

dieren mit den drei Funktionen, die sie für den EGMR übernehmen: eine Orientierungsfunktion, eine Legitimationsfunktion sowie eine normähnliche Funktion. Diese Funktionen sind es, die Wirkungschancen für die Gutachten der Venedig-Kommission in diesem Kontext eröffnen. Insgesamt scheinen die Wirkungschancen der Gutachten zum einen von der Reputation der Venedig-Kommission abzuhängen. Dies zeigt sich etwa im Rahmen der Legitimationswirkung. Zum anderen erhöht sich die Wahrscheinlichkeit des Einbezugs mit der Qualität der Gutachten. So werden rechtsvergleichende Studien vor allem im Kontext des margin of appreciation bedeutsam. Da dieser Bereich Ausdruck der Achtung der Souveränität der Mitgliedsstaaten ist, kommt es darauf an, dass dem EGMR Informationen zur Verfügung stehen, die so aussagekräftig sind, dass auch der betroffene Staat sie respektieren kann. Schließlich können Guidelines und Studies vor allem dann die Orientierungsfunktion ausfüllen, wenn sie klar strukturierte Maßstäbe aufstellen und im besten Fall unmittelbar einleuchtend sind. So stellt Judge Caflisch, nachdem er in einem Sondervotum differenzierende Beurteilungsmaßstäbe entwickelt hat, fest: „Two out of the above four elements are contained in the Code of Good Practice of the Venice Commission: I say this not because I consider that Code

71 *Case of Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, App. no. 74025/01, Concurring opinion of Judge Caflisch, § 7.

to be binding but because, in the subject matter considered here, these elements make eminent sense.“<sup>71</sup>

Charakteristisch für die Wirkungsweise der Gutachten der Venedig-Kommission ist, dass die Wirkungen kontextspezifisch entstehen. Um sie verstehen und rechtlich einordnen zu können, ist es unerlässlich, auch die Funktionsweise des Kontextes, in dem sie ihre Wirkung entfalten – wie hier für den EGMR geschehen – zu berücksichtigen. Die Gutachten der Venedig-Kommission fordern den rechtlichen Blick heraus, weil dieser klassischerweise auf rechtsförmliche Handlungsformen gerichtet war, die unabhängig von ihren kontextspezifischen Wirkungen erkannt und eingeordnet werden konnten. Insofern die Gutachten rechtlich unverbindlich aber, wie gezeigt wurde, mit Wirkungschancen versehen sind, können sie als Soft Law qualifiziert werden.<sup>72</sup> Je mehr Bedeutung Akteure wie die Venedig-Kommission im nationalen und internationalen Kontext erlangen, desto wichtiger wird das Verständnis von Soft Law für die rechtswissenschaftliche Arbeit werden.

72 Vgl. einführend zu dem nicht unumstrittenen Begriff des Soft Law etwa Schwarze, *Soft Law im Recht der Europäischen Union*, EuR 2011, 3 ff.; d'Aspremont, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*, EJIL 19/5 (2008), 1075 ff.; Mörth, *Introduction*, in: dies. (Hrsg.), *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, 2004, S. 1 ff.

Annika Haller/Malin Hüttmann/Merle Linn\*

## Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Ein Überblick über die zivilrechtlichen Regelungen

*Mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz hat der Gesetzgeber einen Diskriminierungsschutz geschaffen, der auch im Zivilrecht unmittelbare Anwendung findet. Verstöße gegen Benachteiligungsverbote können nunmehr auch zivilrechtliche Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach sich ziehen. Der Beitrag skizziert die europarechtlichen Grundlagen sowie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und stellt die für das Zivilrecht maßgeblichen Regelungen im Einzelnen vor. Dabei wird auf Rechtsfolgenseite beim Vorliegen eines Benachteiligungsverbots ein aus dem Gesetz folgender Kontrahierungszwang befürwortet.*

\* Stud. iur. an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einem Seminarvortrag, den die Verfasserinnen im Wintersemester 2012/2013 im Seminar „Bürgerliches Recht für Anfänger – Forschendes Lernen“ bei Prof. Dr. Reinhard Bork und Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst gehalten haben.

### I. Einführung

Für die meisten Menschen in der Europäischen Union ist es inzwischen eine Selbstverständlichkeit, in einer – zumindest auf dem Papier – toleranten und die Menschenrechte achtenden Gesellschaft zu leben. Dies vorausgesetzt stellt sich aber die Frage, wie Situationen zu beurteilen sind, in denen jemandem der Zutritt in eine Diskothek aufgrund der ethnischen Herkunft verweigert wird, gleichgeschlechtliche Paare wegen ihrer sexuellen Orientierung in Hotels abgewiesen werden, oder Behinderte aus einem Restaurant hinausgeworfen werden, weil sich andere Gäste gestört fühlen könnten. Ein solches Verhalten ist unserem grundsätzlichen Empfinden nach moralisch verwerflich, aber wird es auch rechtlich missbilligt? Zu denken wäre an einen Schutz durch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 3 GG. Bei den

genannten Beispielen handelt es sich jedoch um Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen, auf welche die Grundrechte, die in erster Linie als Abwehrrechte gegen den Staat verstanden werden, nur im Wege der mittelbaren Drittwirkung über das Einfallstor der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242, 826 BGB Anwendung finden.<sup>1</sup> Lange Zeit war somit bei privatrechtlichen Schuldverhältnissen lediglich ein punktueller Schutz vor Diskriminierung gewährleistet. Dies änderte sich grundlegend mit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) am 18.08.2006. Hiermit wurde ein Antidiskriminierungsrecht kodifiziert, welches unmittelbar sowohl im Arbeitsrecht als auch im Zivilrecht gilt.

Vorliegender Aufsatz konzentriert sich nach einem kurzen Umriss der Entstehung des Gesetzes allein auf die zivilrechtlichen Bestimmungen des AGG. Es wird ein Überblick bezüglich der geschützten Merkmale, der erfassten Schuldverhältnisse, der Formen der Benachteiligung und ihrer möglichen Rechtfertigung sowie der bei einem Verstoß vorgesehenen Rechtsfolgen gegeben.

## II. Von den europäischen Richtlinien zum AGG

Mit dem Ziel, eine diskriminierungsfreie Gesellschaft zu schaffen, und um Schutz vor Benachteiligung aufgrund bestimmter Merkmale zu gewährleisten, erließ die Europäische Union Anfang des neuen Jahrtausends vier Richtlinien. Zwei bezogen sich auf die Benachteiligung in der Arbeitswelt<sup>2</sup>, die beiden anderen auf Benachteiligung außerhalb der Arbeitswelt im Zivilrecht. Letzgenannte, die Antirassismusrichtlinie „Zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft“ (RL 2000/43/EG vom 29.06.2000)<sup>3</sup> und die Gender-Richtlinie „Zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ (RL 2004/113/EG vom 13.12.2004)<sup>4</sup> aus den Jahren 2000 und 2004, sollten Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr aufgrund der „Rasse“, der Ethnie und des Geschlechts sowohl abwehren als auch diesen präventiv entgegenwirken.<sup>5</sup> Die Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht erwies sich in Deutschland als ein äußerst langwieriger Prozess. Diskussionsentwürfe wurden entweder als zu weitgehend oder aber umgekehrt als nicht umfassend genug kritisiert und erst am 18.08.2006, nach erheblicher Überschreitung der Umsetzungsfrist der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und daraus

resultierenden Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH<sup>6</sup>, trat das AGG in Kraft.<sup>7</sup>

## III. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot

§ 1 AGG normiert als Ziel des Gesetzes, Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Das Gesetz spricht hierbei bewusst nicht von „Diskriminierung“, sondern von „Benachteiligung“, da „Diskriminierung“ im allgemeinen Sprachgebrauch stets eine rechtswidrige und sozial verwerfliche Benachteiligung beschreibt<sup>8</sup>, es aber durchaus auch zulässige unterschiedliche Behandlungen geben kann.<sup>9</sup> Dieses Ziel wird zunächst für das Arbeitsrecht konkretisiert (§§ 7–18 AGG). Sodann betreffen die §§ 19–21 AGG das allgemeine Zivilrecht. Hier greift § 19 AGG, welcher das allgemeine Verbot der Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr enthält, die oben genannten Benachteiligungsgründe auf, nicht jedoch das Merkmal der Weltanschauung. Dieses gilt somit nach dem Willen des Gesetzgebers nicht für das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot.<sup>10</sup>

Trotz der Erweiterung der geschützten Merkmale gegenüber den Richtlinienvorgaben, welche nur an die „Rasse“, die Ethnie und das Geschlecht anknüpfen, liegt kein lückenloser Schutz vor. So ist beispielsweise in dem abschließenden Katalog eine Diskriminierung aufgrund der Staatsbürgerschaft nicht erfasst. Um gesellschaftliche Entwicklungen berücksichtigen zu können, wäre eine nicht abschließende Auflistung von Diskriminierungsgründen eine mögliche Lösung. Diesen Weg haben andere EU-Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der Richtlinien gewählt<sup>11</sup>, in Deutschland ist eine dahingehende Änderung jedoch nicht in Sicht.

### 1. Die Benachteiligung aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft

Das Verbot der Benachteiligung aus Gründen der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft folgt direkt aus der Antirassismusrichtlinie. Wie genau diese beiden Merkmale

1 Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, Rn. 196.

2 RL 2000/78/EG vom 27.11.2000, ABl. EG Nr. L 303, 16; RL 2002/73/EG vom 23.09.2002, ABl. EG Nr. L 269, 15.

3 ABl. EG Nr. L 180, 22.

4 ABl. EG Nr. L 373, 37.

5 Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, Einleitung Rn. 2.

6 EuGH vom 28.04.2005, Rs. C-329/04; EuGH vom 23.02.2006, Rs. C-43/05.

7 Für einen umfassenden Überblick über Gesetzgebungsprozess und Diskussion vgl. Baer, Chronologie Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, <http://baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/antidiskriminierungsrecht/allgemeinesgleichbehandlungsgesetz/index.html> (19.02.2013).

8 Bauer/Göpfert/Krieger, in: AGG, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 9; Schreier, Das AGG in der zivilrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2007, 308 (308).

9 Vgl. Rechtfertigungsgründe der §§ 5, 19 III, 20 AGG.

10 Hierdurch soll verhindert werden, dass Anhänger/innen radikalpolitischer Denkart den Schutz des AGG in Anspruch nehmen können, vgl. BT-Drucks. 16/2022, 28.

11 Liebscher, Erweiterte Horizonte: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und europäische Antidiskriminierungsrichtlinien, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 26, 30.

zu charakterisieren und voneinander abzugrenzen sind, lässt sich weder der Richtlinie noch der Gesetzesbegründung genau entnehmen. Als fragwürdig erweist sich hier besonders die Verwendung des historisch belasteten Begriffs der „Rasse“. Das Gesetz will jedoch ebenso wenig wie Art. 3 III GG das Bestehen unterschiedlicher „Rassen“ unterstellen oder Theorien, die an eine solche Vorstellung anknüpfen, unterstützen.<sup>12</sup> Um zu verdeutlichen, dass eben nicht das Gesetz, sondern diejenige Person, die sich rassistisch verhält, von dem Vorhandensein verschiedener „Rassen“ ausgeht, hat der Gesetzgeber im AGG, anders als noch im Grundgesetz, bewusst die Formulierung einer Benachteiligung „aus Gründen“ statt „wegen“ der „Rasse“ gewählt.<sup>13</sup> Hieran wird auch der Unterschied zur ethnischen Herkunft deutlich. Dieses Merkmal beschreibt die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Menschengruppe, welche sich durch Zusammengehörigkeitsmerkmale wie Abstammung, nationalen Ursprung, Volkstum, Sprache oder kulturelle Tradition auszeichnet.<sup>14</sup>

## 2. Benachteiligung wegen des Geschlechts

Durch das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts wird dem Gebot der Gender-Richtlinie 2004/113/EG Rechnung getragen. Nach den Gesetzesmaterialien geht es hier ausschließlich um die Ungleichbehandlung von Mann und Frau, Intersexualität und Transsexualität sollen hingegen dem Merkmal der sexuellen Identität zugeordnet werden.<sup>15</sup> Der EuGH indes stellt diesbezüglich auf das Merkmal des Geschlechts ab.<sup>16</sup> Auch das wird aber der geschlechtlichen Identität intersexueller und transsexueller Menschen nicht gerecht.<sup>17</sup>

Praktische Bedeutung hat dieser Streit deshalb, weil die für das Versicherungsrecht geltende Sonderregelung des § 20 II AGG für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts einen intensivierten Schutz bietet und demnach nur nach der Ansicht des EuGH auch für Intersexuelle und Transsexuelle anwendbar ist. Außerdem erscheint es zweifelhaft, ob die Kategorien „Geschlecht“ und „sexuelle Identität“ jeweils für sich alleine in der Lage sind, Intersexualität und Transsexualität zu erfassen. Vielmehr scheint eine einheitliche Kategorie geboten, die offen dafür ist, dass das biologische Geschlecht, das gefühlte und gelebte Geschlecht und die sexuelle

Ausrichtung von Menschen sehr vielschichtig und nicht immer klar abgrenzbar sind.

## 3. Benachteiligung wegen der Religion

Für einen ersten Zugriff auf das Merkmal der Religion bietet sich eine Orientierung an der Begriffsbestimmung, maßgeblich an der des Bundesverfassungsgerichts, für das Grundrecht der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 I, II GG an. Demnach zeichnet sich Religion jedenfalls durch die Gewissheit des Einzelnen über bestimmte Aussagen zum Ziel und zur Herkunft der menschlichen Existenz aus, die auf der Vorstellung einer transzendenten Welt basieren.<sup>18</sup> Uneinigkeit herrscht darüber, ob auch Sekten wie z. B. Scientology geschützt sind.<sup>19</sup>

## 4. Benachteiligung wegen einer Behinderung

Der Begriff der Behinderung im AGG ist im Ausgangspunkt so zu verstehen, wie § 2 I 1 SGB IX ihn definiert.<sup>20</sup> Demnach gelten Menschen als behindert, „wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“. Der Grad der Behinderung ist hierbei irrelevant.<sup>21</sup> Die exakte zeitliche Prognose von sechs Monaten kann für das AGG nicht gelten.<sup>22</sup> Dies ergibt sich schon daraus, dass nicht alle lang anhaltenden Krankheiten sogleich als Behinderung zu qualifizieren sind<sup>23</sup> und zudem nach § 7 I AGG die Annahme einer Behinderung als Grund für eine Benachteiligung ausreichend ist, der Benachteiligende sich jedoch regelmäßig keine Gedanken über die exakte Dauer der Beeinträchtigung machen wird.<sup>24</sup>

## 5. Benachteiligung wegen des Alters

Unter dem Begriff des Alters ist das Lebensalter zu verstehen, nicht das „fortgeschrittene Alter“ eines Menschen.<sup>25</sup> Somit werden jüngere wie ältere Personen gleichermaßen geschützt.

<sup>12</sup> Erwägungsgrund Nr. 6 der RL 2000/43/EG.

<sup>13</sup> BT-Drucks. 16/1780, 31; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 15.

<sup>14</sup> *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1 AGG Rn. 2.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 16/1780, 31; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 1 Rn. 25; *Wendeling-Schröder*, AGG, § 1 Rn. 22.

<sup>16</sup> EuGH NZA 1996, 695 (695); *Däubler/Bertzbach*, AGG, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 90.

<sup>17</sup> *Liebscher*, in: *Foljanty/Lembke* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft.*, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 29.

<sup>18</sup> *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 28f.; *Gaier/Wendland*, AGG, 2006, § 2 Rn. 78.

<sup>19</sup> Die deutschen und englischen Gerichte verneinen bislang den Religionsstatus von Scientology, die französischen hingegen erkennen diesen an, vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 33; *Schubert*, Die Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf Arbeits- und Zivilrecht, NJ 2006, 481 (482).

<sup>20</sup> BT-Drucks. 16/1780, 31; *Däubler/Bertzbach*, AGG, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 73.

<sup>21</sup> *Schubert*, NJ 2006, 481 (482).

<sup>22</sup> *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, 2008, § 1 Rn. 48.

<sup>23</sup> EuGH NZA 2006, 839 ff.

<sup>24</sup> *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, 2008, § 1 Rn. 48.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 16/1780, 31; *Däubler/Bertzbach*, AGG, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 83f.

## 6. Benachteiligung wegen der sexuellen Identität

Das Merkmal der sexuellen Identität umfasst in jedem Fall die sexuelle Ausrichtung in Form von Homo-, Hetero-, und Bisexualität.<sup>26</sup> Folgt man der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers, so sind ebenso Transsexualität und Intersexualität in diesem Merkmal inbegriffen.<sup>27</sup> Nicht geschützt sind gesetzlich verbotene sexuelle Neigungen und Praktiken wie z. B. Pädophilie.<sup>28</sup>

## IV. Sachlicher Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot

### 1. Erfasste Schuldverhältnisse

Der Gesetzgeber differenziert in § 19 AGG zunächst zwischen Massengeschäften (§ 19 I Nr. 1 HS 1), massenähnlichen Geschäften (§ 19 I Nr. 1 HS 2) und privatrechtlichen Versicherungsverträgen (§ 19 I Nr. 2). Bei diesen Geschäften ist nach dem Wortlaut der Norm eine Benachteiligung von der Begründung an über die Durchführung bis hin zur Beendigung aufgrund aller geschützten Merkmale verboten. Für alle sonstigen zivilrechtlichen Schuldverhältnisse, die den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern oder Dienstleistungen betreffen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (vgl. § 19 II i. V. m. § 2 I Nr. 8 AGG), gilt ein Benachteiligungsverbot gem. § 19 II AGG hingegen nur bezüglich der „Rasse“ und der ethnischen Herkunft.

#### a) Massengeschäfte

Nach der Legaldefinition des § 19 I Nr. 1 HS 1 AGG ist ein Massengeschäft ein Schuldverhältnis, welches „ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen“ zustande kommt. Ob es sich um eine Vielzahl von Fällen handelt, beurteilt sich aus der Sicht der Anbietenden, sodass i. d. R. nur Unternehmer i. S. d. § 14 BGB erfasst werden.<sup>29</sup> Ohne Ansehen der Person werden Verträge typischerweise dann geschlossen, wenn der/die Anbietende mit jeder zahlungswilligen und zahlungsfähigen Person kontrahieren will.<sup>30</sup> Regelmäßig liegen diese Voraussetzungen in der Konsumgüterwirtschaft und bei standardisierten Dienstleistungen vor.

#### b) Massenähnliche Geschäfte

Den Massengeschäften gleichgestellt sind nach § 19 I Nr. 1 HS 2 AGG die massenähnlichen Geschäfte. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass das Ansehen der Person zwar eine gewisse, jedoch lediglich untergeordnete Rolle

spielt, da eine Vielzahl dieser Verträge geschlossen wird.<sup>31</sup> Ein anschauliches Beispiel stellen hier Mietwagenunternehmen dar. Diese vermieten ihre Fahrzeuge grundsätzlich an jede Person, sofern sie eine gültige Fahrerlaubnis vorweisen kann.<sup>32</sup> Unbefristete Wohnraumvermietung ist grundsätzlich kein massenähnliches Geschäft, wenn der/die Vermieter/in insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet (§ 19 V 3 AGG).<sup>33</sup> Hier wird nämlich regelmäßig ein Interesse daran bestehen, den/die Vertragspartner/in individuell anhand verschiedenster Kriterien auszuwählen.<sup>34</sup>

### c) Sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse i. S. d. § 2 I Nr. 5–8 AGG

Für die Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft gilt der erweiterte Schutz des § 19 II AGG. Aus den verbindlichen Vorgaben der Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG ergibt sich, dass das Benachteiligungsverbot auch für sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse i. S. d. § 2 I Nr. 5–8 AGG gilt. Damit ist insbesondere der „Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“, erfasst. Der Begriff der Güter und Dienstleistungen ist im weiten Sinne zu verstehen, umfasst sind demnach Waren und geschuldete Leistungen nahezu jeglicher Art.<sup>35</sup> Der Öffentlichkeit stehen diese zur Verfügung, wenn das Angebot oder die invitatio ad offerendum durch Kundgabe an eine unbestimmte Anzahl von Personen die Privatsphäre der/des Anbietenden verlassen hat.<sup>36</sup> Erfasst sind z. B. Annoncen in Zeitungen oder im Internet, wobei es unerheblich ist, ob diese von Geschäftsleuten stammen oder ob es sich nur um ein einmaliges Privatgeschäft handelt.<sup>37</sup>

### 2. Bereichsausnahmen

Ausgenommen vom Benachteiligungsverbot sind zum einen familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse, § 19 IV AGG, und zum anderen solche Schuldverhältnisse, denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis zugrunde liegt, § 19 V AGG. Die Regelung trägt den Erwägungsgründen Nr. 4 der Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG und Nr. 3 der Gender-Richtlinie 2004/113/EG Rechnung, in denen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens besonders herausgestellt wird.<sup>38</sup> Dementsprechend ist aber auch eine enge und richtlinienkonforme Auslegung der Begriffe Nähe- und Vertrauens-

<sup>26</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 49.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 16/1780, 31; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 25; Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 1 Rn. 22.

<sup>28</sup> Schubert, NJ 2006, 481 (482).

<sup>29</sup> BT-Drucks. 16/1780, 41; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2005, § 19 Rn. 7; Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 19 Rn. 12.

<sup>30</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 31.

<sup>31</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2005, § 19 Rn. 10.

<sup>32</sup> Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 2 Rn. 22.

<sup>33</sup> Schreier, JuS 2007, 308 (309).

<sup>34</sup> Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 2 Rn. 23; Schreier, JuS 2007, 308 (309).

<sup>35</sup> Kossak, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot im allgemeinen Zivilrechtsverkehr, 2009, S. 60; Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 2 Rn. 28.

<sup>36</sup> Kossak, Rechtsfolgen, 2009, S. 61.

<sup>37</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2005, § 19 Rn. 13.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 16/1780, 42; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2005, § 19 Rn. 16.

ensverhältnis geboten, das folglich an die Privatsphäre heranreichen muss.<sup>39</sup> Das Gesetz nennt in § 19 V 2 AGG beispielhaft Mietverhältnisse, bei denen die Vertragsparteien oder deren Angehörige Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen.

## V. Benachteiligungsformen

§ 3 AGG normiert die wichtigsten Benachteiligungsformen und gilt grundsätzlich sowohl für das Arbeits- als auch für das Zivilrecht.<sup>40</sup>

### 1. Unmittelbare Benachteiligung, § 3 I AGG

Eine unmittelbare Benachteiligung setzt nach § 3 I AGG voraus, dass eine Person aufgrund eines in § 19 I AGG genannten Merkmals schlechter behandelt wird als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Die Ungleichbehandlung ist anhand eines objektiven Vergleichsmaßstabs festzustellen.<sup>41</sup> Sie muss an das Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals anknüpfen, wobei allein die Annahme eines Merkmals ausreichend ist.<sup>42</sup> Erforderlich ist in jedem Falle eine tatsächliche Benachteiligung.<sup>43</sup> Wie sich aus dem Wortlaut des Gesetztextes ergibt, muss die erforderliche Vergleichsperson nicht zwingend eine konkrete Person sein, die sich gegenwärtig in einer vergleichbaren Lage befindet (vgl. § 19 I AGG: „erfährt“, „erfahren hat“, „erfahren würde“). Es reicht ebenso aus, wenn die Vergleichsperson in der Vergangenheit in einer vergleichbaren Lage war und damals besser behandelt wurde als die betroffene Person jetzt, oder wenn es sich um eine fiktive Vergleichsperson handelt, die in der konkreten Situation besser behandelt werden würde.<sup>44</sup>

### 2. Mittelbare Benachteiligung, § 3 II AGG

Die in § 3 II AGG definierte mittelbare Benachteiligung knüpft gerade nicht explizit und offensichtlich an eines der vom AGG genannten Merkmale an. Es werden vielmehr scheinbar neutrale Kriterien angewandt, die sich im Ergebnis jedoch benachteiligend auswirken und zu einer Schlechterstellung von Merkmalsträgern führen.<sup>45</sup> Ein Beispiel hierfür ist eine Benachteiligung wegen der Sprache. Wenn z. B. ein Reiseveranstalter zu seinen Fahrten ausschließlich Teilnehmer/innen zulässt, deren Muttersprache Deutsch ist, so liegt keine ausdrückliche Anknüpfung an eines der geschützten Merkmale vor, jedoch findet mittelbar über die nicht-deutsche Mutter-

sprache eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft statt.<sup>46</sup>

Dem Wortlaut des § 3 II AGG nach handelt es sich aber um keine mittelbare Benachteiligung, sofern ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig sind.

### 3. Belästigung, § 3 III AGG

Eine Belästigung liegt gemäß § 3 III AGG bei solchen unerwünschten Verhaltensweisen vor, die an das Vorhandensein eines Diskriminierungsmerkmals anknüpfen und die Würde der betreffenden Person verletzen oder dies zumindest bezwecken. Dies bestimmt sich aus der Sicht eines objektiven Dritten.<sup>47</sup> Ferner muss als Folge dieses Verhaltens ein von Einschüchterung, Anfeindungen und Erniedrigung gekennzeichnetes Umfeld entstehen. Der Unrechtsgehalt der Belästigung liegt somit nicht wie bei den anderen Benachteiligungsformen in einer Ungleichbehandlung, sondern in einer Herabwürdigung.<sup>48</sup> Hierfür sind in der Regel ein kontinuierliches Handeln sowie die Überschreitung der Geringfügigkeitsschwelle erforderlich.<sup>49</sup>

§ 3 IV AGG regelt die sexuelle Belästigung. Diese nimmt jedoch nur Bezug auf die Fälle des § 2 I Nr. 1 – 4 AGG, die sich mit dem Arbeitsrecht befassen.

### 4. Anweisung zur Diskriminierung

§ 3 V AGG stellt klar, dass auch eine Anweisung zur Diskriminierung eine verbotswidrige Handlung darstellt. Der/die Anweisende muss dabei gegenüber der unmittelbar oder mittelbar benachteiligenden Person weisungsbefugt sein.<sup>50</sup> Dabei ist es nicht von Bedeutung, auf welche Art die Anweisung erfolgt und ob sie tatsächlich befolgt wird. Entscheidend ist allein, dass der/die Anweisende den Willen zur Diskriminierung klar und erkennbar ausgedrückt hat.<sup>51</sup>

## VI. Rechtswidrigkeit der Benachteiligung

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot hat keine absolute Gültigkeit, sondern ist offen für Ausnahmen. Entsprechende Regelungen finden sich in §§ 5, 19 III, 20 AGG.

<sup>39</sup> Kossak, Rechtsfolgen, 2009, S. 66.

<sup>40</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2005, § 3 Rn. 50; Däubler/Bertzsch, AGG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 76.

<sup>41</sup> Rupp, Die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG, RdA 2009, 307 (307).

<sup>42</sup> Däubler/Bertzsch, AGG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 35.

<sup>43</sup> Maier-Reimer, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, 2577 (2578); Schreier, JuS 2007, 308 (310).

<sup>44</sup> Schubert, NJ 2006, 481 (484).

<sup>45</sup> Maier-Reimer, NJW 2006, 2577 (2579).

<sup>46</sup> Schreier, JuS 2007, 308 (310).

<sup>47</sup> Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 3 Rn. 29.

<sup>48</sup> Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 3 Rn. 28; Wendtland, AGG Zivilrecht, 2006, § 2 Rn. 90.

<sup>49</sup> Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 2 Rn. 92.

<sup>50</sup> Däubler/Bertzsch, AGG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 85; Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 2 Rn. 84; ähnlich Thüsing, Beilage zu NZA 22/2004, 3 (8).

<sup>51</sup> Däubler/Bertzsch, AGG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 86c; Schubert, NJ 2006, 481 (485).

## 1. Zulässige unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen, § 20 I AGG

### a) Ausgestaltung und Anwendungsbereich der Norm

Nach § 20 I 1 AGG kann eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sein, wenn diese aus sachlichen Gründen geboten ist. Dies gilt allerdings nur für eine Benachteiligung aus Gründen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts. Differenzierungen aufgrund der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft hingegen sind keiner Rechtfertigung zugänglich.<sup>52</sup> Die Norm enthält nicht abschließende Regelbeispiele für sachliche Gründe (§ 20 I 2 Nr. 1–4 AGG). Liegen die Voraussetzungen eines Regelbeispiels nicht vor, so ist ein Rückgriff auf die in § 20 I 1 AGG enthaltene Generalklausel möglich und eine wertende Betrachtung nach den Maßstäben von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB geboten.<sup>53</sup>

### b) Die einzelnen Regelbeispiele

§ 20 I 2 AGG nennt als sachliche Rechtfertigungsgründe die Vermeidung von Gefahren (Nr. 1), den Schutz der Intimsphäre und der persönlichen Sicherheit (Nr. 2) sowie die Gewährung besonderer Vorteile bei Fehlen eines Gleichbehandlungsinteresses (Nr. 3). Altersbeschränkungen für risikoreiche Fahrgeschäfte in Freizeitparks dienen beispielsweise der Abwendung von Gefahren für die Beteiligten. Speziell abgesicherte Frauenparkplätze in Parkhäusern können zum Schutz der persönlichen Sicherheit gerechtfertigt sein. Eine Gewährung besonderer Vorteile gerade aufgrund des Vorliegens eines der in § 19 I AGG genannten Merkmale ist nach Nr. 3 unter der Voraussetzung zulässig, dass kein Gleichstellungsinteresse besteht. Hiervon ist dann auszugehen, wenn ein Verbot einer solchen Bevorzugung dazu führen würde, dass die Vorteile nicht ausgeweitet, sondern vollständig eingestellt würden.<sup>54</sup> Dies wäre aber z. B. bei der Aussetzung von Rabatten für Rentner/innen und Schüler/innen gesellschaftlich unerwünscht.<sup>55</sup>

### c) Vorliegen mehrerer Benachteiligungsmerkmale, § 4 AGG

Findet eine Ungleichbehandlung aufgrund mehrerer Merkmale statt, so muss gemäß § 4 AGG für jede dieser Benachteiligungen ein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliegen.

## 2. Zulässige unterschiedliche Behandlung bezüglich der Wohnstruktur, § 19 III AGG

Eine unterschiedliche Behandlung ist im Bereich der Wohnungsvermietung nach § 19 III AGG auch dann zulässig, wenn dadurch eine Wohnungspolitik gefördert wird, die auf das harmonische Zusammenleben von Per-

sonen unterschiedlicher Kulturen und verschiedener sozialer Hintergründe gerichtet ist.<sup>56</sup> Nach dem Wortlaut der Norm ist in diesem Fall auch eine Benachteiligung aufgrund der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft zulässig. Dies erscheint europarechtlich jedoch bedenklich, so dass eine richtlinienkonforme Auslegung dahingehend, dass besagte Merkmale nicht von der Vorschrift erfasst werden, geboten scheint.<sup>57</sup>

## 3. Positive Maßnahmen, § 5 AGG

§ 5 AGG sieht vor, dass bislang typischerweise benachteiligte Gruppen von Merkmalsträgern durch gezielte positive Maßnahmen gefördert werden können, um die bestehenden Nachteile abzubauen und künftig zu verhindern. Da dies im Umkehrschluss immer eine Ungleichbehandlung der bisher profitierenden Gruppe bedeutet, sind strenge Anforderungen zu stellen.<sup>58</sup> Die Vorschrift ist in erster Linie für das Arbeitsrecht relevant, so z. B. bei der Einführung von Frauenquoten.

## VII. Rechtsfolgen

Nach den EU-Richtlinien muss bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktion gewährleistet sein.<sup>59</sup> Dieser Forderung will der Gesetzgeber in § 21 AGG nachkommen. Die Norm sieht sowohl einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch (§ 21 I AGG) als auch einen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung (§ 21 II AGG) vor. Diese Ansprüche müssen innerhalb der zweimonatigen Ausschlussfrist des § 21 V AGG geltend gemacht werden, wobei die Frist im Zeitpunkt der Kenntnis von der Benachteiligung zu laufen beginnt.<sup>60</sup> Ob aus der Norm auch ein Kontrahierungsanspruch folgt, ist umstritten.

### 1. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, § 21 I AGG

Die Primäransprüche auf Beseitigung und Unterlassung der Beeinträchtigung gem. § 21 I AGG sind verschuldensunabhängig.<sup>61</sup> Die Ansprüche geben dem/der Betroffenen die Möglichkeit, sich gegen eine gegenwärtige Beeinträchtigung sowie eine künftig drohende zu wehren.

### 2. Anspruch auf Schadensersatz

§ 21 II AGG gewährt sowohl einen Anspruch auf Ersatz der materiellen (§ 21 II 1, 2 AGG) als auch der immateriellen Schäden (§ 21 II 3 AGG). Erfolgt eine schuldhaft Benachteiligung aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmals, so hat der/die Benachteiligende dem/der

<sup>52</sup> Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 20 Rn. 1.

<sup>53</sup> Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 2 Rn. 98.

<sup>54</sup> Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 2 Rn. 110.

<sup>55</sup> BR-Drucks. 329/06, 47.

<sup>56</sup> BT-Drucks. 16/2022, 28.

<sup>57</sup> Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 2 Rn. 127.

<sup>58</sup> Schreier, JuS 2007, 308 (312); Schubert, NJ 2006, 481 (485).

<sup>59</sup> Erwägungsgrund Nr. 26 der RL 2000/43/EG.

<sup>60</sup> Schreier, JuS 2007, 308 (312).

<sup>61</sup> BT-Drucks. 16/1780; Kossak, Rechtsfolgen, 2009, S. 121.

Betroffenen den gesamten daraus entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen. Weiterhin kann der/die Betroffene auch den Nichtvermögensschaden ersetzt verlangen, so z. B. wenn eine demonstrative Abweisung durch den Türsteher einer Diskothek zu einer Bloßstellung vor den anderen Anwesenden führt. Diese Entschädigung muss dabei so bemessen werden, dass sie eine angemessene Genugtuung im Verhältnis zu der erlittenen Benachteiligung darstellt.<sup>62</sup> Ob hier ebenfalls ein Verschulden nötig ist, ist umstritten. Die Gesetzesbegründung spricht für diese Erforderlichkeit, während eine an den Richtlinien orientierte Auslegung dem entgegensteht.<sup>63</sup>

### 3. Kontrahierungszwang

Sehr umstritten ist die Frage, ob sich aus dem Beseitigungsanspruch aus § 21 I 1 AGG ein Anspruch auf Vertragsschluss, also ein Kontrahierungszwang, herleiten lässt. Ausdrücklich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich ein solcher nicht und auch europarechtlich ist er nicht vorgegeben.<sup>64</sup>

Der Wortlaut steht einem Kontrahierungszwang jedoch auch nicht entgegen. Es ist die Rede von einer „Beseitigung der Beeinträchtigung“. Wenn die Beeinträchtigung in der Verweigerung des Vertragsschlusses liegt, so kann die „Beseitigung der Beeinträchtigung“ nach dem allgemeinen Sprachverständnis durch den Abschluss des Vertrages als „actus contrarius“ geschehen.<sup>65</sup>

#### a) Systematik

Hinsichtlich der Gesetzessystematik ist eine Betrachtung des § 15 VI AGG geboten. Dieser regelt ausdrücklich, dass im Arbeitsrecht kein Anspruch auf Vertragsschluss besteht. Zu denken wäre hier sowohl an eine analoge Anwendung der Norm als auch an einen Umkehrschluss. Die Problematik des Kontrahierungszwangs wurde im Gesetzgebungsverfahren erkannt<sup>66</sup> und es gab den Vorschlag, auch für das Zivilrecht dessen Ausschluss zu normieren, was sich jedoch nicht durchsetzte.<sup>67</sup> Ob dies dahingehend verstanden werden kann, dass der Gesetzgeber einen Ausschluss eines Kontrahierungszwanges analog zu § 15 VI AGG ablehnt oder ob er diese Frage ausdrücklich offen lassen wollte, ist nicht klar. Gegen eine Analogie spricht jedenfalls, dass das AGG bewusst zwischen Regelungen für das Arbeitsrecht und solchen für das Zivilrecht unterscheidet. Überzeugender ist somit die Gegenmeinung, die den Umkehrschluss zieht:

Da § 21 I 1 AGG einen Kontrahierungsanspruch anders als § 15 VI AGG eben nicht ausschließt, ist anzunehmen, dass die Norm einen solchen enthält.<sup>68</sup>

#### b) Sinn und Zweck

Ob ein Kontrahierungszwang auch dem Sinn und Zweck des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbotes entspricht, bemisst sich danach, worin das zentrale Anliegen der Regelungen zu sehen ist. Das Benachteiligungsverbot dient jedenfalls auch dazu, die Menschen vor einer persönlichen Herabwürdigung zu schützen.<sup>69</sup> Ein Abschlusszwang scheint hier auf den ersten Blick nicht förderlich, denn eine einmal geschehene Erniedrigung kann nicht ungeschehen gemacht werden. Hat aber der/die Benachteiligte weiterhin ein Interesse an dem verwehrtten Vertrag, würde die Herabwürdigung solange perpetuiert, wie ihm der Vertrag vorenthalten wird. Daher ist ein Kontrahierungszwang zum Schutz vor persönlicher Herabwürdigung geboten. Außerdem zeigt der Anspruch aus § 21 II 1 AGG auf Ersatz des materiellen Schadens, dass das Gesetz ebenfalls wirtschaftliche Interessen schützen soll.<sup>70</sup> Auch diesem Zweck kann der Kontrahierungszwang dienen.

#### c) Verfassungsrechtliche Betrachtung

Demnach spricht vieles dafür, § 21 I 1 AGG auch einen Kontrahierungszwang zu entnehmen. Jedoch könnten verfassungsrechtliche Bedenken dem entgegenstehen. Die Privatautonomie ist ein fundamentales Prinzip des Zivilrechts.<sup>71</sup> Sie wird durch die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG geschützt<sup>72</sup> und umfasst auch die negative Abschlussfreiheit<sup>73</sup>, also das Recht einen Vertragsabschluss abzulehnen. Ein Kontrahierungszwang ist als schwerwiegender Eingriff in dieses Recht anzusehen. Allerdings ist die allgemeine Handlungsfreiheit und somit auch die Privatautonomie – wie jedes Grundrecht<sup>74</sup> – nicht schrankenlos gewährleistet.<sup>75</sup> Der Gesetzgeber kann dann eine einschränkende Regelung treffen, wenn diese verhältnismäßig ist, die Bedeutung des dadurch verfolgten Zieles also nicht unangemessen in Hinblick auf den Eingriff ist.<sup>76</sup> Das AGG und der Kontrahierungszwang dienen zum einen der Sicherung von Interessen, die aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 II, III folgen und ebenfalls Verfassungsrang haben.<sup>77</sup> Außerdem wird nicht nur die Privatautonomie des/der Vertragsablehnenden eingeschränkt, sondern

<sup>62</sup> Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 21 Rn. 23.

<sup>63</sup> Kossak, Rechtsfolgen, 2009, S. 173.

<sup>64</sup> Armbrüster, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?, NJW 2007, 1494 (1495).

<sup>65</sup> Thüsing/von Hoff, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21 (21).

<sup>66</sup> Wendt/Schäfer, Kontrahierungszwang nach § 21 I 1 AGG?, JuS 2009, 206 (207).

<sup>67</sup> Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 21 Rn. 15.

<sup>68</sup> Wendt/Schäfer, JuS 2009, 206 (208).

<sup>69</sup> Thüsing/von Hoff, NJW 2007, 21 (25).

<sup>70</sup> Wendt/Schäfer, JuS 2009, 206 (208).

<sup>71</sup> Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2012, § 3 Rn. 49.

<sup>72</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 387 f.

<sup>73</sup> Looschelders, AT, 10. Aufl. 2012, § 3 Rn. 50.

<sup>74</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 222.

<sup>75</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 407 f.

<sup>76</sup> Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 (430).

<sup>77</sup> Wendt/Schäfer, JuS 2009, 206 (209).

gleichzeitig die des Diskriminierungsopfers erweitert.<sup>78</sup> Denn dieses hat nun tatsächlich und nicht nur theoretisch die Möglichkeit, seine/ihre positive Abschlussfreiheit auszuüben. Erst dadurch stehen sich zwei wirklich autonome Parteien gegenüber.<sup>79</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum diese Interessen und Rechte vollständig hinter die Privatautonomie des/der Benachteiligten zurücktreten sollten. Die Privatautonomie darf nicht zu einer diskriminierungsblinden Gesellschaft führen. Somit stehen der Annahme eines Kontrahierungszwangs auch keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen.

### VIII. Beweislastregel des § 22 AGG

Will der/die Benachteiligte seinen Anspruch vor Gericht durchsetzen, so muss er nach dem grundsätzlichen zivilrechtlichen Beweislastprinzip die anspruchsbegründenden

<sup>78</sup> Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, ZRP 2002, 290 (292); Wendt/Schäfer, JuS 2009, 206 (209).

<sup>79</sup> Baer, ZRP 2002, 290 (292).

den Tatsachen beweisen<sup>80</sup>, also auch, dass eine Benachteiligung wegen eines Merkmals stattgefunden hat.

In der Praxis wird der/die Anspruchssteller/in regelmäßig in Beweisnot geraten. Diesem Problem soll durch § 22 AGG Abhilfe geschaffen werden. Diese Norm verteilt die Beweislast in der Weise, dass die anspruchstellende Partei lediglich Indizien glaubhaft machen muss, die eine unzulässige Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale vermuten, also als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen.<sup>81</sup> Gelingt dies, muss die gegnerische Partei beweisen, dass eine solche Diskriminierung nicht erfolgt ist.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2005, § 22 Rn. 6.

<sup>81</sup> Hier herrscht Streit darüber, ob die Beweislastumkehr auch hinsichtlich des Vorliegens einer Benachteiligung gilt oder ob sie dem/der Anspruchssteller/in nur bezüglich der Kausalität zwischen Diskriminierungsmerkmal und Benachteiligung zu Gute kommt. Für ersteres sprechen sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Regelungen der Richtlinien, für letzteres dagegen die Gesetzesmaterialien, vgl. Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 3 Rn. 137.

<sup>82</sup> Wörl, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, § 11.

Fabian Jeschke\*

## Medienspezifische Bezüge des Kartellrechts

*Der Beitrag beleuchtet, welche Bedeutung das dem Wirtschaftsrecht zuzuordnende Kartellrecht für medienrechtliche Fragestellungen hat. Nach Darstellung der Regelungsziele und der wesentlichen Rechtsquellen des Kartellrechts orientiert er sich an dessen drei Regelungsgegenständen und veranschaulicht nach deren Vorstellung jeweils anhand von Beispielen, dass gegenwärtigen Gestaltungen medienbezogener Sachverhalte häufig kartellrechtliche Überlegungen zu Grunde liegen. Der Beitrag zeigt außerdem auf, wo sich ihrerseits medienspezifische Überlegungen unmittelbar in kartellrechtlichen Regelungen niedergeschlagen haben.*

### I. Einleitung

Eine auf Marktprozesse gestützte Wirtschaftsordnung wie die der Bundesrepublik kann nach allgemeiner Auffassung nicht ohne eine regulierende Umhegung auskommen. Diese Funktion nimmt in erster Linie das Kartellrecht wahr. Hintergrund kartellrechtlicher Regelungen ist die Gefahr, dass die Ballung ökonomischer Macht zu einer Beschränkung der Freiheiten aller anderen führt, als Abnehmer/-in, Anbieter/-in oder

Konkurrent/-in aufzutreten,<sup>1</sup> etwa indem der Zugang zu Märkten künstlich erschwert wird. Besonders nachteilig wirkt sich insofern Machtkonzentration bei infrastrukturellen Einrichtungen aus, da so Personen und Unternehmen gezielt bei der Wahrnehmung ihrer Freiheit benachteiligt werden können. Mit anderen Worten dürfen die Wettbewerbsbedingungen nicht durch ein Privatsubjekt einseitig und endgültig festgelegt werden. Neben diesem gesellschaftspolitischen Interesse ist ein funktionsfähiger Wettbewerb auch unter dem Gesichtspunkt gesamtwirtschaftlicher Wohlfahrt notwendig.<sup>2</sup> Eine optimale Verteilung von Ressourcen und die Erhaltung der Innovationsfähigkeit einer Volkswirtschaft sind nur dann gewährleistet, wenn sich die Produkte und deren Preise an den Präferenzen der Kunden orientieren. Das ist beispielsweise dann nicht mehr der Fall, wenn mangels Konkurrenz Preise beliebig festgesetzt werden können.

\* Dipl.-Jur., Referendar am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.

<sup>1</sup> Emmerich, Kartellrecht, 12. Aufl. 2012, § 1 Rn. 5.

<sup>2</sup> Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. Aufl. 2011, Einführung zum GWB, Rn. 63.