscheucht.

Das Ergebnis ist freilich paradox. Einerseits verliert die abstrakte Person den in der Abstrahierung liegenden Diskriminierungsschutz mit zunehmender Re-Individualisierung im Wirtschaftssystem.<sup>82</sup> Damit steigt die Gefahr, dass die Akteure unmittelbar oder mittelbar an verpönte Merkmale anknüpfen. Der Einzelne wird also tendenziell schutzbedürftiger. Das ist das zweite Gleichheitsproblem.<sup>83</sup> Das moderne Niederdiskriminierungsrecht ist eine Antwort darauf, indem es sicherstellt, dass diese Merkmale keine Rolle spielen dürfen. Nach *Schürnbrands* These verringert sich aber der vom AGG tatsächlich gewährte Schutz, je schutzbedürftiger die Person wird. Die Wurzel dieser Misere liegt im Tatbestandsmerkmal selbst. Damit sollen Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit miteinan-

<sup>74</sup> So *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 c) dd), der auf die Praxis des betroffenen Anbieters abstellt will.

<sup>75</sup> So *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 38, nach dem der Fall auf das Fehlen einer allgemeinen Verkehrssitte reagiere.

<sup>76</sup> *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 38.

<sup>77</sup> Vgl. *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 23 ff.

<sup>78</sup> Vgl. dazu die kontroversen Positionen von *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 355 ff; *Schub*, DNotZ 2006, 649, 660 f; *Schmidt-Räntsche*, NZM 2007, 6, 10 f; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 42 ff; *Wackerbarth*, ZIP 2007, 453, 454 f.

<sup>79</sup> *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 266; ihm folgend *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 40.

<sup>80</sup> *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 266 f.

<sup>81</sup> *Schürnbrand*, BKR 2007, 305, 306 ff.

<sup>82</sup> Dazu bereits oben § 2 III 2.

<sup>83</sup> Siehe oben § 2 III 3.

der ausgeglichen werden.<sup>84</sup> Dazu filtert das Merkmal aus der Kategorie potentieller Anwendungsfälle eine ganze Reihe von Schuldverhältnissen aus.<sup>85</sup> Das Sieb passieren lediglich Geschäfte der Konsumgüterwirtschaft und standariserte Dienstleistungen. In der Praxis haben es auch der Abschluss eines Fitnessvertrages<sup>86</sup>, – und trotz der damit verbundenen Kreditierung (!) – eines Mobilfunkvertrages<sup>87</sup> sowie der Einlass in Diskotheken<sup>88</sup> geschafft. Für diese Fälle benötigt man das Tatbestandsmerkmal aber gar nicht. Diese Aufgabe löst bereits das oben behandelte Tatbestandsmerkmal der „Vielzahl von Fällen“ besser.

Das Merkmal „ohne Ansehen“ muss daher eine selbstständige Bedeutungsvariable haben. Das erkennt auch die Begründung zum Regierungsentwurf. Danach soll mit Hilfe des Merkmals zwischen der „sozial verwerflichen Diskriminierung“ und der von der Vertragsfreiheit erlaubten Differenzierung abgegrenzt werden. Diese unterscheidet sich von jener, indem

*„willkürlich und ohne sachlichen Grund einzelnen Personen der Zugang zu einer Leistung verwehrt oder erschwert wird, die ansonsten anderen Personen gleichermaßen zur Verfügung steht.“<sup>89</sup>*

Dieses Zitat aus der Begründung und fast die gesamte Literatur zu § 19 Abs. 1 AGG<sup>90</sup> gehen offensichtlich davon aus, dass es Aufgabe des sachlichen Anwendungsbereichs ist, die zulässigen Differenzierungskriterien von den verpönten Merkmalen abzugrenzen. Es wird sogar erwartet, dass die Rechtsprechung Fallgruppen herausbilden wird, um festzustellen, welche Schuldverhältnisse an zulässige Differenzierungskriterien anknüpfen.<sup>91</sup> Diese These kann nicht richtig sein.<sup>92</sup> Damit wird die Aufgabenverteilung zwischen dem (sachlichen) Anwendungsbereich und dem Diskriminierungsverbot grundlegend verkannt. Die Aufgabe, zulässige von unzulässigen Differenzierungen zu unterscheiden, übernimmt das Diskriminierungsverbot. Es bestimmt, welche der zahlreich möglichen Differenzierungsgründe nicht mehr erlaubt sind. Der sachliche Anwendungsbereich bestimmt dagegen den Bereich, in dem Diskriminierungsverbote diese Unterscheidung treffen können. Er muss daher unabhängig vom konkreten Vorliegen von Diskriminierungsgründen formuliert werden. Der grundlegende Fehler des herrschenden Verständnisses besteht darin, dass es den Anwendungsbereich der Diskriminierungsmerkmale davon abhängig macht, ob ein Schuldverhältnis typischerweise ohne Ansehen der Person erfolgt. Diese Frage kann man ohne Be-

84 BT-Drs. 16/1780, S. 41; Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 988 ff.

85 Deutlich formuliert bei Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 31.

86 AG Hagen, Urt. v. 9.6.2008, 140 C 26/08, www.justiz.nrw.de.

87 AG Potsdam MMR 2008, 769.

88 OLG Stuttgart NJW 2012, 1085; AG Bremen NJW-RR 2011, 675.

89 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

90 Eine wichtige Ausnahme ist erneut Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 12 ff.

91 Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 31.

92 Insoweit richtig Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 988.

rücksichtigung der Gründe, warum Personen in einer bestimmten Weise behandelt werden, gar nicht beantworten. Der Ansatz ist daher gezwungen, die tatbeständliche Prüfung vorzuziehen. Das ist aber keine Frage des Anwendungsbereichs, sondern setzt diesen gerade voraus.

Instruktiv für die Klippen dieses Tatbestandsmerkmals ist eine Entscheidung des OLG Stuttgart.<sup>93</sup> Der Kläger verklagte die Betreiberin einer Diskothek, weil ihm aufgrund seines Geschlechts und seiner schwarzen Hautfarbe der Zutritt verweigert worden sei. Nach Auffassung des Gerichts „hat das Ansehen der Person für den Einlass und damit für das Zustandekommen des Vertragsverhältnisses“ bei einer „internationalen Diskothek“ eine nur nachrangige Bedeutung. Die Besucher würden nur abgewiesen, wenn sie „unangemessene Kleidung tragen, schon alkoholisiert sind, der Verdacht auf Drogen besteht oder ein Verhalten erkennbar ist, das auf ein Aggressionspotenzial schließen“ lässt.<sup>94</sup> Daraus schließt das Gericht, dass „[i]m Übrigen Interessenten der Zutritt zur Diskothek im Allgemeinen gestattet wird und damit die Person des Besuchers eine nachrangige Bedeutung“ habe.<sup>95</sup> Das Oberlandesgericht erlitt damit Schiffbruch auf ganzer Linie. Offensichtlich kontrolliert die Betreiberin den Zugang zur Diskothek und entscheidet ganz bewusst „in Ansehung“ der jeweiligen Person. Das OLG meint allerdings, dass die Beklagte nicht im Hinblick auf die „Rasse und ethnische Herkunft“ des interessierten Diskothekenbesuchers differenziere. Was aber, wenn sie es täte? Das OLG müsste den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots konsequent verneinen, weil dieses nur „bei der Begründung eines solchen Schuldverhältnisses“, d.h. eines Schuldverhältnisses, bei dem „die Person des Besuchers nachrangige Bedeutung hat“, anwendbar sei.<sup>96</sup> Das kann offensichtlich nicht richtig sein. Dazu kommt, dass das OLG schon im Ansatzpunkt falsch liegt: Wenn der Kläger eine Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft geltend macht, kommt es auf die Merkmale des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG nicht an. Das Gericht hat § 19 Abs. 2 AGG vollständig übersehen.

Das Tatbestandsmerkmal „ohne Ansehen der Person“ vernebelt diese elementaren Zusammenhänge. Der Versuch der herrschenden Meinung, es mit Bedeutungsinhalt zu füllen, sollte Smogalarm auslösen. Das Merkmal ist im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts sinnlos.<sup>97</sup> Man kann den Anwendungsbereich des Nichtdiskriminierungsrechts nicht erst dann eröffnen, „wenn hierbei die in § 1 genannten Merkmale typischerweise keine Rolle spielen.“<sup>98</sup> Versteht man das

<sup>93</sup> OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

<sup>94</sup> OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

<sup>95</sup> OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

<sup>96</sup> OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

<sup>97</sup> So auch die zutreffende Feststellung von *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 17, der sich gleichwohl mit vollem Elan an die Auslegung des nicht sinnvoll Auszulegenden begibt.

<sup>98</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 41.

als eine deskriptive Aussage, geht sie an der Realität vorbei. Nehmen wir an, der Gesetzgeber des *Civil Rights Act* von 1875 oder von 1964 hätte dieses Verständnis zugrunde gelegt. Danach wäre das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rasse nur dort zum Tragen gekommen, wo die Rasse typischerweise keine Rolle spielt. In der sozialen Realität von 1875 und von 1964 spielte sie die alles entscheidende Rolle.<sup>99</sup> Das Diskriminierungsverbot hätte keinen Anwendungsbereich. Nehmen wir ein aktuelles Beispiel von *Jens Dammann*:<sup>100</sup> Weil das Alter, nicht aber die Religionszugehörigkeit des Mieters für den Vermieter regelmäßig relevant sei, könne der aufgrund seiner Religion diskriminierte Mietinteressent das Diskriminierungsverbot geltend machen. Der wegen des Alters Diskriminierte folglich nicht! *Dammann* tappt in die deskriptive Falle: Weil Differenzierungen nach dem Alter bei bestimmten Schuldverhältnissen typisch sind, fallen sie aus dem Anwendungsbereich! Damit verkennt er die normative Funktion von Diskriminierungsverboten: Bestimmte Merkmale *dürfen* nicht mehr relevant sein. Gerade wenn sie es typischerweise doch sind, ist es die Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts, sie zu bekämpfen. Dafür muss sein Anwendungsbereich eröffnet sein. Die Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts besteht darin, Unterscheidungen, die in sozialen Kontexten getroffen werden, für das Recht wieder sichtbar zu machen und sie auf ihre Rechtfertigung zu hinterfragen. Ein sachlicher Anwendungsbereich, der ihm diese Befugnis nur dort einräumt, wo es ohnehin typischerweise nicht zu Diskriminierungen kommt, verfehlt diese Aufgabe schon im Ansatz.

Im Ergebnis ist das Merkmal „ohne Ansehen der Person“ überflüssig. Es ist letztlich nur ein Synonym für die vom AGG durchgängig aufgegriffene Grenzziehung zwischen öffentlich und privat. Die ihm zugeschriebene Aufgabe übernehmen bereits § 2 Abs. 2 Nr. 8 AGG mit dem darin geforderten Öffentlichkeitsbezug, § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG mit der wichtigen Einschränkung der „Vielzahl von Fällen“ und § 19 Abs. 5 S. 1 AGG mit der Rückausnahme für Verträge in Nähe- und Vertrauensverhältnissen. Damit ist alles Notwendige gesagt. Das Merkmal „ohne Ansehen der Person“ kann dazu nichts mehr beitragen. Es fällt mit dem Öffentlichkeitsbezug zusammen.<sup>101</sup> Nur wenn dieser Bezug fehlt, darf ich „in Ansehung der Person“ diskriminieren. Das ist der einzige sinnvolle Bedeutungsgehalt dieses Merkmals.

Zusammenfassend schränkt § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG den von § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG eröffneten sachlichen Anwendungsbereich dahingehend ein, dass es sich um Massengeschäfte handeln muss. Ein Massengeschäft liegt vor, wenn der Normadressat in einer Vielzahl vergleichbarer Fälle handelt. Darauf ist bei einer

99 Siehe oben § 3.

100 *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 351 ff.

101 *Korell*, Jura 2006, 1, 4 f; *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 19 Rn. 12.

Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu verzichten. Irrelevant ist, ob es sich um Schuldverhältnisse handelt, die typischerweise ohne Ansehen der Person abgeschlossen werden oder bei denen dieses nachrangig ist.

## (2) Privatrechtliche Versicherung

Schuldverhältnisse, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, fallen aus unionsrechtlichen Gründen<sup>102</sup> immer in den sachlichen Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG).<sup>103</sup> Die Begründung des Regierungsentwurfs und die ganz herrschende Auffassung gehen davon aus, dass § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG *lex specialis* zu § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG sei. Damit sei sichergestellt, dass Versicherungsverträge in den Anwendungsbereich des AGG fielen, obwohl diese regelmäßig in „Ansehung der Person“ abgeschlossen würden.<sup>104</sup> Damit einher geht eine Kritik der Ungleichbehandlung im Vergleich zu anderen Finanzdienstleistungen, die – weil angeblich in „Ansehung der Person“ geschlossen – regelmäßig außerhalb des Anwendungsbereichs lägen.<sup>105</sup> Man könnte sich in der Tat fragen, warum die Ungleichbehandlung bei Bankdienstleistungen kein Gegenstand des Nichtdiskriminierungsrechts ist, die versicherungsmathematisch durchgeführte Differenzierung nach persönlichen Merkmalen bei Versicherungen dagegen immer.<sup>106</sup> Sie erübrigt sich freilich, wenn man dem hier gemachten Vorschlag folgt. Danach sind Bankdienstleistungen genauso wie Versicherungen von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG erfasst; darauf, ob ihnen eine individuelle Prüfung vorausgeht, kommt es nicht an. § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG lichtet den Nebel für die Versicherungsverträge und weist im Zusammenspiel mit § 20 Abs. 2 AGG auf den dogmatisch richtigen Ort hin, wo das „Ansehen einer Person“ zu berücksichtigen ist: im Rahmen der Rechtfertigung. Die Begründung zum Regierungsentwurf formuliert dazu zutreffend:

*„Die Einbeziehung sämtlicher Privatversicherungsverträge (einschließlich ihrer Anbahnung, Durchführung und Beendigung) in den Anwendungsbereich des allgemeinen privatrechtlichen Benachteiligungsverbots soll vor Willkür schützen; sie soll aber nicht die auch im Interesse der Versicherten erforderliche Differenzierung nach dem ex ante beurteilten individuellen Risiko unmöglich machen. Diese Differenzierung nämlich gehört zu den Grundprinzipien der privatrechtlichen Versicherung.“<sup>107</sup>*

<sup>102</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG und Art. 5 Abs. 1 RL 2004/113/EG; näher dazu Krömmelbein, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung, 2007, 236 ff; Rödl in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 47 ff.

<sup>103</sup> Vgl. OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2669 (zu einer Krankenhauszusatzversicherung).

<sup>104</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 42; statt vieler Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 25 f; Rödl in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 31; Thüsing/von Hoff, VersR 2007, 1 ff.

<sup>105</sup> Armbüster, VersR 2006, 1297 ff; in der Sache ähnlich Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 986.

<sup>106</sup> Vgl. dazu die Erklärung bei Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 47, der sie mit dem Schutz elementarer Lebensrisiken und der fehlenden Ausweichmöglichkeit des Versicherungsnehmers begründet.

<sup>107</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 45.

Man sieht also ganz klar, dass es im Kontext der sachlichen Gründe auf das Ansehen einer Person, also auf deren Geschlecht, Alter, sexuelle Orientierung usw. ankommen kann. Mir bleibt dann unerklärlich, warum dieselben Erwägungen bei § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG eine Frage des sachlichen Anwendungsbereichs sein sollen. Dass das nicht richtig sein kann, folgt erneut aus der Richtlinie 2004/113/EG. Die Richtlinie geht offensichtlich davon aus, dass Versicherungen Dienstleistungen sind, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG. Nur dann ist nämlich ihr Geltungsbereich eröffnet und nur in diesem Zusammenhang kann es auf die in Art. 5 der Richtlinie ausdrücklich angesprochenen versicherungsmathematischen Faktoren als Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ankommen. Wie man es auch dreht und wendet: Das herkömmliche Verständnis des Ansehens der Person im AGG ist ohne unionsrechtliche Grundlage.

### (3) Bereichsausnahme im Näheverhältnis

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot findet keine Anwendung auf Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird (§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG). Das ist im Grundsatz eine richtlinienkonforme Umsetzung, weil Erwägungsgrund (4) der Richtlinie 2000/43/EG, Erwägungsgrund (3) der RL 2004/113/EG und Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie den Schutz des Privat- und Familienlebens betonen. § 19 Abs. 5 S. 1 AGG gewährleistet, dass nicht unverhältnismäßig in den engsten Lebensbereich der durch das Benachteiligungsverbot verpflichteten Person und ihrer Angehörigen<sup>108</sup> eingegriffen wird.<sup>109</sup> Es geht also auch hier im Kern um die so schwierige Abgrenzung von privat/öffentliche und Privatsphäre/Öffentlichkeit. Darauf werde ich zurückkommen.<sup>110</sup> Beschränkte sich § 19 Abs. 5 S. 1 AGG darauf, wäre er lediglich die Kehrseite des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG.

Das Gesetz geht in drei Punkten darüber hinaus: Unproblematisch ist die Vermutung eines Näheverhältnisses, wenn beide Parteien in enger räumlicher Nähe wohnen<sup>111</sup> (§ 19 Abs. 5 S. 2 AGG). Beispiele sind die Unter Vermietung, die Vermietung einer Einliegerwohnung und – insoweit schon eine Frage des Einzelfalls – die Vermietung einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus.<sup>112</sup> Dagegen kommt der Ausdehnung der Bereichsausnahme auf besondere Vertrauensverhältnisse (§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG) nach zutreffender Auffassung keine eigenständige

108 Zum Begriff Eggert in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 147 ff; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 109 f; Armbüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 37.

109 Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 42.

110 Siehe unten § 8 III 3.

111 Gaier/Wendländer, AGG, 2006, Rn. 48; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 19 Rn. 22.

112 Schmidt-Räntsche, NZM 2007, 6, 11.

Bedeutung zu.<sup>113</sup> Die dafür entscheidenden Gesichtspunkte<sup>114</sup> lassen sich besser im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung behandeln.

Schließlich stellt das Gesetz eine widerlegliche Vermutung dafür auf, dass kein Massengeschäft vorliegt, wenn der Vermieter nicht mehr als 50 Wohnungen zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch<sup>115</sup> vermietet (§ 19 Abs. 5 S. 3 AGG). Berechtigte Zweifel bestehen an der Unionsrechtskonformität dieser Vermutung bei Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft und wegen des Geschlechts.<sup>116</sup> Die Vorstellung, das Unionsrecht verhalte sich gegenüber einer Diskriminierung bei der Vermietung von 25 oder 37 oder 49 Wohnungen „neutral“ und verlange erst bei der 51. Wohnung das Eingreifen von Diskriminierungsverboten, entbehrt jeglicher Grundlage. Soweit es sich um die Merkmale Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Identität handelt, ist die Vermutung rechtspolitisch fragwürdig. Mit einem „Nähe- und Vertrauensverhältnis“ hat sie jedenfalls nichts mehr zu tun.<sup>117</sup> Sie ist eine wettbewerbspolitisch fragwürdige<sup>118</sup> Bereichsausnahme zugunsten kleiner und mittlerer Vermieter.

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich

Neben dem sachlichen Anwendungsbereich kommt vor allem der persönliche Anwendungsbereich als Instrument der Feinsteuerung des Konflikts zwischen Gleichbehandlungspflichten und Freiheitssphäre in Betracht. Mit seiner Festlegung bestimmt das Gesetz, wer sich auf den Schutz der Benachteiligungsverbote berufen kann (Aktivlegitimation) und wer als Normadressat an die Diskriminierungsverbote gebunden ist (Passivlegitimation). Das AGG differenziert dabei erheblich zwischen dem beschäftigungsrechtlichen und dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot.

### a) Beschäftigungsrechtliches Benachteiligungsverbot

Das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot regelt ausdrücklich, wer Beschäftigter (§ 6 Abs. 1 AGG) und damit Begünstigter des Diskriminierungsverbots ist. Mittlerweile ist auch seine entsprechende Anwendung auf Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg für Selbststän-

113 Gaier/Wendländer, AGG, 2006, Rn. 51; Bittner in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 134; Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 19 Rn. 58; Schmidt-Räntsche, NZM 2007, 6, 11; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 107 f; Ambrosius in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 59; Armbrüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 35.

114 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 42.

115 Zu den Begriffen Armbrüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 42 f.

116 Dazu Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 121; deutlicher Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 26; aA Ambrosius in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 62.

117 Anders Bundestag, Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/2022, S. 13.

118 Zutreffend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 b); anders aber unter § 6 I 6 c) ee).

dige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer und Vorstände (§ 6 Abs. 3 AGG) geklärt.<sup>119</sup> Damit wird der persönliche Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbots erweitert.<sup>120</sup> Das zeigt, dass es sich nicht um ein „arbeitsrechtliches“ Benachteiligungsverbot handelt. Die These, das AGG sei grundsätzlich nicht auf gesellschaftsrechtliche Beziehungen anwendbar,<sup>121</sup> wird vom Gesetz eindeutig widerlegt.<sup>122</sup> Das Diskriminierungsverbot gilt nämlich nicht nur für das Dienstverhältnis,<sup>123</sup> sondern auch für das Organverhältnis.<sup>124</sup> Unvereinbar mit dem Unionsrecht ist die im Gesetz angelegte und sinnwidrige<sup>125</sup> Differenzierung zwischen der erfassten Bestellung zum Geschäftsführer und seiner nicht im Anwendungsbereich liegenden Abberufung<sup>126</sup> (§ 6 Abs. 3 iVm § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG).<sup>127</sup> Diesen Richtlinienverstoß kann man im deutschen Recht über das allgemeine Diskriminierungsrecht beseitigen, indem man eine diskriminierende Abberufung über § 138 Abs. 1 BGB sanktioniert.<sup>128</sup>

Primärer Normadressat des beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbots – und damit passiv legitimiert – ist der Arbeitgeber (§ 6 Abs. 2 AGG). An ihn adressiert das Gesetz die Sanktionen eines Normverstoßes.<sup>129</sup> Ist der Arbeitgeber keine natürliche Person, ist ihm das Verhalten seiner Organe über § 31 BGB (analog) zuzurechnen.<sup>130</sup> Die Regelung bedeutet nicht zwangsläufig, dass der Arbeitgeber – neben den in § 18 AGG genannten Vereinigungen – auch der einzige Normadressat des AGG ist. Der zentrale Tatbestand des beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbots ist adressatenlos formuliert (§ 7 Abs. 1 AGG). Aus § 7 Abs. 3 AGG folgt implizit, dass auch andere Personen, insbesondere andere Beschäftigte, gegen das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG verstossen können.<sup>131</sup> Diese Regelung geht vom Grundsatz aus, dass der Beschäftigte mit einer solchen Benachteiligung *seine* Vertragspflichten dem Arbeitgeber gegenüber

119 BGHZ 193, 110.

120 BGHZ 193, 110 Rn. 17; Kamanabrou, RdA 2006, 321, 324; Schmidt in: Schiek, AGG, § 6 Rn. 17.

121 So Schroeder/Diller, NZG 2006, 728 ff.

122 Vertiefend BGHZ 193, 110 Rn. 17 ff.

123 So noch OLG Köln DB 2010, 1878.

124 BGHZ 193, 110, Rn. 19 mwN; vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Litzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 67. Einzelheiten bei Lüttringhaus, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 39 ff sowie Preis/Sagan, ZGR 2013, 26 ff.

125 Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 2 AGG Rn. 7.

126 Willemsen/Schweibert, NJW 2006, 2583, 2584; Lutter, BB 2007, 725, 726, 728; Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 6 Rn. 31; Schrader/Schubert in: Däubler, AGG, § 6 Rn. 32; von Roetteken, AGG, § 1 AGG Rn. 71.

127 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Litzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 74 (dort noch zu den Vorgängerrichtlinien 76/207/EWG und 86/613/EWG).

128 So auch BGHZ 193, 110 Rn. 23.

129 Vgl. §§ 12, 14, 15 Abs. 1, 16 AGG.

130 Eingehend Stoffels, RdA 2009, 204, 207.

131 Belling in: Erman, § 7 AGG Rn. 2; Fuchs in: Bamberger/Roth, BGB, § 7 AGG Rn. 1; Mansel in: Jauernig, BGB, § 7 AGG Rn. 2; Lingemann in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 1 AGG Rn. 5; Legelotz in: NK-BGB, § 7 AGG Rn. 6; aA Preis, Arbeitsrecht, 2012, 484.

verletzt.<sup>132</sup> Das wird vom Wortlaut des § 12 Abs. 3 AGG bestätigt („Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1“), der es dem Arbeitgeber erlaubt, dagegen einzuschreiten.<sup>133</sup> § 12 Abs. 4 AGG berücksichtigt sogar Dritte, die Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit benachteiligen. § 13 Abs. 1 AGG sieht zusammenfassend ein Beschwerderecht der Beschäftigten vor, wenn sie sich „vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt fühlen“. Daraus muss man den Schluss ziehen, dass sich das Benachteiligungsverbot nicht nur an den Arbeitgeber richtet, sondern auch an andere Beschäftigte und Dritte, mit denen der Beschäftigte im Rahmen seiner Beschäftigung in Berührung kommt.<sup>134</sup> Das wirft die Frage auf, ob diese Personen auch Anspruchsverpflichtete sind. Im Wortlaut der beschäftigungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen und Einreden (§§ 12, 14-16 AGG) wird nur der Arbeitgeber genannt. Daraus wird machmal abgeleitet, dass der betroffene Beschäftigte nur diesem gegenüber Ansprüche aus der Verletzung des Diskriminierungsverbots geltend machen könne.<sup>135</sup> Das trifft nicht zu. Aus der Konzeption des AGG folgt lediglich, dass der Beschäftigte keine Schadensersatzansprüche gegen andere Personen als den Arbeitgeber hat, die auf einer (vor-) vertraglichen Grundlage<sup>136</sup> beruhen.<sup>137</sup> Insoweit ist lediglich der Arbeitgeber passivlegitimiert (§ 15 Abs. 1 S. 1 AGG). Diese Regelung wirft die praktisch wichtige, hier aber nicht weiterverfolgte Frage auf, ob und auf welcher Grundlage der Arbeitgeber haftet, wenn die Benachteiligung von seinen Beschäftigten oder Dritten ausgeht.<sup>138</sup> Gegen die Benachteiligung als solche kann sich der benachteiligte Arbeitnehmer anderen Arbeitnehmern und Dritten gegenüber mittels Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen aus § 1004 BGB analog iVm § 7 Abs. 1 AGG zur Wehr setzen.<sup>139</sup> Nach zutreffender Auffassung ist § 7 Abs. 1 AGG ein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB.<sup>140</sup> Schließlich kommt auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer damit einhergehenden Verletzung des

132 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 7 AGG Rn. 25.

133 Vgl. zum Zusammenhang *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1090.

134 Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 34; *Mansel*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 799, 813; *Schmidt* in: *Schiak*, AGG, § 7 Rn. 1; *Däubler* in: *Däubler*, AGG, § 7 Rn. 2; *Mansel* in: *Jauernig*, BGB, § 7 AGG Rn. 2.

135 *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 6 Rn. 7; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 7 Rn. 7 f.

136 Zur rechtsdogmatischen Einordnung siehe eingehend *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 60 ff.

137 Siehe näher *Mansel*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 799, 813 f; *von Roetteken*, AGG, § 7 AGG Rn. 25.

138 Eingehend dazu *Stoffels*, RDA 2009, 204, 207 ff.

139 *Mansel* in: *Jauernig*, BGB, § 7 AGG Rn. 6.

140 *Bücker* in: *Falke/Rust*, AGG, § 15 Rn. 59; *Kocher* in: *Schiak*, AGG, § 15 Rn. 67; *Deinert* in: *Däubler*, AGG, § 15 Rn. 124; *Mansel* in: *Jauernig*, BGB, § 15 AGG Rn. 7; *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 74; *Weidenkaff* in: *Palandt*, § 7 AGG Rn. 7; *von Roetteken*, AGG, § 7 AGG Rn. 23 f; aA *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 15 Rn. 146; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 Rn. 50; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 7 Rn. 7.

allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht.<sup>141</sup> Auf einem anderen Blatt steht, ob diese Ansprüche auch praktisch durchsetzbar sind.

Die benachteiligte Person, andere Beschäftigte und Dritte sind als Verletzter und Verletzer des Benachteiligungsverbots in das jeweilige Kommunikationssystem „Unternehmen“ eingebunden. Diese Kommunikationsbeziehungen werden vom Unternehmensträger hergestellt. Im Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zeigt sich eine Störung dieser Kommunikationsbeziehung. Diese Störung kann man im jeweils bilateralen Verhältnis von Verletztem und Verletzer und damit in der Umwelt des Unternehmens sanktionieren. Das wird aber erhebliche Irritationen auf das Unternehmen haben: Verklagt ein Arbeitnehmer einen anderen Arbeitnehmer, tritt neben die erste eine weitere Störung des Betriebsfriedens. Verklagt er einen Vertragspartner des Unternehmens, besteht die Gefahr, dass dieser darauf mit dem Abbruch seiner vertraglichen Beziehungen reagiert. Um diese Irritationen zu vermeiden, hat die Beseitigung der Kommunikationsstörung systeminhärent zu erfolgen. Sie muss bei dem Akteur ansetzen, der die Kommunikationsbeziehungen zwischen den Beteiligten steuern kann. Das ist der Arbeitgeber im Verhältnis zu anderen Beschäftigten (vgl. § 7 Abs. 3 AGG) und – als Unternehmensträger – im Verhältnis zu Dritten. Daher instrumentalisiert ihn das Recht zum Agenten der Durchsetzung des Benachteiligungsverbots. § 12 Abs. 3 und 4 AGG erfassen also Schutzwürdige des Arbeitgebers in mehrpoligen Rechtsverhältnissen. Der Schutzzweck verlangt, dass der Arbeitgeber seine Beschäftigten effektiv vor Benachteiligungen schützt. Das Recht weist ihm damit weit über den Leistungsaustausch im Vertragsverhältnis hinausreichende Pflichten zu.<sup>142</sup>

### *b) Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot*

Was den persönlichen Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots betrifft, schweigt das Gesetz. Man ist daher gezwungen, den sachlichen Anwendungsbereich zum Ausgangspunkt zu nehmen.

#### *(1) Aktivlegitimation*

Daraus folgt zunächst der persönliche Schutzbereich des Verbots: Geschützt sind alle Personen, denen gegenüber nicht anhand eines der in § 19 Abs. 1 AGG genannten Merkmale diskriminiert werden darf. Das sind die eigentlichen Merkmalsträger: Personen, bei denen der Normadressat nur annimmt, das ein Merk-

141 Dazu bereits oben § 4 I 5.

142 Schlachter, NZA 2001, 121, 122 (zum BeschSchG).

mal vorliegt (vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 AGG) und Personen, die sich mit Merkmalsträgern assoziieren.

### aa) Diskriminierung in Dreiecksverhältnissen

Im „Normalfall“ knüpft der Normadressat an ein Merkmal einer Person an und behandelt *diese* Person daher ungleich. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist auch auf Diskriminierungen in Dreiecksverhältnissen zugeschnitten.<sup>143</sup> Grundlegend ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Coleman*.<sup>144</sup> Er bejahte die Vorlagefrage, ob das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in der Richtlinie 2000/78/EG nur Menschen schützt, die selbst eine Behinderung haben.<sup>145</sup> Diese Frage stellte sich – als Vorfrage<sup>146</sup> – in einem Kündigungsrechtsstreit<sup>147</sup> zwischen Sharon Coleman und ihrem Arbeitgeber, einer Anwaltskanzlei. Es war davon auszugehen, dass der Arbeitgeber Sharon Coleman im Vergleich zu Eltern nicht-behinderter Kinder ungleich behandelt hatte.<sup>148</sup> Sie war aber nicht Merkmalsträgerin. Nach dem damals anwendbaren englischen Recht<sup>149</sup> musste die Person *wegen ihrer Behinderung* ungleich behandelt werden. Es setzte also die Identität von Merkmalsträger und Adressaten der diskriminierenden Maßnahme voraus. Sharon Coleman hätte danach die Diskriminierungsklage verloren. Weil Art. 1 RL 2000/78/EG „Diskriminierungen *wegen*“ eines Merkmals verbietet, gilt die Richtlinie jedoch „nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in ihrem Art. 1 genannten Gründe.“<sup>150</sup> Eine unmittelbare Diskriminierung setzt also nicht voraus, dass jemand wegen *seiner* Behinderung schlechter behandelt wird als eine andere Person in einer vergleichbaren Lage. Vielmehr genügt, wenn die Benachteiligung auf *eine* Behinderung zurückgeht und das könne auch die eines Dritten sein.<sup>151</sup> Weil der Gerichtshof dieses Ergebnis unter maßgeblicher Berücksichtigung des Wortlauts der

143 Dazu eingehend *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), *passim*.

144 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603.

145 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 27.

146 Dazu *Waddington*, 46 CMLR 665, 666-667 (2009).

147 Zur Einbettung ins englische Recht siehe *Sutschet*, EuZA 2009, 245, 246.

148 Zu den Details siehe EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 23 ff.

149 Sec. 3A(1) Disability Discrimination Act 1995 c.50, zugreifbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/50/contents> [Stand: 31.12.2012] idF der Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003 c.1673, zugreifbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukssi/2003/1673/contents/made> [Stand: 31.12.2012]. Anders jetzt Sec. 13 (1) Equality Act 2010 c. 15, zugreifbar unter [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga\\_20100015\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf) [Stand: 31.12.2012].

150 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 56.

151 *Bayreuther*, NZA 2008, 986, 987; kritischer *Sutschet*, EuZA 2009, 245, 249.

Richtlinie erzielt, gilt es zwangsläufig für alle Diskriminierungsmerkmale in der Richtlinie 2000/78/EG.<sup>152</sup>

Das Wortlautargument<sup>153</sup> spricht aber gegen eine Übertragbarkeit dieses richtigen Ergebnisses auf die Merkmale „Rasse und ethnische Diskriminierung“ und „Geschlecht“. Die einschlägigen Richtlinien enthalten zwar das „wichtige Wort“<sup>154</sup> ‘wegen’ bzw. ‘aufgrund’. Sie fügen diesem Wort ein Personalpronomen hinzu, das auch im früheren englischen Recht bei der Behinderung vorkam: „aufgrund *ihrer* Rasse“ bzw. „aufgrund *ihres* Geschlechts“.<sup>155</sup> Vergleicht man mehrere Sprachfassungen der Richtlinie, wird das Bild allerdings uneinheitlich: Die englische („on grounds of racial or ethnic origin“), spanische („por motivos de origen racial o étnico“) und französische („pour des raisons de race ou d'origine ethnique“) Fassung der RL 2000/43/EG verzichten auf den Konnex. Die italienische Fassung entspricht dagegen dem deutschen Wortlaut („a causa della sua razza od origine etnica“). Noch durchwachsener ist das Bild der Definition der unmittelbaren Diskriminierung in den Geschlechtergleichbehandlungsrichtlinien: Die englischen Fassungen gehen übereinstimmend von „on grounds of sex“ aus; gleiches gilt für die spanischen Fassungen („por razón de sexo“). In der italienischen Fassung der RL 2006/54/EG heißt es „in base al sesso“, während die RL 2004/113/EG von „a causa del suo sesso“ spricht. In den französischen Fassungen beider Artikel wird dagegen übereinstimmend auf das Geschlecht des Betroffenen abgestellt („en raison de son sexe“). Um die Verwirrung zu steigern, ist Art. 3 Abs. 2 RL 2004/113/EG in allen hier untersuchten Fassungen identisch („vom Geschlecht des Vertragspartners“, „based on that person's sex“, „el sexo de la persona contratante“, „sul sesso della persona“, „le sexe de l'intéressé(e)“). Dieser kuriosische Überblick zeigt, dass dem Wortlautargument, auf das sich der Gerichtshof und der Generalanwalt so prominent stützten,<sup>156</sup> für ein einheitliches Konzept im Diskriminierungsrecht der Union keine entscheidende Bedeutung zu kommen kann.<sup>157</sup>

Die Richtlinie 2010/41/EU reagiert darauf, indem sie den persönlichen Anwendungsbereich ausdrücklich auf den Ehe- oder Lebenspartner ausdehnt (Art. 2

152 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 49; so auch *Bayreuther*, NZA 2008, 986, 987; *Welti*, ZESAR 2009, 149, 149f.

153 Entgegen *Pilgerstorfer/Forshaw*, 37 Ind. L. J. 384, 389-390 (2008) und *Waddington*, 46 CMLR 665, 673 (2009) ist das Problem nicht auf EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 zurückzuführen; dazu vertiefend *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), 10ff.

154 GA Poiares Maduro, Schlussanträge v. 31.1.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 16.

155 Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/43/EG; Art. 2 lit. a) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL 2005/54/EG; Art. 3 lit. a) RL 2010/41/EU.

156 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38, 50, 58; GA Poiares Maduro, Schlussanträge v. 31.1.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 16.

157 *Schlachter*, RdA 2010, 104, 107.

lit. b) RL 2010/41/EU). Im Übrigen hängt die Einbeziehung von der Analyse der Eigenart drittbezogener Diskriminierungen und des damit verfolgten Schutzzwecks ab.<sup>158</sup> Entscheidend ist, unter welchen Voraussetzungen die dritte Person, die das Merkmal trägt, an das der Normadressat anknüpft, mit der von ihm benachteiligten Person in einer Verbindung steht.<sup>159</sup> In *Coleman* lag die vielleicht denkbar engste Bindung vor: Mutter und Kind.<sup>160</sup> Damit bleibt offen, ob auch andere Personenverbindungen erfasst werden: Nur Ehegatten und Lebenspartner<sup>161</sup> nach dem Modell der Richtlinie 2010/41/EU oder auch Eltern und Geschwister?<sup>162</sup> Zählen auch Freunde dazu<sup>163</sup> oder reicht sogar ein Engagement für Behinderte aus?<sup>164</sup> Ist eine besondere Qualifikation überhaupt erforderlich?<sup>165</sup> Unterstellt man, dass das Konzept auch auf andere Diskriminierungegründe übertragbar ist, kommen eine ganze Reihe von Konstellationen in Betracht:<sup>166</sup> Ein Arbeitnehmer wird belästigt, weil sein Sohn schwul ist; ein Vermieter weigert sich, an eine Interessentin zu vermieten, weil ihr Freund schwarz ist; eine Gruppe wird nicht in einen Nachtklub gelassen, weil eines ihrer Mitglieder Roma ist; bei einer Kündigung von mehreren Arbeitnehmern entscheidet sich der Arbeitgeber dafür, einer Arbeitnehmerin zu kündigen, weil sie sich um ihre alte Mutter kümmert und er daher mit Fehlzeiten rechnet oder der Arbeitgeber kündigt einem Mitarbeiter, weil er entgegen seiner Anweisung jungen Schwarzen Zutritt zum Vergnügungspark gewährte<sup>167</sup>. Alle Beispiele haben gemeinsam, dass sich die Benachteiligten entscheiden, sich mit einem Merkmalsträger zu assoziieren und deshalb mit einer Sanktionierung rechnen müssen.

In *Coleman* entschied der Europäische Gerichtshof, dass die Diskriminierungsverbote bezeichnen, jede Form der Diskriminierung aus den genannten Gründen zu bekämpfen.<sup>168</sup> Die Beschränkung auf die Identität von Merkmalsträger und Benachteiligten würde der Richtlinie „einen großen Teil ihrer praktischen Wirksamkeit nehmen und den Schutz, den sie gewährleisten soll, mindern.“<sup>169</sup> Warum die drittbezogene Ungleichbehandlung diskriminierungsrechtlich relevant ist, hat Generalanwalt *Poires Maduro* ausführlich begründet.

158 IE auch *Schlachter*, RdA 2010, 104, 107 ff.

159 *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), 24.

160 Siehe EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 56: „ist nachgewiesen, dass die Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen der Behinderung seines Kindes erfolgt ist, für das er im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt, deren es bedarf...“.

161 So *Melot de Beauregard*, RIW 2009, 18, 21.

162 Vgl. dazu *Schlachter*, RdA 2010, 104, 109.

163 *Bayreuther*, NZA 2008, 986, 987.

164 *Lindner*, NJW 2008, 2750, 2753.

165 Letztlich verneinend *Sutschet*, EuZA 2009, 245, 252 f.

166 Siehe zum Folgenden *Waddington*, 5 Eur. Anti-Disc. L. Rev. 13, 14 (2007).

167 So der Fall in *Showboat Entertainment Centre Ltd. v. Owens*, [1984] ICR 65 (E.A.T.).

168 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38.

169 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 51.

Er stellt im Kern auf die gleichheitsrechtliche Sicherung der Wahlmöglichkeiten des *Merkmalsträgers* ab.<sup>170</sup> Das trifft zu, kann aber nicht erklären, warum der *Nichtmerkmalsträger* unmittelbar diskriminiert wird.<sup>171</sup> Der eigentliche Grund dafür wird anhand des paradigmatischen Falls einer Drittdiskriminierung im U.S.-Recht, *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*<sup>172</sup>, sichtbar.<sup>173</sup> Der weiße Eigentümer wird diskriminierungsrechtlich geschützt, weil er die Sache des schwarzen Mieters verficht.<sup>174</sup> Sullivan durfte wählen, ob er an einen weißen oder schwarzen Mieter vermietet. Weil er sich für den schwarzen Mieter entschied, wurde er zum Agenten des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes, zum „only effective adversary“<sup>175</sup> der Diskriminierung. Er übte seine Freiheit genau in dem Sinne aus, wie es der Nichtdiskriminierungsgrundsatz wünscht. Daher muss das Nichtdiskriminierungsrecht diese Freiheitsausübung in seinem Sinne gleichheitsrechtlich absichern. Es kann den Agenten des von ihm angestrebten sozialen Wandels nicht gegenüber der sozialen Sanktion schutzlos stellen. Das Nichtdiskriminierungsrecht erfüllt diese Funktion, wenn es auf der Ebene von Diskriminierungsgründen arbeitet. Genau diesen Punkt greift der Europäische Gerichtshof auf, wenn er davon spricht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht bloß für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die jeweils genannten Gründe gilt.<sup>176</sup> Das gilt unabhängig davon, ob der Grund bei der benachteiligten Person selbst vorliegt oder bei einem Dritten, der sich in Ausübung seiner Freiheitsrechte dafür entscheidet, sich mit dem Merkmalsträger zu assoziieren. Solange eine Entscheidung an ein verpöntes Merkmal angeknüpft wird, liegt eine Diskriminierung aufgrund dieses Merkmals vor. Damit schützt das Nichtdiskriminierungsrecht die Freiheit aller Personen, sich mit den Merkmalsträgern zu assoziieren, ohne aufgrund deren Eigenschaften soziale Nachteile erleiden zu müssen. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist daher – der Befund ist nicht neu – ein Freiheitsrecht zweiter Ordnung.

#### bb) Angenommenes Diskriminierungsmerkmal

Die verpönten Merkmale im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht haben eine Gemeinsamkeit: Sie konstruieren Zuschreibungen von Eigenschaften an Personen. Im Regelfall basieren diese Zuschreibungen auf sichtbaren Merkmalen, Ver-

170 GA Poiares Maduro, Schlussanträge v. 31.1.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 8 ff.

171 Zutreffend die Kritik von *Schlachter*, Rda 2010, 104, 108.

172 *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. 229 (1969); dazu bereits oben § 3 IV 3 b).

173 Dazu vertiefend *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), 59 f.

174 *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. at 237.

175 *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. at 237; *Jackson v. Birmingham Bd. of Educ.*, 544 U.S. 167, 181 (2005); *CBOCS West, Inc. v. Humphries*, 553 U.S. 442, 446-447 (2008).

176 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38.

haltensweisen oder statusrechtlichen Eigenschaften der betroffenen Person. Ihr äußerer Erscheinungsbild ermöglicht es den anderen, an ihre „Rasse“ oder ihr „Geschlecht“ anzuknüpfen: das Kopftuch erlaubt die Zuschreibung zum Islam; der Begrüßungskuss des männlichen Partners eines männlichen Arbeitnehmers zur Homosexualität; der Geschlechtseintrag „weiblich“ im Geburtenregister ermöglicht die Zuschreibung „Frau“ und das Statusverhältnis „eingetragene Lebenspartnerschaft“ erlaubt den Rückschluss auf die sexuelle Ausrichtung der Person. Man muss sich dabei aber bewusst sein, dass nicht die tatsächliche Existenz dieser Merkmale das vom Nichtdiskriminierungsrecht adressierte Problem ist. Es geht immer um die Frage, welche Bedeutung diesem Merkmal in sozialen Zusammenhängen zugeschrieben wird. Diese Zuschreibung hängt nicht zwingend davon ab, dass das Merkmal auch tatsächlich gegeben ist.<sup>177</sup> Sie kann auch erfolgen, wenn der Diskriminierende lediglich annimmt, dass ein verpöntes Merkmal bei einer Person vorliegt und sie *deshalb* unterschiedlich behandelt. § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG stellt dies im Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbots klar. Das gilt nach zutreffender Meinung auch im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots.<sup>178</sup> Dafür kann man sich auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der *Rs. Coleman* stützen, nach der das Diskriminierungsverbot nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die jeweils genannten Gründe gilt.<sup>179</sup> Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellt die Diskriminierung aufgrund der wirklichen mit der von Dritten lediglich wahrgenommenen und damit zugeschriebenen ethnischen Herkunft gleich.<sup>180</sup>

## (2) Passivlegitimation

### aa) Zurechnungsprobleme

Man ist sich im Wesentlichen darüber einig, dass der beruflich oder gewerblich tätige Anbieter der Güter oder Dienstleistungen Adressat des Diskriminierungsverbots ist. Nach dem AGG ist für die Schadensersatzansprüche nur der „Benachteiligte“ passivlegitiniert. Wer das ist, bleibt unklar,<sup>181</sup> wie ein Fall aus dem Leben zeigt:<sup>182</sup>

177 Schiek in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 7.

178 Däubler in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 96 mwN; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Vorbem §§ 19-21 Rn. 9; Armbrüster in: Erman, § 1 AGG Rn. 15; aA Ellenberger in: Palandt, § 1 AGG Rn. 1.

179 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38.

180 EGMR, Urt. v. 13.12.2005, App. Nos. 55762/00, 55974/00 – *Timishev v. Russia* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 56.

181 Vgl. dazu vertiefend Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 70 ff.

182 Siehe OLG Köln NZM 2010, 294 und die Vorinstanz, LG Aachen NZM 2009, 318 (dazu instruktiv *Derleder*, NZM 2009, 310 ff.).

W betreibt eine gewerbliche Wohnungsverwaltung und schaltet regelmäßig Vermietungsanzeigen für die von ihr verwalteten Wohnungen. So auch für die Wohnung des V. F nimmt daher mit der W telefonischen Kontakt auf und vereinbart mit der Mitarbeiterin I einen Besichtigungstermin bei der Hausmeisterin E. E ist keine Arbeitnehmerin der W. Als F bei E vorstellig wird, sagt diese, unmittelbar nach dem Öffnen der Tür, beim Anblick der F: „Die Wohnung wird nicht an Neger, äh ... Schwarzafrikaner und Türken vermietet.“ Hat F Ansprüche gegen V und/oder W?

Das Landgericht Aachen hat Ansprüche aus § 21 AGG gegen die Wohnungsverwaltungsgesellschaft wegen fehlender Passivlegitimation abgelehnt. Der Benachteiligte iSv § 21 Abs. 2 AGG sei der in Betracht kommende Anspruchsgegner der begehrten Leistung und damit V als der Vermieter der zu besichtigenden Wohnung. Zwischen der F und der W sei kein vorvertragliches Schuldverhältnis entstanden. Daher sei W auch nicht verpflichtet, die F über die Identität des V zu informieren.<sup>183</sup> Das Urteil erstaunt nicht nur Peter Derleeder:

*„Der Immobilienverwalter, der professionell für die Eigentümer von Wohnungsanlagen die Vermietung besorgt, sei es im eigenen, sei es im fremden Namen, braucht sich danach auch rassistische Behandlung von Mietinteressenten durch seine eigenen Angestellten nicht zurechnen zu lassen, da er nicht der eigentliche Anbieter ist. [...] Der eigentliche Anbieter bleibt dann aber im Dunkeln und kann deswegen auch wegen des Handelns seiner Gehilfen nicht in Anspruch genommen werden.“<sup>184</sup>*

Die These des Landgerichts, Benachteiligender könne nur der potentielle Vertragspartner des Mietvertrags sein<sup>185</sup>, greift zu kurz.<sup>186</sup> Damit ignoriert es die geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Wohnungsverwalter und den Mietinteressenten. Im Wohnungsmietmarkt ist die Vermietung durch Wohnungsverwaltungsgesellschaften entweder im eigenen oder im fremden Namen sehr häufig. Dasselbe gilt für die Vermittlung über Makler.<sup>187</sup> Beide treten als Akteure am Markt auf und sie sind das Nadelöhr, das der Mietinteressent passieren muss. Bereits mit der Vermietungsannonce wurde das Schuldverhältnis iSv § 19 Abs. 1 AGG begründet.<sup>188</sup> Verstoßen diese Akteure dagegen, haften sie nach § 21 AGG.<sup>189</sup> Das Verhalten ihrer Angestellten oder der sonstigen Personen, die sie zur Erfüllung dieses Schuldverhältnisses einsetzen, ist ihnen nach §§ 31, 278 BGB zuzurechnen.<sup>190</sup> Der Vermieter seinerseits haftet daneben gesamtschuldnerisch, wenn ihm das Verhalten der von ihm eingeschalteten Mittelpersonen über § 278

183 LG Aachen NZM 2009, 318.

184 Derleeder, NZM 2009, 310, 312.

185 Näher zu dieser Ansicht *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 127 mwN.

186 Die Entscheidung wurde vom OLG Köln NZM 2010, 294 aufgehoben. Seine Begründung über § 831 BGB trägt die Entscheidung, vernachlässigt es aber, den genuinen Verstoß gegen die Richtlinie 2000/43/EG auch gleichheitsrechtlich zu erfassen.

187 Derleeder, NZW 2007, 625, 630.

188 Zum Zeitpunkt näher oben § 6 IV 1 c) (1).

189 Derleeder, NZW 2007, 625, 630; Derleeder, NZM 2009, 310, 311 f.

190 Vgl. dazu Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1089 f.

BGB zuzurechnen ist.<sup>191</sup> Grundlage dafür ist das mit § 19 Abs. 1 und 2 AGG begründete gesetzliche Schuldverhältnis.

bb) Nachfrager als Normadressaten?

Weder die Richtlinien<sup>192</sup> noch das Gesetz beschränken allerdings den Anwendungsbereich auf Unternehmer iSv § 14 BGB.<sup>193</sup> Umstritten ist, ob nur Unternehmer oder auch Verbraucher Normadressaten sind und ob sich das Diskriminierungsverbot nur an den Anbieter von Gütern und Dienstleistungen oder auch an deren Nachfrager richtet. „Wer zur Gleichbehandlung verpflichtet ist, sagt das Gesetz nicht.“<sup>194</sup> Ich möchte das Problem anhand von drei Beispielen beleuchten:

(1) *R kauft jeden Morgen seine Brötchen bei Bäcker A und nicht beim gegenüberliegenden Bäcker B. B ist Türke und betreibt den Laden zusammen mit seinem deutschen Lebenspartner. Ist R Normadressat?*

(2) *R ruft in seinem Viertel zum Boykott gegen Bäcker B auf, weil dieser eine minderjährige Muslime im Tschador als Berufspraktikantin beschäftigt. R vermutet, dass M nur auf Druck ihrer Familie den Tschador trägt und sieht darin einen Verstoß gegen die Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Frau. Ansprüche aus § 21 iVm § 33 Abs. 1 GWB scheiden aus, weil R kein Unternehmer ist. Möglich sind dagegen Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB<sup>195</sup> (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) und § 826 BGB<sup>196</sup>. Ein Boykottaufruf aus rassistischen Gründen könnte jedenfalls deliktsrechtlich unterbunden werden.<sup>197</sup> Kann B von R daneben auch Unterlassung nach § 21 Abs. 1 S. 2 AGG verlangen?*

(3) *In einer kleinen Universitätsstadt beauftragt der Hotelbetreiber H das Personenbeförderungsunternehmen Y in einem Rahmenvertrag, seine Gäste von und zum Flughafen zu transportieren. Y beschäftigt hauptsächlich Studierende, die fließend deutsch sprechen müssen. In den Vorjahren ging der Auftrag an Z. Er beschäftigt eine breite Palette von Fahrern, überwiegend allerdings Fahrer mit albanischen, montenegrinischen oder türkischen Wurzeln. Auf seine Nachfrage, warum er den Auftrag verlor, wird ihm verklausuliert mitgeteilt, dass das „Sicherheitsbedürfnis“ der Gäste ausschlaggebend gewesen sei. Z hat keine Ansprüche gegen H aus §§ 33, 20 GWB, weil H nicht marktbeherrschend oder marktmächtig ist. Hat Z gegen H einen Schadensersatzanspruch aus § 21 Abs. 2 AGG?*

Jeder Marktteilnehmer hat Präferenzen. Das gilt auch für die Nachfrager am Markt. Kunden diskriminieren gegenüber Anbietern aufgrund verpönter Merkmale. Ein irritierendes Beispiel dafür ist eine von Ayres *et al.* durchgeführte Studie über das Trinkgeldverhalten (*tipping*) von Taxikunden gegenüber schwarzen

191 Derleder, NZW 2007, 625, 630.

192 Anders aber Art. 3 Abs. 1 S. 2 Richtlinien-Vorschlag zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008), 426 endg., S. 9, 20; dazu bereits oben § 6 II 1 b).

193 Kritisch dazu statt vieler Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 123.

194 Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 124.

195 Statt aller Wagner in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn. 213 ff.

196 Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 133.

197 Wagner in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn. 217.

Taxifahrern:<sup>198</sup> Sie erhielten durchschnittlich 1/3 weniger Trinkgeld als weiße Fahrer. Dabei unterschied sich das Verhalten innerhalb der Kundengruppe deutlich: Schwarze und *hispanics* gaben im Durchschnitt nur die Hälfte des Trinkgelds weißer Kunden. Auf diese Nachfragerdiskriminierung ist das U.S.-amerikanische Civil-Rights-Law nicht ausgerichtet. Sein Ziel sei es,

*„to assure that a dollar in the hands of a Negro will purchase the same thing as a dollar in the hands of a white man. At the very least, the freedom that Congress is empowered to secure under the Thirteenth Amendment includes the freedom to buy whatever a white man can buy, the right to live wherever a white man can live.“*<sup>199</sup>

Traditionell schützt das Nichtdiskriminierungsrecht also den Marktnachfrager. Dem folgt die Begründung zum Regierungsentwurf des AGG. Das Benachteiligungsverbot richte sich nur an den Anbieter der Güter oder Dienstleistungen und nicht an den nachfragenden Kunden.<sup>200</sup> Danach wäre in den Fällen (1), (2) und (3) der persönliche Anwendungsbereich nicht eröffnet. In der Regel, so heißt es weiter, seien „also nur diejenigen Leistungen vom allgemeinen zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot erfasst, die von Unternehmen erbracht werden“.<sup>201</sup> Der Anbieter wird mit dem Unternehmer gleichgesetzt. Auch in der Literatur findet sich die Behauptung, dass nur Unternehmer Normadressaten seien und für Verbraucher eine Bereichsausnahme gelte.<sup>202</sup> Das würde aber nur für die Fälle (1) und (2) gelten, Fall (3) wäre nach wie vor ungeklärt. Anhand des Beispiels wird deutlich, dass eine Verwechslung zweier streng zu trennender Kategorien vorliegt: Unternehmer/Verbraucher und Anbieter/Nachfrager. Nachdem man (irrtümlich) glaubt, mit § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG den Verbraucher aus dem (sachlichen) Anwendungsbereich entfernt zu haben, wird völlig übersehen, dass Unternehmen auch als Nachfrager am Markt auftreten.

Das Ergebnis soll sich aus den Beschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs ergeben.<sup>203</sup> Der Wortsinn des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG trägt diese Behauptung aber nicht.<sup>204</sup> Damit wird lediglich die Kategorie der erfassten Geschäfte beschrieben. Man kann der Norm insbesondere nicht entnehmen, dass nur derjenige verpflichtet sei, der den Zugang zu den Gütern oder Dienstleistungen bereitstellt. Dasselbe gilt für § 19 Abs. 1 AGG. Es mag zutreffen, dass mit der „Vielzahl von Fällen“ in der Praxis Leistungen von Unternehmen erfasst werden.<sup>205</sup> Daraus kann man aber nicht auf den persönlichen Anwendungsbereich

198 Ayres/Vars/Zakariya, 114 Yale L.J. 1613, 1616 (2005).

199 *Jones v. Alfred H. Mayer Co*, 392 U.S. 409 (1968); zur Entscheidung näher oben § 3 IV 3.

200 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

201 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

202 Stork, ZEuS 2005, 1, 19 ff; Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 126 ff, 264 ff, 275.

203 Vgl. beispielsweise Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 68 f mwN.

204 Zutreffend Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 124; anders Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 5.

205 Armbrüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 15.

schließen. Solange dieser nicht ausdrücklich auf Unternehmer beschränkt ist, fallen auch nicht-unternehmerisch handelnde Personen darunter. Der sachliche Anwendungsbereich stellt auf die jeweilige Transaktion ab. An dieser sind notwendig beide Parteien als Akteure einer (angestrebten) Transaktion beteiligt. Das legt es nahe, dass der Nachfrager ebenfalls Adressat des Diskriminierungsverbots ist. Dieses Verständnis liegt jedenfalls Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG zugrunde. Er bestimmt, dass das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rasse für *alle Personen* in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen gilt. Anknüpfungspunkt ist damit nicht der Dienstleister, sondern die Dienstleistung. An diesem (vor-) vertraglichen Verhältnis sind beide Parteien beteiligt.<sup>206</sup> Dagegen könnte Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG sprechen. Daraus gilt das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts „für alle Personen, die Güter und Dienstleistungen *bereitstellen*“. Das spricht für eine Beschränkung auf den Anbieter. Zwingend ist das freilich nicht. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie formuliert nämlich ganz allgemein, dass die *Wahl des Vertragspartners* nicht von seinem Geschlecht abhängig gemacht werden darf. Daher geht auch die Richtlinie 2004/113/EG von einem Transaktionsmodell aus, an dem Anbieter und Nachfrager als handelnde Akteure beteiligt sind. Daraus folgt, dass das europäische Nichtdiskriminierungsrecht prinzipiell für Anbieter und Nachfrager gilt.

Dagegen sind Einwände zu erwarten: Es könnte nicht angehen, den R, der seine Brötchen, aus welchen Gründen auch immer, bei A holt, zum Adressaten eines Diskriminierungsverbots zu machen und ihn dazu zu zwingen, seine Gründe dafür öffentlich darzulegen. Das sei zugleich Gipfel und Abgrund der Terrorherrschaft öffentlicher Tugenden.<sup>207</sup> Das stimmt. Würde man R zwingen, sich in einem Gerichtsverfahren öffentlich dafür rechtfertigen zu müssen, warum er zu Bäcker A und nicht zu Bäcker B geht, wäre seine personale Freiheit und der Markt als Wettbewerbsordnung hinfällig. Die entscheidende Frage ist aber, ob man dieses untragbare Ergebnis nur vermeiden kann, indem man den persönlichen Anwendungsbereich verneint. Lässt sich das von allen als richtig erkannte Ergebnis auch in der Prüfung des Diskriminierungsverbots verankern, verhält der Aufschrei. Der Tugendterror taugt nicht zum Schreckensbild. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist auf seine Mobilisierung durch Merkmalsträger angewiesen.<sup>208</sup> Praktisch gesehen, ist es sehr unwahrscheinlich, dass B von R eine gerichtliche Rechtfertigung für dessen Verhalten einfordern wird.<sup>209</sup> Selbst wenn man das unterstellt, kann er diese nur verlangen, wenn er Indizien, die eine von R ausgehende Diskriminierung vermuten lassen, darlegt und beweist (§ 22 AGG).<sup>210</sup> Unter-

206 Siehe Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 19 Rn. 21.

207 Vgl. Säcker, ZRP 2002, 286 ff.

208 Vgl. dazu Fuchs/Konstatzky/Liebscher/Berghahn, KJ 2009, 253 ff (zum Merkmal Geschlecht).

209 Aus U.S.-amerikanischer Perspektive Ayres/Vars/Zakariya, 114 Yale L.J. 1613, 1656 (2005).

210 Dazu unten § 6 VII 1 d) (1).

stellen wir, es würde B gelingen darzulegen, dass R homophob und ausländerfeindlich sei. Dann stellt sich die Frage der Rechtfertigung und des Rechtfertigungsmaßstabes. Dieser ist aus meiner Sicht – ich werde dies unten ausführlich darlegen<sup>211</sup> – kontextabhängig. Die Intuition, Gleichbehandlungs-pflichten in Fall (1) abzulehnen, hat einen richtigen Kern: Aus dem sozialen Kontext *dieses* Verhaltens folgt, dass R seine Entscheidung im Ausgangspunkt nicht weiter begründen muss. R handelt insoweit innerhalb seiner Privatsphäre.<sup>212</sup> Darauf muss der Rechtfertigungsmaßstab Rücksicht nehmen. Soweit für die Rechtfertigung ein sachlicher Grund genügt (vgl. § 20 Abs. 1 AGG), kommt R dem nach, wenn er sein Verhalten mit der Ausübung personaler Freiheit, genauer: unter Verweis auf die Privatautonomie, begründet. Mehr darf dann von ihm nicht verlangt werden.<sup>213</sup> Anders ist zu entscheiden, soweit das Nichtdiskriminierungsrecht keine Rechtfertigung zulässt. Das ist für eine Ungleichbehandlung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft der Fall.<sup>214</sup> Insoweit kann sich R nicht auf seine Privatautonomie berufen. Das Ergebnis ist freilich weniger revolutionär, als man zunächst denkt. Würde B seinen Anspruch auf § 826 BGB stützen, würde man unter Berücksichtigung der „mittelbaren Dritt-wirkung“ von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und in Erfüllung völkerrechtlicher Schutzpflichten *dasselbe* Ergebnis erzielen müssen.<sup>215</sup>

Die Überlegenheit dieses Lösungsmodells zeigt sich bei Fall (2). Wer die Lösung über den persönlichen Anwendungsbereich sucht, muss konsequenterweise auch in Fall (2) so entscheiden. Weil R als Nachfrager und Verbraucher handelt, könnte B nicht gegen ihn vorgehen. Auch dann nicht, wenn es sich – um das Beispiel zuzuspitzen – bei R um einen arbeitslosen Parteidirektor der NPD handelt, der in dem Viertel eines kleinen Städtchens in Sachsen-Anhalt wesentlichen Einfluss besitzt und zum Boykott aufruft, weil B einen Schwarzen zur Ausbildung beschäftigt. Das AGG wäre nicht anwendbar. B könnte dagegen aber erfolgreich aus § 823 Abs. 1 iVm § 1004 BGB auf Unterlassung klagen.<sup>216</sup> Anders formuliert: Das gleichheitsrechtliche Interesse von B, seine Auszubildenden ohne Rücksicht auf deren Rasse auswählen zu dürfen, ohne dabei sozialen Sanktionen über den Markt ausgesetzt zu sein, wird lediglich freiheitsrechtlich als Vermögensschaden wahrgenommen. Darin liegt ein weiteres Beispiel der Parteinahme des deutschen Zivilrechts zugunsten des Freiheitsschutzes und eine Vernachlässigung des Gleichheitsschutzes. *Thomas Lobinger* hat solche Ergebnisse zu Recht als „grotesk“ bezeichnet.<sup>217</sup> Man kann sie vermeiden und den diskriminierenden

211 Siehe § 7 IV 3.

212 Dazu vertiefend unten § 8 III 3.

213 Vertiefend zu diesem Argument unten § 8.

214 Siehe unten § 6 VI 3 f).

215 Dazu oben § 4 II 2 und 4 c).

216 Wagner in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn. 217.

217 Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 145 f.

Kundenboykott auch gleichheitsrechtlich erfassen. Ausgehend von den Grundgedanken der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rs. *Feryn*<sup>218</sup> und *Coleman*<sup>219</sup>, muss das nationale Recht einen Rechtsschutz vorsehen, damit sich der Anbieter gegen „die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes“ (Art. 7 Abs. 1 RL 2000/43/EG) zur Wehr setzen kann: B fällt als Drittbeeteiliger in den persönlichen Schutzbereich,<sup>220</sup> der Boykottaufruf des R bezieht sich auf die Versorgung mit Gütern, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, und R behandelt den B wegen der Rasse seines Auszubildenden ungleich, weil er bei der Einstellung eines weißen Deutschen nicht zum Boykott aufgerufen hätte. Entscheidungsrelevant ist dann – dasselbe gilt übrigens auch für die Lösung über § 823 Abs. 1 BGB –, ob die Meinungsfreiheit diesen Boykott rechtfertigen kann. Darüber muss man sinnvollerweise streiten und nicht über die Frage des persönlichen Anwendungsbereichs.

Die Fallbeispiele (2) und (3) machen deutlich, dass die Lösung über den persönlichen Anwendungsbereich das falsche Mittel zum richtigen Zweck ist. Folgt man der These, dass der Anwendungsbereich bei Verbrauchern bzw. Nachfragern nicht eröffnet ist, scheiden Ansprüche aus dem AGG aus. Das wirft bei Beispiel (2) die Frage der Richtlinienkonformität und nach dem Transparenzgebot auf, wenn man solche Fälle über die Generalklausel löst. Die Beispiele (2) und (3) unterscheiden sich von Beispiel (1), wenn man den Kontext berücksichtigt. In Beispiel (2) stellt der Verrufer den gesteigerten öffentlichen Kontext her und thematisiert das relevante Merkmal einer Person. Diese oder andere Personen, die sich mit ihr assoziieren, können daher von dem Handelnden auch eine öffentliche Rechtfertigung seines Verhaltens erwarten. Etwas anders gelagert ist das Beispiel (3). Aufgrund der genannten Indizien besteht die Vermutung, dass H unmittelbar aufgrund der ethnischen Herkunft der Fahrer diskriminiert und dadurch die Marktfreiheit des Z eingeschränkt hat. Während der morgendliche Brötchankauf des R für die Teilhabe des B am Markt vernachlässigbar ist, ist die Entscheidung des H für Z von erheblich gesteigerter Relevanz. Seine Freiheit, im Wettbewerb agieren zu können, wird erheblich eingeschränkt, wenn die ethnische Herkunft seiner Arbeitnehmer gravierende Konsequenzen im Wirtschaftssystem nach sich zieht. Werden diese Konsequenzen von der Rechtsordnung toleriert, handelt er rational, wenn er seine Auswahl an den gesellschaftlichen Präferenzen orientiert. Das aber verbietet ihm § 7 Abs. 1 AGG. Das zeigt, dass die Handlungskontexte den entscheidenden Bezugsrahmen abgeben. Diese sind aber situativ begründet. Die Rechtfertigungsprüfung kann auf diese unterschiedlichen Kontexte reagieren. Das ist der Lösung über den persönlichen Anwendungsbereich

218 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187.

219 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603.

220 Dazu oben § 6 IV 2 b) (1) aa.

verschlossen. Ich plädiere daher mit Nachdruck dafür, die im deutschen Recht immer wieder aufzuspürende Tendenz, Gleichbehandlungsfragen über den Anwendungsbereich von Gleichbehandlungspflichten zu lösen, anstatt in Rechtfertigungsdiskurse einzutreten, nicht auf das AGG zu übertragen.

## V. Benachteiligungs-/Diskriminierungstatbestand

### 1. Tatsächliche Diskriminierungskategorien

Diskriminierung ist ein Rechtsbegriff. Seine Aufgabe liegt darin, Ungleichbehandlungen in anderen Teilsystemen der Gesellschaft systemkonform erfassen zu können. Diese Ungleichbehandlungen sind als tatsächliche Erscheinungsformen in den jeweiligen Teilsystemen vom Rechtsbegriff zu unterscheiden. Diese Distinktion ist, darauf hat zum Beispiel *Larry Alexander* aus moralphilosophischen Gründen hingewiesen, wichtig:

„Discrimination is not one thing, but many. Failure to recognize this point results in intellectual and moral confusion as well as bad policy.“<sup>1</sup>

Die ökonomische Analyse des Rechts hat für das praktisch wichtigste Teilsystem eine eigene Terminologie entwickelt, die sich dafür eignet, tatsächliche Erscheinungsformen der Diskriminierung zu beschreiben und dadurch zu unterscheiden. Traditionell geht man von zwei<sup>2</sup> Diskriminierungsvarianten aus: (1.) präferenzbedingte Diskriminierung und (2.) statistische Diskriminierung.<sup>3</sup>

#### a) Von der präferenzbedingten zur statuserhaltenden Diskriminierung

Von präferenzbedingter Diskriminierung oder *taste-based discrimination* spricht man, wenn der Benachteiligte oder ein Dritter, dessen Diskriminierungegründe der Benachteiligte berücksichtigt,<sup>4</sup> mit Angehörigen einer nach bestimmten Merkmalen zusammengesetzten Gruppe aus systemfremden Gründen nichts zu tun haben will.<sup>5</sup> Die ökonomische Theorie schweigt sich über die Gründe dafür aus. Das festzustellen ist nicht ihre Aufgabe. Es reicht, Präferenzen als gegeben hinzunehmen.<sup>6</sup> Ob diese Präferenzen an ein von der Rechtsordnung verpöntes

1 Alexander, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 153 (1992).

2 Eine davon abweichende und die Behandlung sehr verkomplizierende Einteilung in insgesamt 7 (!) Gründe schlägt dagegen Posner, 56 U. Chi. L. Rev. 1311, 1318-1321 (1989), beschränkt auf das Merkmal „Geschlecht“ vor.

3 Statt vieler Strauss, 79 Geo. L.J. 1619, 1621-1623 (1991); Vandenbergh, 3 ERCL 410 (2007); Britz, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 14 ff; ein guter Überblick über den Stand der Literatur findet sich bei Schwab, Employment Discrimination, in: Dau-Schmidt/Harris/Lobel, Labor and Employment Law and Economics, 2009, 296, 299 ff.

4 Zu diesem Argument siehe Gardner, 18 Oxford J. Legal Studies 167, 168-169 (1998).

5 Grundlegend Becker, Economics of Discrimination, 1971.

6 Vgl. dazu Epstein, Forbidden Grounds, 1992, 42 f.