

Das im Jahr 2006 in Kraft getretene allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) greift auf verschiedenste Rechtsbereiche zu. Während seine Auswirkungen im Bereich des Arbeitsrechts oder des Mietrechts inzwischen zum Gegenstand vielfältiger Untersuchungen gemacht wurden, sind die Auswirkungen dieser Gesetzgebung im Bereich des Leistungssports bisher unerörtert geblieben. Der Verfasser wendet sich erstmals dieser Frage zu und klärt, inwieweit beispielsweise die Geschlechtertrennung im Leistungssport, der Umgang mit transsexuellen, zwischengeschlechtlichen oder behinderten Athleten, und Regelwerke zur Förderung von jungen Sportlern, die gleichzeitig ältere Sportler diskriminieren, in Einklang mit dem AGG zu bringen sind. Einen weiteren Schwerpunkt stellt der Diskriminierungsschutz von homosexuellen Athleten dar, einem Thema, das gerade im Kontext der Fußballbundesliga häufig diskutiert wird. Im Hinblick auf die zahlreichen Pflichten und schwerwiegenden Rechtsfolgen, welche das AGG statuiert, liefert der Verfasser im Kapitel „Rechte und Pflichten“ abschließend für Vereine, Verbände und Sportler eine Handlungsempfehlung, wie mit dem AGG im Leistungssport umzugehen ist.

*Prof. Dr. Martin Löhnig:* „Es handelt sich um eine wissenschaftliche Pionierleistung, gleichzeitig hat die Untersuchung das Zeug zum Standardwerk.“

*Prof. Dr. em. Udo Steiner (Bundesverfassungsrichter a.D.):* „Die Arbeit verdient ein besonderes Lob. Sie ist wohl-tuend „sportaffin“ konzipiert, stellt sich den rechtlichen Diskussionen und Problemen des Sports am Maßstab des AGG mit spürbarem Engagement, grundsätzlich und im Detail, fordert eine juristisch und sportlich wichtige Thematik wissenschaftlich auf einem eindrucksvollen Niveau.“

ISBN: 978-3-86646-402-5



9 783866 464025

Rechtskultur Dogmatik

Weichselgärtner: Das AGG im Leistungssport

Rechtskultur Dogmatik

1

Weichselgärtner

# Das AGG im Leistungssport

Diskriminierungen im Sport

Rechtskultur Dogmatik

Rechtskultur Dogmatik  
Band 1

Herausgegeben von  
Martin Löhnig (Regensburg)

## Über den Autor

Herr Dr. Florian Weichselgärtner, geboren am 19. Oktober 1980, ist Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (CVM) in einer renomierten Wirtschaftskanzlei in München. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind dort das Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, die Prozessführung und die Betreuung von Schieds- und Mediationsverfahren. Seine Begeisterung für das Sportrecht wurde im Rahmen seiner Ausbildung bei Herrn Rechtsanwalt Dr. Dirk-Reiner Martens geweckt, gründet jedoch auch in dem Umstand, selbst lange Zeit professionell Basketball gespielt zu haben.

Florian Weichselgärtner

# Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) im Leistungssport

Diskriminierungen im Sport



Meiner Familie

Bibliografische Informationen der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte Daten  
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.  
ISBN:

©2011 Edition Rechtskultur  
in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regenstauf  
[www.gietl-verlag.de](http://www.gietl-verlag.de)  
Satz und Gestaltung: Andreas Gietl, Regensburg  
ISBN: 978-3-86646-402-5

## VORWORT

Die Juristische Fakultät der Universität Regensburg hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2010/2011 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung wurde am 8. Juni 2011 abgelegt. Rechtsprechung und Schrifttum sind umfassend bis Ende Dezember 2010 und nachträglich bis Februar 2011 berücksichtigt.

Zunächst möchte ich mich bei Herrn Rechtsanwalt Dr. Dirk-Reiner Martens bedanken, der mir im Diskurs die Inspiraton zu dieser Dissertation gegeben hat.

Herrn Prof. Dr. Martin Löhnig, meinem Doktorvater, möchte ich an dieser Stelle sehr herzlich für die Förderung dieses Dissertationsprojekts und das damit verbundene Vertrauen danken. Ohne dessen Mut zur Betreuung dieses Themas, würde es dieses Buch wohl nicht geben. Bei Herrn Prof. Dr. Udo Steiner möchte ich mich für die Übernahme und die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens bedanken.

Mein besonderer Dank richtet sich an meine Familie und meine Freunde, die während meiner entbehrungsreichen Promotionszeit im hohen Maße Geduld aufgebracht und mich stets unterstützt haben. Besonders hervorheben möchte ich hierbei meine Frau, Sabine Weichselgärtner, und meinen Sohn, Elias Weichselgärtner. Ihnen widme ich meine Arbeit.

Landshut, den 8. Juni 2011

Dr. Florian Weichselgärtner





# INHALT

VORWORT	7
---------	---

I. EINLEITUNG	19
---------------	----

1. Allgemeines zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz	22
a. Entstehungsgeschichte	23
aa. Rechtslage vor Inkrafttreten des AGG	23
bb. Umsetzung von EU-Richtlinien	24
[1]. Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000	25
[2]. Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000	25
[3]. Richtlinie 2002/73/EG vom 23. September 2002	25
[4]. Richtlinie 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004	26
[5]. Umsetzung der Richtlinien in Deutschland durch das AGG	26
b. Kritik	26
aa. Mäßige Qualität	27
bb. Mängel der Richtlinien	28
cc. Einschränkung der Privatautonomie	28
dd. § 2 Abs. 4 AGG	29
ee. Mangelhafte Umsetzung der Richtlinien	31
2. Allgemeines zum Sportrecht	32
a. Sport und Arbeit	32
b. Zweispurigkeit des Sportrechts	34
aa. Verbandsautonomie, Art. 9 Absatz 1 GG	34
bb. Vorrang staatlicher Gesetze	35
cc. Grundsatz der getrennten Normenkreise	36

II. ANWENDBARKEIT DES AGG IM LEISTUNGSSPORT	39
---	----

1. Sachlicher Anwendungsbereich	39
a. Geltungsbereich	39
aa. Arbeitsrecht, § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AGG	40
[1]. Zugangsbedingungen, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG	40
[a]. Erwerbstätigkeit	40
[b]. Zugang zur selbständigen und unselbständiger Erwerbstätigkeit	41
[aa]. Zugangsbedingungen	42
[bb]. Zugang zur unselbständigen Erwerbstätigkeit	42
[cc]. Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit	44
[c]. Beruflicher Aufstieg	46
[d]. Bedeutung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG im Sport	47
[2]. Ausübungsbedingungen, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG	48

[a]. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen	48
[aa]. Bedingungen	48
[bb]. Arbeitsentgelt	48
[cc]. Entlassungsbedingungen	49
[dd]. Vereinbarungen und Maßnahmen	49
[b]. Umfang	49
[aa]. Auffangtatbestand	49
[bb]. Beschränkung auf unselbständige Erwerbstätigkeit	50
[c]. Bedeutung im Sport	50
[3]. Berufliche Bildung, § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG	51
[4]. Mitgliedschaft/Mitwirkung in berufsbezogenen Vereinigungen, § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG	52
bb. Allgemeines Zivilrecht, § 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8 AGG	54
cc. Konkretisierung/Erweiterung durch §§ 3, 18, 19 AGG	55
[1]. (Sexuelle) Belästigung nach § 3 Abs. 3 und 4 AGG	55
[2]. § 18 AGG	55
[a]. Sportvereinigungen	55
[b]. Aufnahme- und Mitwirkungsanspruch	56
[3]. § 19 AGG	57
b. Bereichsausnahmen, § 2 Abs. 2 und Abs. 4 AGG	58
aa. Sozialrecht/betriebliche Altersvorsorge, § 2 Abs. 2 AGG	58
[1]. Vorrang der Sonderregelungen im Sozialgesetzbuch, § 2 Abs. 2 S. 1 AGG	58
[2]. Vorrang des Betriebsrentengesetzes, § 2 Abs. 2 S. 2 AGG	59
bb. Kündigungsschutzrecht, § 2 Abs. 4 AGG	59
cc. Deklaratorischer Verweis auf sonstige Benachteiligungsverbote, § 2 Abs. 3 AGG	60
c. Zwischenergebnis	60
2. Persönlicher Anwendungsbereich	62
a. Beschäftigte nach § 6 Abs. 1 AGG	62
aa. Allgemeines	62
[1]. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG	62
[a]. Privatrechtlicher Vertrag	63
[aa]. Dienstvertrag	63
[bb]. Werkvertrag	63
[b]. Arbeit	63
[c]. Persönliche Abhängigkeit	65
[aa]. Grundsätze	65
[aaa]. „Grad“ der persönlichen Abhängigkeit	65
[bbb]. Kriterien für Unselbstständigkeit	65
[ccc]. Eigenart der jeweils ausgeübten Tätigkeit	68
[bb]. Abhängigkeiten im Sport	68
[aaa]. Indizien für Arbeitnehmereigenschaft	69
[bbb]. Indizien für Selbstständigkeit	69

[2]. Auszubildende, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AGG	69
[3]. Arbeitnehmerähnliche Personen, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG	70
[4]. Bewerber/Ausscheider für/aus einem Beschäftigungsverhältnis nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG	71
bb. Beschäftigtenverhältnisse im Sport	71
[1]. Grundsätzliches	72
[2]. Einzelfallbetrachtung	72
[a]. Mannschaftssportarten	72
[b]. Einzelsportler	74
[c]. Sportsoldat	76
[aa]. § 24 AGG	77
[aaa]. Beamtinnen und Beamte, § 24 Nr. 1 AGG	77
[bbb]. Richterinnen und Richter, § 24 Nr. 2 AGG	77
[ccc]. Zivildienstleistende und Kriegsdienstverweigerer, § 24 Nr. 3 AGG	78
[bb]. SoldGG/SGleiG	78
[cc]. Überlagerung mit privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen	79
cc. Zwischenergebnis	80
b. Arbeitgeber, § 6 Abs. 2 AGG	81
aa. Vereine	82
[1]. e.V. nach § 21 BGB	82
[2]. GmbH	83
[3]. Bedeutung von § 6 Abs. 2 S. 2 AGG	85
bb. Verbände	86
[1]. Organisationsform	86
[a]. Traditionelle Organisationsform	86
[b]. Moderne Erscheinungsformen	87
[aa]. Fußball	87
[bb]. Basketball	88
[cc]. Eishockey	88
[dd]. Volleyball	88
[ee]. Handball	89
[c]. Einbeziehung des Sportlers	90
[2]. Arbeitgeberbereignschaft	92
[a]. Arbeitsrechtlicher Meinungsstand	92
[aa]. Lizenzsport	92
[bb]. Nationalmannschaft	94
[b]. Abweichung durch § 6 Abs. 2 S. 2 AGG – Einsatz in Nationalmannschaften	94
[aa]. Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung	95
[aaa]. Allgemeines	95
[bbb]. Gewerbsmäßigkeit nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG	95
[ccc]. Leiharbeitsvertrag	97

[ddd]. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	98
[bb]. Stellungnahme	99
[3]. Zwischenergebnis	100
cc. Veranstalter/Sponsor	101
[1]. Veranstalter	101
[2]. Sponsoren	102
[3]. Zusammenfassung	104
c. Selbstständige, § 6 Abs. 3 AGG	105
d. Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs, § 18 Abs. 1 AGG	105
aa. Monopolistische Sportvereinigungen	105
bb. Mitglieder	107
e. Benachteiligte im allgemeinen Zivilrechtsverkehr	108
f. Dritte	109
3. Zeitlicher Anwendungsbereich, § 33 AGG	109
a. Anspruchsgrundlagen vor Inkrafttreten	110
b. Übergangsregelung § 33 AGG	110
aa. Übergangsregeln zum arbeitsrechtlichen Teil, § 33 Abs. 1 AGG	110
bb. Übergangsregeln zum zivilrechtlichen Teil, § 33 Abs. 2 und 3 AGG	110
cc. Übergangsregeln für privatrechtliche Versicherungen, § 33 Abs. 4 AGG	111
c. Maßgeblicher Zeitpunkt	111
aa. Arbeitsrecht	111
bb. Zivilrecht	112
d. Zwischenergebnis	113
4. Zusammenfassung zur Anwendbarkeit des AGG im Leistungssport	113

### III. DISKRIMINIERUNG IM LEISTUNGSSPORT

117

1. Diskriminierungsgründe nach § 1 AGG	117
a. Rasse	118
b. Ethnische Herkunft	120
aa. Begriffsbestimmung anhand völkerrechtlicher Abkommen	120
bb. Staatsangehörig nicht umfasst	121
cc. Bedeutung im Sport	122
c. Geschlecht	123
aa. Begriff und Reichweite	123
bb. Anwendungsfälle im Sport	124
[1]. Unterscheidung zwischen Männer- und Frauenwettkampf	124
[2]. Intersexuelle Athleten	124
[3]. Transsexuelle Athleten	127
d. Religion oder Weltanschauung	127
aa. Begriff	127
bb. Bedeutung im Sport	130

e. Behinderung	131
aa. Begriff	131
bb. Bedeutung im Sport	134
f. Alter	136
aa. Begriff	136
bb. Bedeutung im Sport	136
g. Sexuelle Identität	139
aa. Begriff	139
bb. Keine Verpflichtung zur Offenlegung der sexuellen Identität	141
cc. Bedeutung im Sport	142
[1]. Transsexuelle/Hermaphroditen	142
[2]. Homosexualität im Spitzensport	142
2. Diskriminierungsformen / Begriffsbestimmung, § 3 AGG	144
a. Benachteiligung	145
aa. Unmittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 1 S. 1 AGG	145
[1]. (Hypothetische) Vergleichbare Situation	145
[2]. Weniger günstige Behandlung	146
[3]. Motivation aus in § 1 AGG genannten Gründen	146
[4]. Sport	147
[a]. Auswahlentscheidungen	147
[b]. Allgemeine Vorgaben	148
[c]. Maßnahmen	148
[d]. Jugendförderung	149
[e]. Wettkampfbedingungen	150
[aa]. Ausschluss von intersexuellen Athleten	150
[bb]. Geschlechtsbezogene Trennung	151
[cc]. Staatsangehörigkeit	152
[f]. Verachtende Verhaltensweisen nicht umfasst	152
bb. Mittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 2 AGG	153
[1]. Begriffsbestimmung und Abgrenzung zur verdeckten Benachteiligung	153
[2]. Feststellung einer benachteiligenden Wirkung	154
[3]. Bedeutung im Sport	155
[a]. Oscar Pistorius – IAAF Regel 144.2	156
[b]. Casey Martin	156
b. Belästigung	157
aa. Belästigung, § 3 Abs. 3 AGG	157
[1]. Allgemeines	157
[2]. Bedeutung im Sport	159
bb. Sexuelle Belästigung, § 3 Abs. 4 AGG	161
[1]. Allgemeines	161
[2]. Bedeutung im Sport	162

c. Anweisung zur Benachteiligung, § 3 Abs. 5 AGG	164
aa. Allgemeines	164
bb. Sport	166
3. Personenkreis	167
a. Allgemeiner Meinungsstand	168
b. Konsequenzen für den Sport	169
aa. Arbeitgeber	169
bb. Dritte	170
[1]. Fans	170
[2]. Verband	170
[3]. Sponsoren	171
[4]. Trainer	171
[5]. Sonstige	171
c. Haftung von Dritten	171
4. Rechtfertigungsmöglichkeiten	174
a. Rechtmäßiges Ziel, § 3 Abs. 2 AGG	174
aa. Mittelbare Benachteiligung	175
bb. Rechtmäßige Ziele	175
[1]. Anerkannte Ziele	176
[2]. Rechtmäßige Ziele im Sport	176
[a]. Kollision unternehmerischer und sportlicher Wertvorstellungen	177
[b]. Jugend- und Nachwuchsförderung	178
[c]. Vergleichbarkeit der Leistungen	179
[d]. Chancengleichheit/Ungewissheit der Ergebnisse/Ausgewogenheit	180
[aa]. Rechtsprechung des EuGH	180
[bb]. Art. 3 Abs. 3 GG	181
[cc]. Verzichtsmöglichkeit auf Chancengleichheit	182
[e]. Körperliche Unversehrtheit der Athleten	183
[aa]. Anerkanntes Ziel	183
[bb]. Verzichtsmöglichkeiten – Selbstbestimmungsrecht des Sportlers	184
[cc]. Zwischenergebnis	187
[f]. Durchführbarkeit der Wettkämpfe	187
[g]. Tradition und Praxis	188
[h]. Natur des Wettkampfes	190
[i]. Zwischenergebnis	191
cc. Verhältnismäßigkeit	192
[1]. Grundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung	192
[a]. Geeignetheit und Erforderlichkeit	192
[b]. Angemessenheit	193
[2]. Mittel i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG im Sport	193
[a]. Rechtsprechung des EuGH	193

[b]. Regelungen zum Ausschluss von behinderten Athleten	194
[aa]. Rechtmäßige Ziele und Geeignetheit	194
[bb]. Erforderlichkeit und Angemessenheit	195
[cc]. Beschränkungsmöglichkeiten	196
[3]. Zwischenergebnis	197
b. Berufliche Anforderungen nach § 8 AGG	198
aa. Allgemeines	199
bb. Auswirkungen im Sport	201
[1]. Physische Konstitution	201
[2]. Geschlecht	202
[a]. Geschlechtsbezogene Trennung	202
[b]. Ausschluss von intersexuellen oder transsexuellen Athleten	206
[aa]. Ausgangslage	206
[bb]. Rechtmäßiger Zweck	207
[cc]. Geeignetheit	208
[dd]. Erforderlichkeit	208
[ee]. Angemessenheit	210
[ff]. Zwischenergebnis	211
[3]. Verbandsvorgaben/Wettkampfbedingungen	212
[a]. Keine rechtliche Unmöglichkeit	213
[b]. Umgang mit allgemein verbindlichen Regelwerken	214
[aa]. EuGH	214
[bb]. BAG	216
[cc]. § 15 Abs. 3 AGG	217
[dd]. § 18 Abs. 1 AGG	218
[ee]. Zwischenergebnis	218
[c]. Mögliche Vorgehensweisen	219
[aa]. Maßgeblichkeit des Anspruchsziels	219
[bb]. Anspruchsgegner / Rechtsweg	220
[aaa]. Arbeitgeber	220
[bbb]. Verband	220
[ccc]. Auswirkung von § 12 Abs. 4 AGG	221
[d]. Zwischenergebnis	224
[4]. Tradition	224
[5]. Fall der „Kundenerwartungen“	224
cc. Geringere Vergütung wegen Diskriminierungsgründen, § 8 Abs. 2 AGG	226
dd. Zwischenergebnis	227
c. Religion und Weltanschauung, § 9 AGG	228
d. Alter, § 10 AGG	229
aa. Allgemein	229
bb. Jugend- und Nachwuchsförderung als legitimes Ziel	230



cc. Verhältnismäßigkeit	230
[1]. Österreichische U24-Regelung im Eishockey	231
[2]. U24-Ausbildungsfonds der BBL	232
e. Positive Maßnahme nach § 5 AGG	236
aa. Allgemeine Voraussetzungen	236
bb. Einführung von Beschäftigungsquoten im Sport?	237
cc. Rechtfertigung für Ausschluss von Hermaphroditen/Transsexuellen	237
dd. Umkehr der Beweislast / Zulassung unter Vorbehalt	238
f. Zwischenergebnis	240
5. Zusammenfassung zu Diskriminierungen im Leistungssport	242

#### IV. RECHTE UND PFLICHTEN

245

1. Arbeitgeber	245
a. Ausschreibung, § 11 AGG	245
b. Maßnahmen, § 12 AGG	247
aa. Erforderliche Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen, § 12 Abs. 1 AGG	247
[1]. Organisations- und Aufklärungspflicht	248
[2]. Konkrete Maßnahmen im Bereich des Sports	248
[a]. Einrichtung von Beschwerde- bzw. Beratungsstellen	249
[b]. Verhaltenskodex	252
[c]. Vertragsgestaltung	253
[d]. Durchführung von Aufklärungs-Kampagnen	253
[e]. Zusammenarbeit mit Dachverbänden	254
[f]. Vorkehrungen in Stadien und Hallen	254
[g]. Sonstige Maßnahmen	255
bb. Hinweise, Hinwirkung, Schulungen, § 12 Abs. 2 AGG	255
[1]. Konkretisierung präventiver Schutzpflichten	256
[2]. Exkulpationsmöglichkeit, § 12 Abs. 2 S. 2 AGG	256
[3]. Schulungsmöglichkeiten im Sport	257
cc. Arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen Beschäftigte, § 12 Abs. 3 AGG	258
[1]. Reaktionspflichten gegenüber Beschäftigten	258
[2]. Beispiele im Profisport	259
dd. Maßnahmen gegen Dritte, § 12 Abs. 4 AGG	261
[1]. Umfang	261
[2]. Konkrete Maßnahmen im Sport	262
ee. Pflicht zur Bekanntmachung, § 12 Abs. 5 AGG	263
c. Anspruch auf Durchführung der Maßnahmen	265
2. Beschäftigte	266
a. Beschwerderecht, § 13 AGG	266
b. Leistungsverweigerungsrecht, § 14 AGG	268

c. Schadensersatz und Entschädigung, § 15 AGG	269
aa. Schadensersatz, § 15 Abs. 1 AGG	269
[1]. Umfang der Schadensersatzpflicht, § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG	270
[2]. Vertretenmüssen, § 15 Abs. 1 S. 2 AGG	273
[a]. Pflichtverletzungen des Arbeitgebers	273
[b]. Pflichtverletzungen durch Dritte	274
[3]. Mögliche Haftungsfälle im Profisport	274
bb. Entschädigung, § 15 Abs. 2 AGG	277
[1]. Allgemein	277
[a]. Verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers	277
[b]. Bemessung der Entschädigung	278
[2]. Bedeutung im Profisport	279
cc. Frist zur Geltendmachung, § 15 Abs. 4 AGG	280
d. Ansprüche aus anderen Rechtsvorschriften, § 15 Abs. 5 AGG	281
e. Maßregelungsverbot, § 16 AGG	281
f. Inanspruchnahme der Antidiskriminierungsstelle, § 27 AGG	282
g. Klageerhebung	284
aa. Rechtsweg	284
[1]. Arbeitgeber	284
[2]. Dritte	284
bb. Frist, § 61 b Abs. 1 ArbGG	285
cc. Beweislast, § 22 AGG	286
3. Monopolistische Sportvereinigungen, § 18 Abs. 1 AGG	287
4. Dritte	288
5. Zwischenergebnis	290
<b>V. ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>295</b>
<b>VI. SCHLUSSWORT UND AUSBLICK</b>	<b>301</b>
<b>ABKÜRZUNGEN</b>	<b>303</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>309</b>



## I. EINLEITUNG

Während die Ausübung von Freizeitsport der Erholung, Gesundheit und Leistungssteigerung dient, so sind die Zielsetzungen im Leistungssport anderer Natur. Die Kommerzialisierung des Sports hat diesen zu einem bedeutenden Wirtschaftsfaktor werden lassen und zu einem Wandel der Wertvorstellungen geführt. In vielen Bereichen wird Leistungssport nicht mehr zur Steigerung der Fitness, sondern allein zu Erwerbszwecken betrieben. Es ist daher mittlerweile anerkannt, dass sportliche Betätigung im bezahlten Sport als Arbeit bzw. als Beruf im Sinne von Art. 12 GG zu qualifizieren ist.<sup>1</sup> Insgesamt hat die Kommerzialisierung eine Verrechtlichung des Sportgeschehens bewirkt.<sup>2</sup> Dennoch gewinnt man im Berufssport oft den Eindruck, als würden dort allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze keine Anwendung finden. Betrachtet man beispielsweise das Phänomen des Trainerkarussells in der Fußballbundesliga, dort werden Trainer bei Erfolglosigkeit der Mannschaft beinahe im Minutentakt ausgewechselt, so könnte man glauben, dass dort arbeitsrechtliche Grundsätze zur Befristung und zum Kündigungsschutz keine Anwendung finden.<sup>3</sup> Einen rechtsfreien Raum gibt es allerdings auch im Profisport nicht. So sind Berufssportler vor allem im Bereich der Mannschaftssportarten als normale Arbeitnehmer zu qualifizieren. Für diese gelten grundsätzlich dieselben Schutzvorschriften wie für alle anderen Arbeitnehmer aus alltäglichen Berufsfeldern auch. Dennoch ereignen sich im Profisport beinahe täglich Verstöße gegen das Arbeitsrecht, was das Schrifttum dazu veranlasst hat, eigens für den Bereich des Sports Ratgeber zu veröffentlichen.<sup>4</sup> Wenig Beachtung hat dabei bislang das im Arbeitsrecht sonst so häufig diskutierte Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gefunden, dessen Ziel es ist, 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. Dies ist verwunderlich, scheinen doch gerade im Sport Verstöße gegen das AGG offensichtlich zu sein.

So stellt sich beispielsweise die Frage, wie der Fall Birgit Prinz, Weltfußballerin der Jahre 2003, 2004 und 2006, vor einem Arbeitsgericht entschieden worden wäre, nachdem man(n) ihr 2003 verboten hatte, ein finanziell sehr lukratives Angebot des AC Perugia anzunehmen und in der italienischen Männerliga zu spielen. Besagt doch § 1 AGG gerade, dass Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts unzulässig sind. Ferner sieht § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG vor, dass ein diskriminierungsfreier und somit gleichberechtigter Zugang zur unselbstständigen und selbstständigen Erwerbstätigkeit gewährleistet werden muss. Kann einer Frau somit der Zugang zur finanzstärkeren 1. Fußballbundesliga

<sup>1</sup> BVerfGE 14, S. 22; 22, S. 287; BGH NJW 1999, S. 3552.

<sup>2</sup> Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 240, RN 1.

<sup>3</sup> Hierzu ausführlich Weichselgärtner, Der Trainerwechsel im Profisport aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2009, S. 11 ff.

<sup>4</sup> Z.B. Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006; Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2009; Nolte, Handbuch Sportrecht, 2009; Pfister/Steiner, Sportrecht A-Z, 1995; Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007.

der Herren überhaupt verwehrt werden? Der Weltfußballverband begründet den Ausschluss mit dem Argument, dass wegen den körperlichen Unterschieden zwischen den Geschlechtern eine absolute geschlechtsbezogene Trennung zur Wahrung der Gesundheit der Spielerinnen notwendig sei. Diese Begründung ist bereits ohne vertiefte juristische Betrachtung fragwürdig. Stellt man sich einen Zusammenprall zwischen dem Fußballspieler Marko Marin (Körpergröße 1,70 m) und der Fußballspielerin Birgit Prinz (Körpergröße 1,79 m) vor, sind Verletzungen in dieser Konstellation wohl eher beim männlichen als beim weiblichen Geschlecht zu befürchten. Das Beispiel verdeutlicht, dass anhand des Geschlechts keine pauschale Aussage über die Gesundheitsgefährdung getroffen werden kann. Ferner ist zu berücksichtigen, dass Frauen in anderen, weitaus körperbetonen Sportarten zum Wettkampf der Herren zugelassen werden. So sieht das Regelwerk der Deutschen Eishockeyliga mit Art. 51 Nr. 10 DEB-Satzung vor, dass Frauen und Mädchen aller Altersklassen gemeinsam mit männlichen Spielern entsprechend ihrer Altersklasse in ein und derselben Mannschaft spielen dürfen. Diese Regelung hat es beispielsweise Maren Valenti ermöglicht, als weiblicher Profi in der Bundesliga der Herren aktiv zu werden. Zu Komplikationen kam es in ihrer aktiven Zeit nicht, was die Vermutung nahe legt, dass im Fußball wohl eher traditionelle als sachliche Gründe hinter der absoluten geschlechtsbezogenen Trennung stecken.

Ähnlich gelagert ist der Ausschluss von behinderten Athleten vom Wettkampf der Nicht-Behinderten. Auch dort erfolgt ein Ausschluss meist mit dem pauschalen Hinweis auf die Behinderung. Bemüht man sich im normalen Arbeitsleben um eine Integration behinderter Menschen, so könnte man im Sport den Eindruck gewinnen, dass dort eine klare Abgrenzung zwischen gesunden und behinderten Athleten stattfinden soll. Ein Beispiel liefert der südafrikanische Sprinter und Weltrekordhalter Oscar Pistorius. Aufgrund eines Gendefektes fehlten ihm seit Geburt die Wadenbeine, weshalb im Alter von 11 Monaten die Beine amputiert wurden. Pistorius startete zunächst überaus erfolgreich bei den Paralympischen Spielen und bezeichnete sich selbst nie als behindert, sondern nur als Sportler ohne Beine. Nachdem er Zeiten erreichte, die mit gesunden Sprintern durchaus mithalten konnten, fasste er den Entschluss, an den Olympischen Spielen in Peking 2008 teilzunehmen. Diesen Wunsch verwehrt der Weltleichtathletikverband IAAF zunächst, und man verwies Pistorius auf die Paralympischen Spiele. Anstatt Integrationsmöglichkeiten zu prüfen, behauptete der Weltverband, dass die Beinprothesen Pistorius gegenüber gesunden Athleten einen unfairen Vorteil verschaffen würden. Erst nach einer Entscheidung des CAS und einem aufwendigen Gutachten, das bestätigte, dass Pistorius keinen Vorteil aus der Verwendung der Prothesen habe, wurde ihm die Teilnahme an den Wettkämpfen von gesunden Athleten gestattet. Ein derartiger Fall ist mit David Behre, einem ebenfalls sehr erfolgreichen beinamputierten Sprinter, auch in Deutschland denkbar.<sup>5</sup>

Einen offenkundigen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot stellt ferner die Diskriminierung von homosexuellen Athleten dar. So kündigt sich seit mehreren Jahren in

---

<sup>5</sup> Hahn, Ein potentieller Pistorius, Süddeutsche Zeitung, Nr. 17, 22./23.1.2011.

---

der Fußballbundesliga ein „Coming-Out“ homosexueller Profifußballspieler an.<sup>6</sup> Trotz zahlreicher Versuche der Enttabuisierung ist es bislang nicht zu einem „Coming-Out“ eines aktiven Erst- oder Zweitligafußballspielers in Deutschland gekommen. Aufgrund der vorherrschenden Homophobie im Fußball ist die Angst der Spieler vor Drangsalierungen durch Fans und Mitspieler, oder gar einem frühzeitigen Karriereende, zu groß.<sup>7</sup> Diese Angst ist nicht unberechtigt. So beendete Marcus Urban – dieser galt als großes Fußballtalent und stand bis Anfang der 90er Jahre beim Zweitligisten Rot-Weiß Erfurt unter Vertrag – plötzlich seine Karriere, da er dem Druck nicht mehr gewachsen war. Erst Jahre später gestand er ein, dass der Grund für sein vorzeitiges Karriereende seine Homosexualität gewesen sei.<sup>8</sup> Als abschreckendes Beispiel geht sicherlich auch das öffentliche Bekenntnis des englischen Profis Justin Fashanu voran, welches letztlich, nach Provokationen durch Fans und der Entlassung durch seinen Verein im Jahre 1998, mit dessen Selbstmord endete.<sup>9</sup> Keiner der Betroffenen möchte sich in der Männerwelt des Fußballs angreifbar machen, weshalb homosexuelle Fußballer sogar Scheinbeziehungen und Scheinehen führen.<sup>10</sup> Der psychische und physische Druck, der durch dieses Doppelleben entsteht, ist für die Spieler enorm. Sprechgesänge wie „Schwule Sau“, „Schwuchtel“ und „Spiel nicht so schwul“ sind in Stadien keine Seltenheit. Nirgendwo sonst in der Gesellschaft - außer im Sport - wird es toleriert, wenn andere Menschen aufs Übelste beschimpft werden. In keinem anderen Bereich äußern sich Kollegen und Vorgesetzte diskriminierender als dort. So tätigt der ehemalige Hertha-Profi Axel Kruse Aussagen wie: „Fußball ist echter Männersport, und nichts für Tunten“. Rudi Assauer, ehemaliger Manager des FC Schalke 04 riet homosexuellen Fußballern, sich einen neuen Job zu suchen. In der Presse führte er hierzu aus: „Im Fußball funktioniert das nicht. Die, die sich outen, werden plattgemacht. Von ihren Mitspielern und von den Leuten im Stadion. Diese Hetzjagd sollte man sich ersparen.“<sup>11</sup> Auch gestandene Trainer wie Christoph Daum äußern sich in der Presse erniedrigend über Homosexuelle.<sup>12</sup> In ihrer Gesamtheit verdeutlichen die Äußerungen, welche Binnenstruktur im Fußball vorherrscht. Homosexuelle haben aufgrund der extremen Homophobie in der Machowelt des Fußballs schwere Folgen für sich und ihre Karriere zu befürchten.<sup>13</sup> Diskriminierungen drohen ihnen hierbei nicht nur durch schwulenfeindliche Fans, sondern – dies machen die Äußerungen vieler Trainer und Spieler deutlich - auch durch ihre Mannschaftskollegen, Trainer, Betreu-

---

<sup>6</sup> Lück, Homosexualität im Fußball – Warten auf das Coming-Out, Spiegel-Online, 29.10.2004; Bogena, Marcus Urban: Drei homosexuelle Fußballer sind mir bekannt, Welt-Online, 11.11.2007; Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010.

<sup>7</sup> Todt, Hartmann-Tews: Schwulen Fußballern droht Drangsalierung, Spiegel-Online, 17.5.2005.

<sup>8</sup> Bogena, Marcus Urban: Drei homosexuelle Fußballer sind mir bekannt, Welt-Online, 11.11.2007.

<sup>9</sup> Heitmann, Kopfgeld für den ersten Schwulen, News.de, 15.7.2009.

<sup>10</sup> Süddeutsche Zeitung, Schwulenfeindlichkeit, Nr. 158, 13.7.2009, S. 24; Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010.

<sup>11</sup> Lobe, Die archaische Welt des Fußballs, Zeit-Online, 17.3.2010.

<sup>12</sup> Theweleit, Daum-Äußerungen verärgern Homosexuelle, Spiegel-Online, 25.5.2008.

<sup>13</sup> Süddeutsche Zeitung, Schwulenfeindlichkeit, Nr. 158, 13.7.2009, S. 24; Heitmann, Kopfgeld für den ersten Schwulen, News.de, 15.7.2009.

er und Sponsoren. Gerade auch vor solchen, die sexuelle Identität betreffende, Benachteiligungen will das AGG im normalen Arbeitsleben schützen.

Im Bereich des Profisports ergeben sich somit im Zusammenhang mit dem AGG eine Reihe von interessanten Fragestellungen. So besagt der Gesetzeswortlaut in § 12 Abs. 1 Satz 1 AGG, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu treffen. Aber wie weit reicht diese Verpflichtung im Bereich des Sports? Ist ein Sportler doch einer Vielzahl an Störquellen (Verband, Trainer, Kollegen, Fans etc.) ausgeliefert, denen ein Arbeitgeber im Sport nur schwerlich vorbeugen kann. Weiter heißt es in § 12 Abs. 4 AGG, dass der Arbeitgeber geeignete Maßnahmen treffen muss, wenn eine Benachteiligung durch einen Dritten erfolgt. Muss ein Verein daher als Arbeitgeber gegen seinen Dachverband vorgehen, wenn letzterer diskriminierende Regelwerke erlässt? Muss ein Fußballverein Maßnahmen im Stadion ergreifen, wenn der Torwart aufgrund seines rosa Trikots als „Schwuchtel“ bezeichnet wird? Darf man einem zwischengeschlechtlichen Athleten die Teilnahme am Wettkampf der Frauen oder Männer im Hinblick auf das in § 7 Abs. 1 AGG verankerte Benachteiligungsverbot verbieten? Ist Jugendförderung im Bereich des Profisports eine Altersdiskriminierung?

Mit diesen und einer Reihe von weiteren Fragen wird sich die folgende Ausarbeitung beschäftigen. Ein Augenmerk liegt dabei auf der Anwendbarkeit des AGG im Leistungssport, den Rechtfertigungsmöglichkeiten und den Auswirkungen für Sportler, Vereine, Fans und Sponsoren. Die Ausführungen unter IV. („Rechte und Pflichten“) sollen dabei als Hilfestellung für Vereine und Sportler im Umgang mit dem AGG dienen. Dort wird mitunter ausführlich erörtert, welche präventiven und repressiven Maßnahmen Arbeitgeber im Bereich des Sports aufgrund des AGG zu treffen haben, und wie hierdurch nicht nur Benachteiligungen, sondern vor allem Haftungsfälle vermieden werden können.

Für ein erleichtertes Verständnis der späteren Ausführungen wird zunächst ein Überblick zum AGG und dem Sportrecht im Allgemeinen gegeben.

## **1. Allgemeines zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz**

Kaum ein anderes Gesetz hat auf dem Gebiet des Arbeitsrechts so viel kontroversen Diskussionsstoff geliefert, wie das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Zwar blieb die Klageflut, vor der die Gegner dieses Gesetzes gewarnt hatten, aus.<sup>14</sup> Dennoch sind sich die meisten Personalberater einig, dass das Thema Diskriminierung aufgrund der drohenden Haftung bald auf Platz 1 der Prioritätenliste der Unternehmen stehen wird.<sup>15</sup>

Weiteren Diskussionsstoff könnte die nachfolgende Untersuchung liefern. Zwar ist das Sportrecht weitgehend europarechtlich geprägt, weshalb auf den meisten Sportveranstaltungen und Tagungen immer wieder neuste Entscheidungen des EuGH und die

<sup>14</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, im Vorwort zur 2. Auflage; Zander, Viel Wirbel um nichts, Der Tagesspiegel, 18.2.2007.

<sup>15</sup> Wisskirchen, AGG, 2006, S. 7.

Vereinbarkeit verschiedenster Vorgehensweisen mit dem Europarecht diskutiert werden. Jedoch haben viele europarechtliche Grundsätze bereits durch nationale Regelungen Einzug in Deutschland gefunden. So ist auch das AGG als Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) zum 18. August 2006 in Kraft getreten. Ein Verstoß gegen das im AGG verankerte Benachteiligungsverbot führt somit bereits zu einem Verstoß gegen deutsches Recht und kann somit auch durch deutsche Gerichte sanktioniert werden.

### a. Entstehungsgeschichte

Das AGG selbst ist am 18. August 2006 zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) in Kraft getreten. Kernstück dieses Gesetzes ist das in Art. 1 enthaltene AGG. Dabei sind die Gesetzesüberschriften allerdings nicht ganz richtig. Denn tatsächlich geht es um den Schutz vor Benachteiligung im Arbeitsleben und im Zivilrechtsverkehr. Auch bietet das AGG keinen umfassenden Schutz, sondern schützt nach Vorgabe des europäischen Richtliniengebers allein vor Benachteiligung auf Grund bestimmter Merkmale, nämlich Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Identität.<sup>16</sup>

#### aa. Rechtslage vor Inkrafttreten des AGG

Vor dem Inkrafttreten des AGG in Deutschland existierte - anders als in den meisten anderen Staaten - zwar keine umfassende Antidiskriminierungsgesetzgebung.<sup>17</sup> Dennoch war der Schutz der Beschäftigten vor Diskriminierungen dem deutschen Arbeitsrecht bis dato nicht fremd. Allerdings waren bzw. sind die unterschiedlichen Regelungen für mehrere, meist isoliert betrachtete Themen der Antidiskriminierung auf einzelne Gesetze verteilt.<sup>18</sup>

Unter Verweis auf Art. 3 GG hat das BAG in ständiger Rechtsprechung beispielsweise ein umfassendes Gleichbehandlungsgebot im Arbeitsrecht etabliert. Der zunächst nur unmittelbaren Geltung des Grundgesetzes im Verhältnis Bürger - Staat wurde hierbei durch Anwendung sog. Generalklauseln im BGB, wie z.B. §§ 242, 138 BGB, auch zur mittelbaren Geltung im Verhältnis Arbeitnehmer - Arbeitgeber verholten.<sup>19</sup>

Auch war dem Arbeitgeber nach § 611 a BGB a.F. bereits vor Einführung des AGG die geschlechtsbezogene Benachteiligung verboten. Zudem war es wegen § 611 b BGB a.F. auch schon zu diesem Zeitpunkt rechtswidrig, eine Stellenausschreibungen nur für Män-

---

<sup>16</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, im Vorwort zur 1. Auflage.

<sup>17</sup> Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S.41.

<sup>18</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2583; Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 41.

<sup>19</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2583; Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 41.



ner oder nur für Frauen zu schalten. Darüber hinaus wurde Männern und Frauen Schutz vor sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz bisher auch durch das BeschSchG gewährt.

Die Rehabilitation und die Teilhabe behinderter Menschen sind im SGB IX geregelt. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX enthält hierbei ausdrücklich das Verbot der Benachteiligung wegen Behinderung.

Bereits nach §§ 75 Abs. 1, 80 Abs. 1 BetrVG trifft den Arbeitgeber und den Betriebsrat die Pflicht, über das Verbot unterschiedlicher Behandlung aufgrund der Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischer oder gewerkschaftlicher Betätigung oder Einstellung, Geschlecht oder sexueller Identität zu wachen. Für leitende Angestellte gilt darüber hinaus § 27 Abs. 1 SprAuG. Demnach hat jede Benachteiligung von Personen aus Gründen der Rasse oder wegen ihrer ethnischen Herkunft, ihrer Abstammung oder sonstigen Herkunft, ihrer Nationalität, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihrer Behinderung, ihres Alters, ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität zu unterbleiben. Die Einhaltung ist sowohl durch den Arbeitgeber, als auch durch den Sprecherausschuss zu überwachen. Selbiges gilt nach dem § 67 BPersVG. Hiernach hat eine Überwachung hinsichtlich des Verbots unterschiedlicher Behandlung wegen Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischer oder gewerkschaftlicher Betätigung oder Einstellung oder Geschlecht durch die Dienststelle oder Personalvertretung zu erfolgen.

Aktuell schützen ferner das TzBfG und das KSchG vor Diskriminierungen. So soll das TzBfG beispielsweise verhindern, dass teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer gegenüber ihren vollzeitbeschäftigten Kollegen benachteiligt werden. Auch das KSchG bietet mittelbaren Schutz vor Diskriminierung.<sup>20</sup> Zwar enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Regelungen im Hinblick auf ein Benachteiligungsverbot. Dennoch gewährt das Erfordernis einer sozialen Rechtfertigung der Kündigung in § 1 Abs. 1 KSchG einen gewissen Schutz vor Benachteiligung, indem man innerhalb der Wirksamkeitsprüfung der Kündigung Diskriminierungsgründe zu berücksichtigen hat. Ferner hat eine Berücksichtigung von Diskriminierungsgründen bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit innerhalb von § 13 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu erfolgen.<sup>21</sup> Zuletzt gewährt das BGleG einen mittelbaren Schutz vor Diskriminierung, indem es Fördermaßnahmen gegen Diskriminierung innerhalb der Bundesverwaltung regelt.<sup>22</sup>

### *bb. Umsetzung von EU-Richtlinien*

Wie der Name des Artikelgesetzes vom 14. August 2006 verdeutlicht, beruht die Einführung des AGG auf der Notwendigkeit, europäische Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in deutsches Recht umzusetzen.

<sup>20</sup> Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 43.

<sup>21</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2584; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 36 zu § 2 AGG.

<sup>22</sup> Stuber, Das AGG in der betrieblichen Praxis, 2006, S. 228 ff.; Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 43.

Gem. Art. 13 EG-Vertrag<sup>23</sup> ist der Rat der Europäischen Union ermächtigt, im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten, Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Ferner verpflichtet Art. 141 EG-Vertrag die Mitgliedsstaaten, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen.

Auf Grundlage dieser Vorschriften hat der Rat die Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2003, die Rahmen-Richtlinie Beschäftigung 2000/78/EG vom 27. November 2000, die revidierte Gleichbehandlungs-Richtlinie 2002/73/EG vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG und die „Unisex-Richtlinie“ 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004 beschlossen.

*[1]. Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000*

Die Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 hat die Diskriminierungsgründe Rasse und ethnische Herkunft zum Gegenstand und wird daher auch als sog. „Antirassismus-Richtlinie“ bezeichnet.<sup>24</sup> Sie gilt gem. Art. 3 für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen. Der Anwendungsbereich erstreckt sich hierbei in die Rechtsgebiete des Arbeits- und Sozialrechts, sowie umfassend in das Zivilrecht. Inhaltlich betrifft die Richtlinie die Beschäftigung, den Beruf, die Bildung, Gesundheit- und Sozialleistungen und den Zugang zu den öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen. Ausdrücklich erfasst wird hierbei mit Art. 3 Abs. 1 h) Wohnraum. Als Umsetzungsfrist wurde gem. Art. 16 der 19. Juli 2003 bestimmt.

*[2]. Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000*

Die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 regelt ausschließlich die Diskriminierung aufgrund der Merkmale Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Identität.<sup>25</sup> Da sie gem. Art. 3 Abs. 1 nur den Bereich des Arbeitsrechts umfasst, wird sie als sog. Rahmen- oder Beschäftigungs-Richtlinie bezeichnet.<sup>26</sup> Als Umsetzungsfrist wurde gem. Art. 18 der 2. Dezember 2003 festgelegt. Für die Merkmale Alter und Behinderung wurde eine Zusatzfrist von drei Jahre gewährt.

*[3]. Richtlinie 2002/73/EG vom 23. September 2002*

Die Richtlinie 2002/73/EG vom 23. September 2002 erfasst einzig die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Bereich des Arbeitsrechtes. Da sie eine Überarbeitung der Richtlinie 76/207/EWG darstellt, wird sie als revidierte Gleichbehandlungs- bzw. als

---

<sup>23</sup> In der Fassung des Amsterdamer Vertrags.

<sup>24</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 2.

<sup>25</sup> Vgl. Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000.

<sup>26</sup> Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2577; Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 3.

Gender-Richtlinie bezeichnet.<sup>27</sup> Als Umsetzungsfrist dieser Richtlinie wurde gem. Art. 2 der 5. Oktober 2005 festgelegt.

*[4]. Richtlinie 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004*

Auch die Richtlinie 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004 erfasst nur das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes. Sie betrifft den Bereich außerhalb des Erwerbslebens und erstreckt sich gem. Art. 3 Abs. 1 auf den Zugang zu Gütern und die Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, und die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden. Nach Art. 5 umfasst die Richtlinie auch eine Gleichstellung im Bereich der Privatversicherungen. Die sog. Unisex-Richtlinie war gem. Art. 17 bis spätestens 21. Dezember 2007 um zu setzen.

*[5]. Umsetzung der Richtlinien in Deutschland durch das AGG*

Das AGG ist das Ergebnis der Umsetzung dieser vier Richtlinien in Deutschland. Es kombiniert den weiten sachlichen Anwendungsbereich der Antirassismus-Richtlinie mit dem weiteren Katalog unzulässiger Differenzierungsgründe der Rahmen-Richtlinie und berücksichtigt auch den erweiterten Anwendungsbereich der anderen zwei Richtlinien.<sup>28</sup> Interessant ist, dass der deutsche Gesetzgeber die europäischen Richtlinienvorgaben teilweise übertroffen hat und strengere Maßstäbe im AGG umgesetzt hat. So wäre der deutsche Gesetzgeber nach der Antirassismus- und der Unisex-Richtlinie nur verpflichtet gewesen, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft und wegen des Geschlechtes im allgemeinen Zivilrechtsverkehr zu verbieten. Tatsächlich erfolgte in § 19 AGG hingegen eine Ausdehnung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot auf die Merkmale Religion, Alter, Behinderung und sexuelle Identität, weshalb das AGG in diesem Bereich über die europäischen Richtlinienvorgaben hinausgeht.<sup>29</sup>

**b. Kritik**

Das AGG steht seit seiner Einführung in der Kritik.<sup>30</sup> Zwar haben sich inzwischen „Lager“ und „herrschende Meinungen“ herausgebildet. Auch die befürchtete Klageflut und Mehrbelastung der Justiz ist ausgeblieben.<sup>31</sup> Insgesamt zeigt sich in einigen Teilbereichen

<sup>27</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 3.

<sup>28</sup> Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2577.

<sup>29</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 19.

<sup>30</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, im Vorwort zur 1. Auflage; Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2578; Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 1 ff.; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, im Vorwort; Jahn, FAZ, 15.5.2006, Nr. 112, S. 13; Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2583, 2586.

<sup>31</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, im Vorwort zur 2. Auflage.

gar ein stiller Erfolg des AGG.<sup>32</sup> Dennoch gibt das AGG nicht nur aufgrund der Beanstandungen der EU-Kommission weiterhin Anlass zur Kritik.<sup>33</sup>

#### *aa. Mäßige Qualität*

Bisweilen wird dem AGG eine mäßige Qualität nachgesagt. Zurück zu führen sei dies vor allem auf den offenkundigen Kompromisscharakter des AGG, der dadurch zustande kam, dass man in den letzten Phasen des Gesetzentwurfs zunehmend unter politischen und zeitlichen Druck geriet.<sup>34</sup> So waren die Umsetzungsfristen für die vier genannten Richtlinien teilweise bereits abgelaufen. Auf Desinteresse der Politik beruhte diese Verfristung allerdings nicht. Bereits in der 13. Legislaturperiode wurde ein erster Gesetzentwurf vorgelegt, woraufhin das Bundesjustizministerium bereits am 10. Dezember 2001 einen ersten Referentenentwurf zur Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinien bekannt gab.<sup>35</sup> Dieser Teil betraf allerdings nur das Zivilrecht. Nachdem dieser heftigen Widerstand in der Wirtschaft entfachte, da dieser Entwurf ein allgemeines privatrechtliches Diskriminierungsverbot enthielt, wurde das Gesetzgebungsverfahren zunächst nicht weiter betrieben.<sup>36</sup> Erst am 16. Dezember 2004 wurde der ADG-E (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien) von den Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen vorgelegt und im Bundestag am 17. Juni 2005 in zweiter und dritter Lesung verabschiedet.<sup>37</sup> Nach Ansicht des Bundesrates war dieser Entwurf zu weitreichend und sollte auf das europarechtlich zwingend Gebotene beschränkt werden.<sup>38</sup> Der Bundesrat rief daher am 8. Juli 2005 den Vermittlungsausschuss an. Aufgrund der Neuwahlen am 18. September 2005 konnte das Vermittlungsverfahren allerdings nicht mehr abgeschlossen werden. Der Entwurf konnte daher wegen dem Grundsatz der Diskontinuität nicht in Kraft treten.<sup>39</sup> Erst in der 16. Legislaturperiode wurde der Vorreiter des heutigen AGG in die neue Bundesregierung eingebracht. Zu diesem Zeitpunkt war die politische Diskussion schon weit vorangeschritten. Der zeitliche Druck war immens, da bereits Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem EuGH wegen Ablaufs der Umsetzungsfristen anhängig waren.<sup>40</sup> Daher wurde der Regierungsentwurf bereits am 10. Mai 2006 vom Kabinett beschlossen und am 17. Mai 2006 dem Bundesrat als besonders eilbedürftig zu-geleitet.<sup>41</sup>

---

<sup>32</sup> Reinhard, AR 2/10, 78.

<sup>33</sup> NJW-Spezial 2008, S. 372.

<sup>34</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2592.

<sup>35</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 4 ff.

<sup>36</sup> Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 44.

<sup>37</sup> Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 45.

<sup>38</sup> Beschluss BR-Drucks. 445/05.

<sup>39</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 9.

<sup>40</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 10.

<sup>41</sup> BT-Drucks. 16/1780.

Es ist daher unstrittig, dass das AGG mit heißer Nadel gestrickt wurde und in vielen Bereichen aufgrund der zeitlichen und politischen Umstände eine Kompromisslösung darstellt. Es ist daher zu erwarten, dass Besonderheiten des Berufssports im AGG nicht berücksichtigt wurden.

### *bb. Mängel der Richtlinien*

Es gibt Kritiker, welche bereits die Richtlinien als solche als rechtswidrig ansehen.<sup>42</sup>

Die Rahmen-Richtlinie, die Unisex-Richtlinie und die Antirassismus-Richtlinie gelten nach dieser Ansicht, ebenso wie ihre Ermächtigungsnorm in Art. 13 EG-Vertrag, nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“.<sup>43</sup> Die dem Rat übertragene Zuständigkeit zur Bekämpfung der Diskriminierung gilt deswegen nur in dem Bereich, in dem die Gemeinschaft durch andere Zuständigkeitsnormen ermächtigt ist, Hoheitsakte zu erlassen.<sup>44</sup> Gerade im allgemeinen Zivilrechtsverkehr ist eine Zuständigkeit der Gemeinschaft jedoch nicht durchweg gegeben.<sup>45</sup> Der Gemeinschaft fehle daher die Regelungskompetenz, weshalb die Richtlinien erfolgreich durch eine Klage vor dem EuGH hätten angegriffen werden können. Da die Bundesrepublik Deutschland die Frist hierfür übersehen hat, hätte sie zumindest den Anwendungsbereich auf Sachgebiete beschränken müssen, für die der Gemeinschaft auch die Regelungskompetenz zusteht. Statt dessen wurde bei der Umsetzung sogar ein schärferer Maßstab an das AGG geknüpft, als dies nach Vorgabe der Richtlinien notwendig gewesen wäre.<sup>46</sup>

### *cc. Einschränkung der Privatautonomie*

Für viel Aufsehen hat die Einschränkung der Privatautonomie durch das AGG gesorgt.<sup>47</sup> Vom Grundsatz der Privatautonomie wird die Freiheit erfasst, selbst zu bestimmen, mit wem, in welcher Form und mit welchem Inhalt man einen Vertrag schließt.<sup>48</sup> Es ist dem Zivilrecht daher grundsätzlich fremd, jemanden dazu zu verpflichten, mit einem anderen von diesem gewünschten Vertrag abzuschließen.<sup>49</sup>

Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 10. Dezember 2001<sup>50</sup> sah - im Zuge der Umsetzung der privatrechtlichen Maßgaben der Antirassismus-Richtlinie - mit den §§ 319 a bis 319 e BGB die Einführung eines allgemeinen privatrechtlichen Diskriminierungsverbotes vor und regelte einen ausdrücklichen Kontrahierungszwang bei Diskriminierung. Aufgrund heftiger Kritik, welche hierin die Abschaffung der

<sup>42</sup> Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2578.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG, Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG.

<sup>44</sup> Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2578.

<sup>45</sup> Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2578.

<sup>46</sup> Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2578.

<sup>47</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 5; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, im Vorwort.

<sup>48</sup> Wendt/Schäfer, JuS 2009, S. 209.

<sup>49</sup> Das Gesetz kennt jedoch auch Ausnahmen wie § 22 PBefG und § 10 AEG.

<sup>50</sup> Auszugsweise abgedruckt in DB 2002, S. 470 ff.

Privatautonomie erblickte, wurde dieser Vorschlag jedoch wieder verworfen. Erst in der 15. Legislaturperiode konnte man sich auf den jetzigen Wortlaut einigen, welcher dann letztlich in der 16. Legislaturperiode in die §§ 19 ff. AGG umgesetzt wurde.<sup>51</sup> Die jetzige Fassung umfasste nicht nur die neueren Vorgaben der Unisex-Richtlinie, sondern dehnt die europarechtlichen Vorgaben auch auf die Merkmale Religion, Weltanschauung, Alter, Behinderung, sexuelle Identität und Geschlecht aus.<sup>52</sup>

Jedoch bleibt auch dieser Gesetzeswortlaut nicht von Kritik verschont. Zwar regelt das AGG den Kontrahierungszwang nicht ausdrücklich. Allerdings enthält § 19 AGG ein allgemeines zivilrechtliches Diskriminierungsverbot, welches nach § 20 AGG sachlich nicht gerechtfertigte, unmittelbare wie auch mittelbare Benachteiligungen verbietet.<sup>53</sup> § 21 AGG regelt dabei die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das in § 19 AGG verankerte zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG gibt dem Benachteiligten bei einem Verstoß im speziellen einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung. Inwiefern dieser Anspruch auch einen Kontrahierungszwang umfasst, ist umstritten, wodurch das AGG neuerlich in Kritik geraten ist.<sup>54</sup> Der Großteil im Schrifttum geht hierbei davon aus, dass § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages gibt und somit faktisch mittelbar einen Kontrahierungszwang zur Folge hat.<sup>55</sup>

#### *dd. § 2 Abs. 4 AGG*

Für Kritik sorgte auch die Bereichsausnahme zum KSchG in § 2 Abs. 4 AGG.<sup>56</sup> Dort heißt es wörtlich: „Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.“ Diese Fassung von § 2 Abs. 4 AGG wurde erst in den letzten Phasen des Gesetzgebungsverfahrens aufgrund der Änderungswünsche des Bundesrates in das AGG aufgenommen.<sup>57</sup> Zuvor lautete die Norm noch: „Für Kündigungen gelten vorrangig die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes.“<sup>58</sup> Mit seinem Änderungswunsch wollte der Bundesrat klarstellen, dass ausschließlich die Bestimmungen des Kündigungsschutzes gelten sollen, wenn die Benachteiligung in der Kündigung liegt.<sup>59</sup> Die letztlich in das Gesetz aufgenommene Formulierung ist jedoch weitergehend, da bei Kündigungen ausschließlich die kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen gelten sollen; unabhängig davon, ob der Anwendungsbereich der kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen tatsächlich eröffnet ist. Kritiker sehen hierin

<sup>51</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 4 ff.

<sup>52</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 19; Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 6 und 8.

<sup>53</sup> Rath/Rütz, NJW 2007, S. 1498; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 19.

<sup>54</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 21; Wendt/Schäfer, JuS 2009, S. 206 ff.; Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2582.

<sup>55</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 21.

<sup>56</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2584.

<sup>57</sup> BR-Drucks. 329/1/06.

<sup>58</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/1780.

<sup>59</sup> BT-Drucks. 16/1852, S. 2.

einen europarechtlichen Verstoß gegen die Richtlinien, da das KSchG innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses gem. § 1 Abs. 1 KSchG oder in Kleinbetrieben nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG keine Anwendung findet.<sup>60</sup> Eine Kündigung könnte daher in diesen Konstellationen ohne Rechtfertigung erfolgen. Ein Schutz vor Diskriminierung wäre mangels Anwendbarkeit des AGG dann verwehrt.<sup>61</sup>

Das BAG hat bislang offen gelassen, ob § 2 Abs. 4 AGG einer Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen entgegen steht.<sup>62</sup> Es hat jedoch ausgesprochen, dass die Diskriminierungsverbote des AGG einschließlich der im Gesetz vorgesehenen Rechtfertigungen für unterschiedliche Behandlungen bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Kündigungsschutzgesetzes in der Weise zu beachten sind, als sie Konkretisierungen des Sozialwidrigkeitsbegriffes darstellen.<sup>63</sup> In denjenigen Fällen, in welchen das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, erfolgt ein Kündigungsschutz über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB, welche nach ständiger Rechtsprechung des BAG und des BVerfG einen allgemeinen Kündigungsschutz gewährleisten.<sup>64</sup> Ein rechtsfreier Raum, in welchem kein Schutz vor Diskriminierungen gewährleistet wird, existiert daher nicht. Dies macht auch der Wortlaut von § 2 Abs. 4 AGG deutlich, in dem nicht nur auf die Bestimmungen des besonderen Kündigungsschutzes - wie jene im KSchG - verwiesen wird, sondern eben auch auf die Bestimmungen zum allgemeinen Kündigungsschutz. Ferner ist eine Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln auch im Falle einer Kündigung über § 2 Abs. 3 Satz 1 AGG sichergestellt. Jener Paragraph besagt, dass die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote Gebote der Gleichbehandlung durch das AGG nicht berührt wird. Hiervon sind nicht nur Mutterschutzvorschriften oder Vorschriften zum Schutz der Jugend umfasst, sondern auch die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 242, 138 BGB.<sup>65</sup>

Obwohl es dogmatisch, wie soeben dargelegt, nicht notwendig erscheint, werden auch Ansichten vertreten, welche dem Problem der Bereichsausnahme auf andere Weise begegnen.<sup>66</sup> So wird die Auffassung vertreten, dass § 2 Abs. 4 AGG sich nicht generell auf die „Kündigung“, sondern spezifischer nur auf die Frage der „Wirksamkeit“ der Kündigung bezieht. Ein derartiges Verständnis der Vorschrift hätte zur Folge, dass ein Verstoß gegen das AGG keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Kündigung hat, sofern ein anderer Kündigungsgrund vorliegt. Gleichwohl könnte der Verstoß gegen das AGG aber Entschädigung gem. § 15 AGG des Diskriminierten begründen.

<sup>60</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 28 ff.; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 212 zu § 2; Meinel/Heyn/Hermes, AGG, 2007, RN 62 zu § 2; Däubler/Bertzbach, 2008, RN 60 zu § 2; Schiek, AGG, 2007, RN 12 zu § 2.

<sup>61</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2584.

<sup>62</sup> BAG NZA 2010, S. 280; NZA 2008, S. 103.

<sup>63</sup> BAG, Urteil vom 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82.

<sup>64</sup> So auch Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2584; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 36 zu § 2 AGG; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 58 zu § 2.

<sup>65</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 54 zu § 2.

<sup>66</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2585; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 61 ff. zu § 2.

Einer solchen teleologischen Reduktion des § 2 Abs. 4 AGG bedarf es allerdings nicht. Zum einen ist über den allgemeinen Kündigungsschutz ausreichend Diskriminierungsschutz sichergestellt, da diese Vorschriften auch bei nicht Anwendung des KSchG zu beachten sind. Hier vermag die Ansicht im Schrifttum nicht zu überzeugen, welche eine Unterscheidung zwischen einem ausschließlich diskriminierenden Motiv und einem sowohl aus sonstigen als auch diskriminierenden Gründen vornimmt.<sup>67</sup> Denn auch bei einer Kündigung, die sowohl aufgrund von diskriminierenden, als auch aufgrund von sonstigen Gründen erfolgt, ist der allgemeine Kündigungsschutz im Hinblick auf die diskriminierenden Gründe zu beachten.<sup>68</sup> Zum anderen ist das Ergebnis der teleologischen Reduktion in sich nicht schlüssig. Obwohl nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen eine rechtswirksame Kündigung grundsätzlich keinen Schadensersatzanspruch auslöst<sup>69</sup>, würde hierdurch unter Umständen eine wirksame Kündigung zu einem Entschädigungsanspruch nach dem AGG führen. Ein rechtmäßiges Verhalten als Anknüpfungspunkt für einen Schadensersatzanspruch nach dem AGG zu machen, ist europarechtlich nicht gefordert.<sup>70</sup> Dem Geschädigten im Falle einer Kündigung bei der Geltendmachung einer Diskriminierung hierbei die Frist des § 4 KSchG von drei Wochen aufzuerlegen, erscheint im Hinblick auf den Vertrauensschutz vertretbar und auch nicht europarechtswidrig. Eine Besserstellung Desjenigen, der aufgrund von diskriminierenden Motiven gekündigt wurde, gegenüber Demjenigen, der aufgrund sonstiger Motive gekündigt wurde, fordert das Europarecht nicht.

#### *ee. Mangelhafte Umsetzung der Richtlinien*

Kritik hat das AGG auch seitens der EU-Kommission erfahren. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Schreiben vom 17. Oktober 2007 an den damaligen Bundesminister des Auswärtigen Amtes, Herrn Frank-Walter Steinmeier, gerügt, dass die Antirassismus-Richtlinie durch das AGG nicht vollständig umgesetzt worden sei. Am 31. Januar 2008 folgte hierauf eine förmliche Aufforderung der EU-Kommission an die Bundesregierung, das AGG nachzubessern.<sup>71</sup>

Im Wesentlichen wurden folgende Punkte gerügt:

- § 19 Abs. 3 AGG enthält eine Ausnahme für die Wohnungswirtschaft, obwohl derartiges in der Richtlinie nicht vorgesehen sei.
- Im Hinblick auf die Bereichsausnahme in § 2 Abs. 4 AGG hat die Kommission Bedenken, dass eine europarechtskonforme Auslegung – wie unter I. 1. b. dd. dargestellt – nicht sichergestellt werden kann.

---

<sup>67</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 61 zu § 2.

<sup>68</sup> A.A. Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 62 zu § 2.

<sup>69</sup> Eine Ausnahme stellt lediglich § 113 BetrVG dar. Diese Vorschrift sanktioniert aber nicht den Ausspruch einer (rechtswirksamen) Kündigung, sondern das betriebsverfassungswidrige Verhalten des Arbeitgebers.

<sup>70</sup> So auch Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2585.

<sup>71</sup> BT-Drucks. 16/8461.



- Auch sei § 15 Abs. 4 AGG europarechtswidrig. Zum einen beträgt die Frist in § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG zwei Monate. Die Frist stehe nicht in Einklang mit der Rechtsprechung des BAG zu den arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen (3 Monate).<sup>72</sup> Die Umsetzung von EU-Richtlinien dürfe nicht schlechter ausfallen, als die nationalen rechtlichen Standards. Weiter beginnt gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG die Frist in Bewerbungsfällen mit dem Zugang der Ablehnung zu laufen. Dies mache die Geltendmachung von Diskriminierung in Bewerbungsfällen oftmals unmöglich, da Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren meist erst später bekannt werden.
- Die Verbandsdefinition in § 23 Abs. 1 Satz 2 AGG, welche eine Mindeststärke von 75 Mitgliedern verlangt, sei nicht nachvollziehbar. Es sei nicht ersichtlich, warum Verbände mit weniger als 75 Mitgliedern nicht zur Wahrnehmung der Befugnisse nach § 23 AGG in der Lage sein sollten. Auch könne nicht akzeptiert werden, dass ohne weitere Prüfung jede Organisation, die gewerbsmäßig handelt, von der Verbandsbeteiligung ausgeschlossen wird.
- Das Maßregelungsverbot beziehe sich in § 16 AGG nur auf das Arbeitsrecht, obwohl die Richtlinie auch einen Bezug auf das Zivilrecht fordert.
- Das Verschuldenserfordernis in § 15 Abs. 1 Satz 2 und in § 15 Abs. 3 AGG verstoße gegen die Rechtsprechung des EuGH und den Wortlaut der Richtlinie, welche eine Haftung unabhängig vom Verschulden verlangt.

Die Bundesregierung hält das AGG für europarechtskonform und geht derzeit davon aus, dass eine Nachbesserung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nicht erforderlich ist.<sup>73</sup> Es bleibt abzuwarten, ob die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art.226 EG-Vertrag in Gang setzen wird, um so die Rechtmäßigkeit der Umsetzung der Richtlinien feststellen zu lassen.

## 2. Allgemeines zum Sportrecht

Für ein besseres Verständnis wird im Folgenden ein kurzer und allgemeiner Überblick zum Sportrecht gegeben.

### a. Sport und Arbeit

Unter dem Begriff Sport fasst der allgemeine Sprachgebrauch alle als Bewegungs-, Spiel- oder Wettkampfformen geprägten Aktivitäten des Menschen.<sup>74</sup> Die begriffliche Erfassung des Sports gestaltet sich aufgrund seiner Vielfältigkeit aber als äußerst schwierig und auch nicht als zielführend.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Vgl. BAG NJW 2006, S. 795.

<sup>73</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/8461 zu Frage 4; NJW-Spezial 2008, S. 372.

<sup>74</sup> Holzke, Begriff des Sports im deutschen und europäischen Recht, 2001. S. 91 ff.

<sup>75</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 2 ff.; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 51, RN 1.

Der Breiten- oder Freizeitsport beschreibt einen Teilbereich des Sports. Hierunter versteht man in erster Linie die sportliche Betätigung im Rahmen von Freizeitaktivitäten, welche der körperlicher Ertüchtigung und Erholung dient.<sup>76</sup>

Daneben hat sich auch ein moderner Sport entwickelt, der sich immer mehr durch seine wirtschaftlichen Interessen und Zielsetzungen kennzeichnet.<sup>77</sup> Seither existieren Begriffe wie Profisport, Spitzensport, Leistungssport und Lizenzsport.<sup>78</sup> Im Profi- bzw. Leistungssport stehen Aspekte wie die körperliche Ertüchtigung oder die Gemeinnützigkeit meist im Hintergrund. Erholung, die der Freizeit- und Amateursportler oft im Sport sucht, spielen dort eine untergeordnete Rolle. In den Vordergrund treten hier vielmehr ein Leistungsdenken und ein Streben nach wirtschaftlichem Erfolg. Verstärkt wird diese Verschiebung der Wertvorstellungen durch die immer weiter eintretende Kommerzialisierung des Sports.<sup>79</sup> In der heutigen Entwicklung zeigt sich gar eine Pervertierung der einstigen Werte. Sport war lange Zeit Ausdruck für Fleiß, Disziplin und Fair-Play. Er ist ein Mittel zur Steigerung des Wohlbefindens. Das Schrifttum kommt teils zu dem Ergebnis, dass der finanzielle Materialismus und die Hinwendung zum Individualismus zu einem Niedergang der traditionellen Werte und somit zu einer „Fehlentwicklung“ im Sport führen.<sup>80</sup> Die Dopingproblematik zeigt die Verschiebung dieser Werte deutlich. Den Wandel des Sports hat auch der EuGH erkannt, wenn er in seinen Entscheidungen hervorhebt, dass im Sport nicht mehr nur nichtwirtschaftliche Interessen, sondern vermehrt wirtschaftliche Interessen verfolgt werden.<sup>81</sup>

Das Schrifttum erkennt daher, dass der Sport als Arbeit zu qualifizieren ist, wenn das Spiel oder der Wettbewerb nicht mehr im Vordergrund steht, der Sportler für die Ausübung des Sports ein Entgelt erhält und die Ausübung des Sports die Existenzgrundlage bildet bzw. zumindest einen Teil hierzu beiträgt.<sup>82</sup> Aufgrund der Werteverstärkung im Sport gilt es später im Rahmen der Rechtfertigung zu ermitteln, inwiefern die Anführung von nichtwirtschaftlichen Interessen im Profisport als Rechtfertigungsgründe herangezogen werden können, werden doch dort überwiegend wirtschaftliche Interessen verfolgt.

<sup>76</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 53, RN 2.

<sup>77</sup> Elias/Dunning, Sport im Zivilisationsprozeß, 1982, S. 9 ff.; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 54, RN 4.

<sup>78</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S.53, RN 2.

<sup>79</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 6, RN 4; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 57 ff.

<sup>80</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S.57, RN 11.

<sup>81</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 509, RN 76; EuGH, Urteil vom 12.12.1974 – Rs 36/74 = NJW 1975, S. 1093, 1094; EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C-325/08 = EuZW 2010, S. 342; auch EuG, Urteil vom 30.9.2004 – T-313/02 = BeckEuRS 2004, 389656.

<sup>82</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 26; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 63 ff.; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 240, RN 1.

## b. Zweispurigkeit des Sportrechts

Wie bereits eingangs dargestellt, existiert kein eigenständiges Sportrecht. Vielmehr setzt sich dieses aus einer Kombination aus Verbandsregelwerk und staatlicher Rechtsordnung zusammen.<sup>83</sup> Im Folgenden wird zunächst auf das Wesen und den Umfang der Verbandsautonomie eingegangen, um anschließend auf das Zusammenspiel der selbst gesetzten Normen zu den staatlich gesetzten Normen einzugehen.

### aa. Verbandsautonomie, Art. 9 Absatz 1 GG

Art. 9 Abs. 1 GG räumt den Verbänden und Vereinen das Recht ein, ihre eigenen Angelegenheiten durch privatrechtliche Satzungen und Ordnungen selbst zu gestalten.<sup>84</sup> Da Sportverbände und -vereine somit als juristische Personen des Privatrechtes autonomes Recht setzen, spricht man diesbezüglich von der sog. Verbandsautonomie.<sup>85</sup>

Sinn und Zweck der Verbandsautonomie ist es, dass Vereine und Verbände ihre eigenen Angelegenheiten effektiv, sachkundig und selbstbestimmt regeln können. Hierdurch soll ein gewisser Abstand zu Einflüssen des Staates geschaffen werden.<sup>86</sup> Hintergedanke ist, dass sich für jeden einzelnen Sportler aus Art. 2 Abs. 1 GG das Recht auf sportliche Betätigung und auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ergibt.<sup>87</sup> Es steht dem Sportler somit frei, in welcher Art und Weise er dieser Ausübung nachgehen will. Aus Art. 9 Abs. 1 GG folgt ferner, dass für die Ausübung des Sports auch Vereine oder Verbände gegründet werden können. Gleichzeitig schützt Art. 9 Abs. 1 GG aber nicht nur die Betätigungsfreiheit der Sportler, sondern auch die der Vereine und Verbände.<sup>88</sup>

Die Verbandsautonomie umfasst die Selbstbestimmung über die interne Organisation der Vereinigung, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte.<sup>89</sup> Neben der grundsätzlichen Vereinsgründungsfreiheit werden hierdurch auch der Bestand der Vereinigung und das Recht der Selbstverwaltung geschützt.<sup>90</sup> Die Ausübung des Sports, dessen Organisation, Regelbildung sowie Statutenerlass sind geschützte Betätigungen der Vereine und Verbände.<sup>91</sup>

Innerhalb dieser Verbandsautonomie können die Vereine und Verbände Maßstäbe und Werte für den Sport bilden.<sup>92</sup> Der Staat hat diese Wertebildung zu akzeptieren; auch

<sup>83</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 6, RN 6.

<sup>84</sup> Haas/Martens, Sport, 2004, S. 59; Wüterich/Breuckner, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 70, RN 37; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 41, RN 23.

<sup>85</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 57; Wüterich/Breuckner, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 70, RN 37; Haas/Martens, Sport, 2006, S. 60.

<sup>86</sup> Wüterich/Breuckner, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 71, RN 38.

<sup>87</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 34 ff.

<sup>88</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 41, RN 23.

<sup>89</sup> BVerfGE 50, S. 290, 354.

<sup>90</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 59; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 41, RN 22 und RN 23.

<sup>91</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 41, RN 23.

<sup>92</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 42, RN 23.

wenn sie nicht im Einklang mit der Moral der mehrheitlichen Gesellschaft steht.<sup>93</sup> Der Sport ist Ausdruck der Selbstbestimmung der Menschen nach Art. 2 Abs. 1 GG und für sich genommen ein gesellschaftliches Subsystem mit selbstgesetzter Zielsetzung, um in erster Linie die gemeinschaftliche, ständige Sportausübung mit weltweiter Tendenz nach einheitlichen Regeln zu ermöglichen.<sup>94</sup>

*bb. Vorrang staatlicher Gesetze*

Die Verbandsautonomie findet allerdings dort ihre Grenzen, wo sie gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstößt, die Rechte Dritter oder der Allgemeinheit verletzt.<sup>95</sup>

Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Vereinen und Verbänden um Privatrechtssubjekte handelt und diese somit an staatliches Recht gebunden sind.<sup>96</sup> Teilweise wird im Schrifttum diskutiert, ob dem Sportrecht aufgrund seiner rechtstatsächlichen Besonderheiten des Sportverbandswesens innerhalb des Privatrechts eine gewisse Sonderbeurteilung zugute kommen muss.<sup>97</sup> In diesen Zusammenhang wird die Auffassung vertreten, die Autonomie führe zu einem Sportrecht als Sonderprivatrecht.<sup>98</sup> Dieser Streit verdeutlicht, dass sich die Verbandsautonomie allerdings keines Wegs innerhalb eines „rechtsfreien“ Raums bewegt, sondern vielmehr innerhalb der staatlichen Rechtsordnung.<sup>99</sup> Richtigerweise wird man hierbei festhalten müssen, dass das Sportrecht kein eigenes Sonderprivatrecht darstellt, sondern sich vielmehr in staatlichen Rechtsordnungen wie z.B. dem Zivil-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht wiederfindet.<sup>100</sup> An den Maßstäben dieser Rechtsordnungen müssen sich die Vereins- und Verbandsstatuten halten. Bei einer Kollision mit diesen Maßstäben hat das staatliche Recht Vorrang.<sup>101</sup>

Dies führt letztlich zu dem Umstand, dass die Verbände aufgrund ihrer Verbandsautonomie verbandsrechtliche Disziplinarsanktionen und eine verbandsinterne Überprüfung - z.B. durch die Schaffung einer eigenen Vereins- oder Verbandsgerichtsbarkeit<sup>102</sup> -

<sup>93</sup> Pfister, FS Lorenz, 1991, S. 181.

<sup>94</sup> Pfister, FS Lorenz, 1991, S. 181; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 42, RN 23 und RN 24.

<sup>95</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 71, RN 38; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 42, RN 24.

<sup>96</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 76, RN 46.

<sup>97</sup> Westermann, FS Rittner, S. 771 ff.; Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 66.

<sup>98</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 66; a.A. Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 102.

<sup>99</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 76, RN 46.

<sup>100</sup> So auch Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 102.

<sup>101</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 76, RN 46; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 102.

<sup>102</sup> Z.B. Bundesgericht und Sportgericht des DFB (§§ 39 ff. DFB-Satzung).

regeln können.<sup>103</sup> Eine Überprüfung durch echte Schiedsgerichte oder staatliche Gerichte kann hierdurch jedoch nicht ersetzt oder ausgeschlossen werden.<sup>104</sup>

*cc. Grundsatz der getrennten Normenkreise*

Ferner ist der Grundsatz der getrennten Normenkreise zu beachten.<sup>105</sup> Die Verbandsautonomie kann nur dort zum Tragen kommen, wo es um die Selbstorganisation des Vereins bzw. des Verbandes geht. Ist hingegen ein Rechtsverhältnis außerhalb der Vereins- oder Verbandsstrukturen betroffen, ist hiervon die Verbandsautonomie nicht unmittelbar betroffen. Das Arbeitsrecht und das Vereins- und Verbandsrecht müssen gedanklich voneinander getrennt werden. Somit stehen sich das Verbandsrecht und das Arbeitsrecht grundsätzlich unabhängig gegenüber. Im Bereich des Sports haben arbeitsrechtliche Probleme allerdings oft ihre Ursache in Verbandsregelungen. Insofern existiert zumindest eine Verknüpfung des Verbandsrechts mit dem Arbeitsrecht. So hängt die Ausübung des Sports, und somit die Erbringung der Arbeitsleistung, häufig von verbands- und vereinsrechtlichen Zulassungen, Erlaubnissen oder Lizenzen ab. Hierdurch entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Verbandsrecht als autonom gesetzter Rahmen für die Sportausübung und dem staatlichen Arbeitsrecht. Die Berücksichtigung und Würdigung dieser Besonderheit prägt das Arbeitsverhältnis im Sport.

Aufgrund der Trennung dieser Normenkreise muss der Sportler seine Rechte aus einem Arbeitsverhältnis nach dem Arbeitsrecht und innerhalb der Arbeitsgerichtsbarkeit durchsetzen.<sup>106</sup> Gegen Vorschriften des Verbandes muss er hingegen auf dem im Verbandsrecht vorgesehenen Rechtsweg vorgehen. In beinahe jeder Sportart existiert mittlerweile eine eigene Sport- und Verbandsgerichtsbarkeit; meist in Form von Schiedsgerichten.<sup>107</sup> Der DFB hat beispielsweise eigens ein „Bundesgericht“ und ein „Sportgericht“ eingerichtet (§§ 39 ff. DFB-Satzung). Immer häufiger werden Streitigkeiten dabei an das auf Initiative des IOC eingerichtete Schiedsgericht Court of Arbitration for Sport (CAS), auch bekannt als Tribunal Arbitration Du Sport (TAS), verwiesen.<sup>108</sup> Aber auch in Deutschland existiert seit 2008 ein allgemeines Sportschiedsgericht. Mit der DIS-Sport-Schiedsgerichtsordnung vom 1. Januar 2008 haben die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit und die Stiftung Nationale Anti Doping Agentur (NADA) ein Deutsches Schiedsgericht geschaffen, mittels dessen handels- und vertragsrechtliche Streitigkeiten mit Bezug zum Sport (z.B. Sponsoring-Verträge), vereins- bzw. gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (z.B. im Hinblick auf die Erteilung oder den Entzug von Lizenzen oder Teilhaberechten an Ligen) bis hin zu vereins- oder verbandsrechtlichen Disziplinarstrei-

<sup>103</sup> Vgl. Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 103; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 79 ff.

<sup>104</sup> BGH NJW 1989, S. 1477; Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 103; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 87, RN 68.

<sup>105</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 69, RN 35.

<sup>106</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 69, RN 35.

<sup>107</sup> Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 207, RN 276; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 87, RN 67.

<sup>108</sup> [www.tas-cas.org](http://www.tas-cas.org)

tigkeiten (so insbesondere die Ahndung von Verstößen gegen Anti-Dopingbestimmungen oder die Überprüfung von verbandsrechtlichen Dopingsanktionen).<sup>109</sup>

Arbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber können allerdings nur im Rahmen der §§ 4, 101 ArbGG durch ein Schiedsgericht geklärt werden. § 101 ArbGG stellt dabei den Grundsatz auf, dass die Schiedsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht grundsätzlich ausgeschlossen und nur ausnahmsweise bei einer Absicherung durch Tarifverträge zulässig ist.<sup>110</sup> In Deutschland gibt es im Bereich des Sports allerdings keine Tarifverträge, weshalb Schiedsvereinbarungen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten unzulässig sind.<sup>111</sup> Sportler können ihre Ansprüche daher aus dem Arbeitsverhältnis direkt vor staatlichen Arbeitsgerichten geltend machen und müssen sich diesbezüglich nicht auf den Rechtsweg der Sportsgerichtsbarkeit verweisen lassen.

---

<sup>109</sup> Vgl. Vorwort der DIS-Sport-Schiedsgerichtsordnung.

<sup>110</sup> Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 2009, RN 33 zu § 101.

<sup>111</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 573, RN 152; Rüsing, Sport-arbeitsrecht, 2006, S. 24.



## II. ANWENDBARKEIT DES AGG IM LEISTUNGSSPORT

Zielsetzung des AGG ist es nach § 1 AGG, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder sexuellen Identität in Bereichen des Arbeitslebens und weitgehend auch im allgemeinen Zivilrechtsverkehr zu verhindern und zu beseitigen.<sup>112</sup> Die in der Einleitung aufgeführten Beispielsfälle haben gezeigt, dass im Sport Sachverhalte existieren, die mit dieser Zielsetzung zu kollidieren scheinen. Aber wie lässt sich die Feststellung von Benachteiligungen im Sport mit der Zielsetzung des AGG vereinbaren?

Für eine Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu klären, ob und in welchen Bereichen des Leistungssports das AGG Anwendung findet (Hierzu 1.)). In einem weiteren Schritt ist zu überlegen, für welche Personengruppen im Sport das AGG gilt (Hierzu 2.)). Die folgenden Ausführungen dieses Kapitels werden sich daher ausführlich mit dem sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des AGG beschäftigen. Hierbei werden bereits innerhalb der einzelnen Punkte mögliche Anwendungsfälle für den Bereich des Sports genannt.

### 1. Sachlicher Anwendungsbereich

Nachfolgend soll durch eine Erörterung des sachlichen Anwendungsbereiches dargestellt werden, für welche Sachverhalte das AGG abstrakt Anwendung findet. Im Rahmen der Erörterung soll aufgezeigt werden, in welchen Bereichen das AGG im Sport zu berücksichtigen ist.

#### a. Geltungsbereich

Wie sich der Überschrift von § 2 AGG entnehmen lässt, soll durch diese Norm der sachliche Anwendungsbereich des AGG festgelegt werden.<sup>113</sup> Das Schrifttum hält § 2 AGG für wenig gelungen und dogmatisch unzutreffend.<sup>114</sup> Dies deswegen, da der tatsächliche sachliche Anwendungsbereich durch weitere Normen, wie z.B. die §§ 3, 18, 19 AGG, konkretisiert wird.<sup>115</sup> § 2 Abs. 1 AGG beinhaltet somit lediglich eine Positivliste von Sachverhalten, für welches das AGG anwendbar sein soll, ohne gänzlich abschließend zu sein.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 13; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zur Einl.

<sup>113</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 1 zu § 2; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 2.

<sup>114</sup> So auch Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 47; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 2.

<sup>115</sup> Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 47 ff.; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 2.

<sup>116</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 9 und 10 zu § 2.



*aa. Arbeitsrecht, § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AGG*

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AGG eröffnet zunächst den Anwendungsbereich des AGG für den Bereich des Arbeitsrechts.<sup>117</sup> Allgemein umschrieben sollen hierdurch die Benachteiligungen im Arbeits- und Berufsleben erfasst werden.

Wie bereits innerhalb der Einleitung unter I. 2. dargestellt wurde, wird Sport in erster Linie mit Spiel, Freizeit, körperlicher Ertüchtigung und Erholung assoziiert. Dies trifft in der heutigen Zeit allerdings nur noch für den Freizeitsport zu. Im Leistungssport hingegen stehen wirtschaftliche Interessen im Vordergrund.<sup>118</sup> Dort wirkt mit der Kommerzialisierung und Professionalisierung zunehmend das Arbeitsrecht auf den Sport ein.<sup>119</sup> Zum einen ist dort die Sportausübung als Arbeit zu qualifizieren, da Leistungssportler im Zusammenhang mit dem Sport meist Einnahmen erzielen.<sup>120</sup> Zum anderen führt die heutige Entwicklung auch innerhalb der Vereine und Verbände zu professionellen Strukturen, welche in vielen Bereichen zu arbeitsrechtlichen Folgen führen. So stellen Vereine vielerorts Trainer, Übungsleiter oder Manager ein, um Ihren Mitgliedern ein besseres Leistungsangebot zur Verfügung stellen zu können. Dies gilt sowohl für Spitzensportverbände, aber auch im Bereich des Breiten- und Freizeitsports, wo zunehmend private Sportanbieter, wie Fitnessclubs, Konkurrenzdruck auf die örtlichen Vereine ausüben.<sup>121</sup> Der Leistungssport weist somit sowohl für Sportler als auch für anderweitig in Vereinen tätige Personen Berührungspunkte zum Arbeitsrecht auf.

*[1]. Zugangsbedingungen, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG*

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG gilt das AGG für die Aufstellung von Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für die Bedingungen des beruflichen Aufstiegs.

Der § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG eröffnet hiermit den Schutzbereich für einen benachteiligungsfreien Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg.<sup>122</sup> Bereits der Wortlaut „unabhängig vom Tätigkeitsfeld“ verdeutlicht, dass der Schutzbereich für alle Berufsfelder gelten soll. Es ist daher nur konsequent, wenn man darunter das Tätigkeitsfeld innerhalb des Sports miterfasst, soweit es sich um eine Erwerbstätigkeit im arbeitsrechtlichen Sinne handelt.

*[a]. Erwerbstätigkeit*

Dreh- und Angelpunkt bildet innerhalb des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG der Begriff der Erwerbstätigkeit.

<sup>117</sup> Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 47.

<sup>118</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 240, RN 1.

<sup>119</sup> So auch Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 64, RN 26.

<sup>120</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht 2006, S. 26; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 240, RN 1.

<sup>121</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 65, RN 26.

<sup>122</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 2 zu § 2.

Der Begriff der Erwerbstätigkeit wird allerdings weder durch das AGG, noch durch die zugrunde liegenden Richtlinien definiert. Das Schrifttum zieht für die Auslegung des Begriffes die bisherige Rechtsprechung des BVerfG<sup>123</sup> zum Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG heran.<sup>124</sup> Diese fasst unter den Begriff des Berufes jede Tätigkeit, die auf gewisse Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Der Begriff der Erwerbstätigkeit ist hierbei weit auszulegen. Er umfasst sowohl jede Form einer auf Erlangung des persönlichen Lebensunterhalts gerichteten Tätigkeit, als auch das berufliche Fortkommen.<sup>125</sup>

Unter den Begriff der Erwerbstätigkeit fallen nicht nur Vollzeitstätigkeiten. Es zählen hierzu auch die Teilzeit, Zweit- und Nebentätigkeiten, da auch diese ihren (Teil-)Beitrag zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage leisten.<sup>126</sup> Im Zusammenhang mit dem Sport bedeutet dies, dass es nicht darauf ankommt, ob ein Berufssportler sein Einkommen ausschließlich durch die Ausübung des Sports bestreitet. Es werden auch Sportler vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst, die durch ihre Sportausübung lediglich einen Nebenverdienst erzielen. Teilweise wird sogar vertreten, dass die Tätigkeit in einem Amateurverein gegen Zahlung von Aufwandsentschädigung vom Berufsbegriff des Art. 12 GG umfasst ist.<sup>127</sup>

Auch die Arbeitnehmerüberlassung ist vom Begriff der Erwerbstätigkeit umfasst. Dies wird deutlich, wenn man § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG in Kontext mit § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG setzt.<sup>128</sup> Letztere Norm besagt, dass auch ein Dritter Arbeitgeber sein kann, falls ihm Beschäftigte zur Arbeitsleistung überlassen werden. Zwar regelt § 6 AGG nur den persönlichen Anwendungsbereich. Allerdings ergibt sich im Umkehrschluss, dass der sachliche Anwendungsbereich für die Arbeitnehmerüberlassung eröffnet sein muss. Im Bereich des Profisports entfaltet das AGG somit seine Schutzwirkung auch dort, wo Vereine ihre Spieler an andere Vereine „entleihen“ oder einem Verband für Nationalmannschaftswettkämpfe zur Verfügung stellen.<sup>129</sup>

*[b]. Zugang zur selbständigen und unselbständiger Erwerbstätigkeit*

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG verbietet eine Benachteiligung von Personen beim Zugang zu einer Tätigkeit.<sup>130</sup>

<sup>123</sup> BVerfG vom 11.6.1958 = BVerfGE 7, 377, S. 398; BVerfG vom 1.3.1979 = BVerfGE 50, 290, S. 363.

<sup>124</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 2.

<sup>125</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 2.

<sup>126</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 13 zu § 2.

<sup>127</sup> Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 31; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 111, RN 16.

<sup>128</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 14 zu § 2.

<sup>129</sup> Hierzu später unter II. 2. b. aa. [3]. und II. 2. b. bb. [2] [b].

<sup>130</sup> Schlusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 4 zu § 2.

*[aa]. Zugangsbedingungen*

Dieses Ziel soll mitunter dadurch erreicht werden, indem gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen in Bezug auf Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit für unzulässig erklärt werden.

Durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG soll verhindert werden, dass eine Diskriminierung erfolgt, indem es aus diskriminierenden Gründen erst gar nicht zu einem Vertragsabschluss mit dem in § 1 geschützten Personenkreis kommt. Um einen effektiven Schutz bieten zu können, soll daher die gesamte Vertragsanbahnungsphase von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG umfasst sein.<sup>131</sup> Der EuGH hat in diesem Zusammenhang in einer Entscheidung verdeutlicht, dass zu dieser Phase nicht nur das Bewerbungsverfahren an sich gehört, sondern im Einzelfall auch weit davor liegende Zeiträume von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG erfasst sein können.<sup>132</sup> So hat der Gerichtshof entschieden, dass bereits die öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft führen, da solche Äußerungen bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern. Im vorliegenden Fall bedurfte es nicht einmal eines konkreten Bewerbungsverfahrens. Die pauschale Äußerung war bereits ausreichend.

Zu den Zugangsbedingungen gehören alle individual- oder kollektivrechtlichen Modalitäten, die mit dem Vorgang der Auswahl oder der Einstellung für eine Tätigkeit verknüpft sind. Vom Anwendungsbereich betroffen sind somit das Bewerbungsverfahren, die Stellenausschreibung, die Fragen des Arbeitgebers im Vorstellungsgespräch, das Anfordern besonderer Bewerbungsunterlagen, die Verwendung von Personalfragebögen, das Auswahlverfahren, die Auswahlrichtlinien (§ 95 BetrVG) oder besondere Aufstellungen für die Bewerber.<sup>133</sup>

*[bb]. Zugang zur unselbständigen Erwerbstätigkeit*

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG gilt dabei zunächst für alle Bedingungen, die an den Zugang zur unselbständigen Erwerbstätigkeit geknüpft werden. Hauptanwendungsfall des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist der Abschluss eines Arbeitsvertrages bzw. eines Vertrages, der nach § 6 Abs. 1 AGG dem Abschluss eines Arbeitsvertrages für die Zwecke des AGG gleichsteht.<sup>134</sup> Im Hinblick auf die unselbständige Erwerbstätigkeit hat § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG überwiegend Bedeutung für das Bewerbungsverfahren, die Stellenausschreibung, das Vorstellungsgespräch und das abschließende Auswahlverfahren (vgl. II. 1. a. aa. [1]. [b]. [aa].).

Maßgeblich beeinflusst hat § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG vor allem die Ausschreibungspraxis von Arbeitsstellen. Gerade die Stellenausschreibung ist eine der Hauptanwendungs-

<sup>131</sup> Roloff, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK AGG, 1.12.2010, RN 4 zu § 2; Schlachter, in: ErfKomArbR, 2009, RN 4 zu § 2 AGG.

<sup>132</sup> EuGH, Urteil vom 10.7.2008 – C-54/07.

<sup>133</sup> Roloff, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK AGG, 1.12.2010, RN 4 zu § 2.

<sup>134</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 15 zu § 2; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 4 zu § 2.

fälle von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG und in § 11 AGG ausdrücklich geregelt.<sup>135</sup> Sie ist meist der Beginn der Vertragsanbahnungsphase und verdeutlicht oft durch die Darstellung des Anforderungsprofils, ob unzulässige Einstellungsbedingungen vorliegen. Im Leistungssport kommt diesem Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG allerdings wenig Praxisrelevanz zu. Arbeitsplätze von Berufssportlern werden in aller Regel nicht öffentlich ausgeschrieben. Vielmehr werden die Athleten mittels Spielerberater vermittelt oder gezielt angesprochen. Eine Stellenausschreibung „Bundesligaverein sucht Fußballprofi - gute Bezahlung“ wird man im Berufssport nicht finden. Ein Bewerbungsgespräch, in Rahmen dessen häufig die eigentliche diskriminierende Auswahl stattfindet, existiert im Profisport in aller Regel ebenfalls nicht. Vielmehr ist die eigentliche Auswahl in solchen Gesprächen meist schon getroffen worden und es werden lediglich die Rahmenbedingungen des Vertrages mit dem ausgewählten Spieler geklärt. Ein Nichtzustandekommen des Vertrages hat dann aber meist eher Gründe finanzieller, als diskriminierender Art.

Obwohl sich das Bewerbungsverfahren im Berufssport somit von demjenigen des normalen Arbeitslebens größtenteils unterscheidet, sind dennoch im Sport Benachteiligungen in der Vertragsanbahnungsphase möglich. Mangels Publizität – wie etwa durch Stellenausschreibungen – werden diese im Bereich des Sports nur nicht so leicht wahrgenommen. Inoffiziell hört man immer wieder von Vorgängen, bei welchen der Athlet während der Vertragsverhandlungen diskriminiert wurde. Ein solcher Anwendungsfall soll sich beispielsweise in der deutschen Fußballbundesliga ereignet haben. Dort soll ein deutscher Spitzenverein versucht haben, ein brasilianisches Jugendtalent zu verpflichten. Kurz vor der Vertragsunterzeichnung zog der deutsche Verein allerdings plötzlich sein Angebot zurück, nachdem bekannt wurde, dass der Spieler homosexuell sei. Spielerberater empfehlen daher ihren betreuten Spielern, über ihre Homosexualität zu schweigen, da sie ansonsten nicht vermittelbar seien. Dies schürt weitere Ängste bei den Betroffenen und führt dazu, dass diese ihre Neigung nicht nur verheimlichen, sondern teilweise durch Scheinbeziehungen verstecken.<sup>136</sup> Derartige Zustände möchte das AGG vermeiden. Ziel des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist es, den Zugang zur Erwerbstätigkeit diskriminierungsfrei zu halten.

Die Rechtsprechung des EuGH, welche bereits unter II. 1. a. aa. [1]. [b]. [aa]. kurz erörtert wurde, verdeutlicht, dass der Zugang zur Erwerbstätigkeit nicht erst dann beeinträchtigt wird, wenn konkrete Vertragsverhandlungen stattfinden, sondern Benachteiligungen auch in einem noch früheren Stadium erfolgen können.<sup>137</sup> So wäre der Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG beispielsweise eröffnet, wenn ein Manager in einer Pressekonferenz bekannt gibt, „dass er keine Türken in seiner Mannschaft beschäftigen werde“. Derartige Äußerungen scheinen nicht allzu abwegig, bedenkt man, wie offen sich einige Manager, Trainier und Spieler etwa zu ihrer Homophobie bekennen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass in emotional geführten Pressekonferenzen oft

<sup>135</sup> Roloff, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK AGG, 1.12.2010, RN 4 zu § 2.

<sup>136</sup> Süddeutsche Zeitung, Schwulenfeindlichkeit, Nr. 158, 13.7.2009, S. 24; Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010.

<sup>137</sup> EuGH, Urteil vom 10.7.2008 – C-54/07.

Einblicke gewährt werden, welche die wahren Motivationen erkennen lassen. Als weitere Variante könnte man sich vorstellen, dass in einer Abteilungsversammlung beschlossen wird, dass man keinen Serben/Türken/etc. als Spieler/Trainer beschäftigen möchte. Der Fall könnte im Hinblick auf den Diskriminierungsgrund und die zu besetzende Stelle beliebig abgewandelt werden. Durch eine derartige Äußerung bzw. einen derartigen Beschluss würden die nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG unzulässigen Auswahlkriterien offengelegt. Dies könnte dazu führen, dass sich Spieler oder Trainer um diese Stelle nicht bewerben, und damit ihr Zugang zum Arbeitsmarkt behindert wird. Auch dies will das AGG mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG verhindern, weshalb gerade in derart vorgelagerten Fällen der Anwendungsbereich eröffnet sein soll.

Ohne Einschränkungen gilt § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG natürlich für den Zugang zur unselbständigen Erwerbstätigkeit von „normalen“ Angestellten des Vereins. So weist beispielsweise die Einstellung einer Reinigungskraft für das Vereinsgelände keine sportrechtlichen Besonderheiten auf. Anders könnte die Situation zu beurteilen sein, wenn man auf der Suche nach einem Mannschaftsbetreuer für eine Männermannschaft ist, und die Stelle nur für männliche Bewerber ausschreibt. Dies kann aber nicht darüber hinweg täuschen, dass die Frage über die Zulässigkeit einer solchen Ausschreibung einen Schritt weiter geht und die Rechtfertigung betrifft. Der Anwendungsbereich des AGG nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ist hierfür zumindest eröffnet.

#### *[cc]. Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit*

Vom Schutzbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist nach seinem ausdrücklichen Wortlaut auch der Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit umfasst. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist umfassender als der frühere § 611 a BGB, welcher mit der Einführung des AGG aufgehoben wurde.

Die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches auf die Gruppe der Selbständigen scheint auf den ersten Blick widersprüchlich zu sein, da der Abschnitt 2 des AGG die Überschrift „Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung“ trägt und der persönliche Geltungsbereich in § 6 Abs. 1 AGG nur von Arbeitnehmern, zur Berufsausbildung Beschäftigten und arbeitnehmerähnlichen Personen spricht. Soweit die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit den beruflichen Aufstieg betreffen, sollen die Vorschriften des Abschnittes 2 gem. § 6 Abs. 3 AGG auch für Selbstständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer/-innen und Vorstände, entsprechend gelten. Somit wird durch § 6 Abs. 3 AGG ein Einklang mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG geschaffen.<sup>138</sup>

Während es bei der unselbständigen Erwerbstätigkeit noch einfach ist, die Reichweite der Vorschrift zu erfassen, so ist dies bei der selbständigen Tätigkeit nicht mehr ohne weiteres möglich. So stellen bei einer Arbeitnehmertätigkeit unweigerlich die Ausschreibung, das Bewerbungsverfahren und das abschließende Auswahlverfahren Zugangsbedingungen dar. Fraglich und von der Rechtsprechung derzeit noch ungeklärt ist, welche Verträge in Bezug auf den Zugang zur selbständigen Tätigkeit vom Anwendungsbereich

<sup>138</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 16 zu § 2; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 3 zu § 2.

des AGG umfasst sein sollen.<sup>139</sup> Für den mittlerweile aufgehobenen § 611 a BGB wurde vertreten, dass bei europarechtskonformer Auslegung alle Dienstverträge erfasst sein müssen.<sup>140</sup> Allerdings betraf diese Norm lediglich die geschlechtsbezogene Benachteiligung innerhalb eines Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Arbeitsverhältnisses. Sie regelte nicht die selbständige, sondern die unselbständige Tätigkeit. Eine derart weite Auslegung wäre auch nicht angebracht, da das AGG zwischen einem arbeitsrechtlichen und einem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot unterscheidet und daher sowohl den Anwendungsbereich als auch die Systematik des Gesetzes selbst dementsprechend aufteilt. So wird in § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AGG und in Abschnitt 2 des Gesetzes das arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot behandelt, während hingegen in § 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8 AGG und in Abschnitt 3 die Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr im Mittelpunkt steht. Würde man alle Dienstleistungsverträge unter den Begriff der selbständigen Tätigkeit in § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG subsumieren, würde man diese Trennung aufheben, ohne dass dies notwendig wäre. Von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG können somit nur Verträge erfasst sein, welche den Zugang zur unselbständigen Erwerbstätigkeit in arbeitsrechtlicher Hinsicht regeln. Einzelne Werk- und Dienstverträge sind nicht Bedingung für den Zugang zur Selbstständigkeit, sondern vielmehr Teil ihrer Ausübung.<sup>141</sup> Die Ausübung der selbständigen Tätigkeit wird vom AGG allerdings nicht geschützt.<sup>142</sup> Relevant können somit nur Verträge sein, welche Rahmenbedingungen und Grundlagen für die Ausübung der Selbstständigkeit bilden und damit das „Ob“ und nicht das „Wie“ der selbstständigen Tätigkeit bestimmen.<sup>143</sup> So zum Beispiel Franchise-Verträge<sup>144</sup> oder Gesellschaftsverträge<sup>145</sup>, welche Aufnahmebedingungen an den in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmalen festmachen.

Aus den oben genannten Gründen fällt somit der Abschluss von Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträgen mit Selbständigen, insbesondere Beratern, nicht in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG.<sup>146</sup> Die Vergabe eines einzelnen Auftrages betrifft nicht den Zugang zur selbständigen Tätigkeit.<sup>147</sup>

Im Bereich des Sports könnte die Einschließung der selbständigen Erwerbstätigkeit überwiegend Bedeutung für Individualsportler haben, die in keinem Angestelltenverhältnis tätig sind (zu den verschiedenen Formen der Erwerbstätigkeit später unter II. 2.). Jedoch muss auch hier beachtet werden, dass die Ausübung der Selbstständigkeit durch das AGG nicht geschützt ist. Man muss also auch hier unterscheiden, ob der Zugang zur

<sup>139</sup> Schlachter, in: *ErfKomArbR*, 2009, RN 4 zu § 2 AGG; Thüsing, in: *MüKoBGB*, 2007, RN 5 zu § 2 AGG.

<sup>140</sup> Thüsing, in: *MüKoBGB*, 2007, RN 5 zu § 2 AGG.

<sup>141</sup> Schlachter, in: *ErfKomArbR*, 2009, RN 5 zu § 2 AGG; Thüsing, in: *MüKoBGB*, 2007, RN 5 zu § 2 AGG.

<sup>142</sup> Hierzu auch unter II. 1. a. aa. [2].

<sup>143</sup> Schlachter, in: *ErfKomArbR*, 2009, RN 5 zu § 2 AGG; Thüsing, in: *MüKoBGB*, 2007, RN 5 zu § 2 AGG.

<sup>144</sup> Schlachter, in: *ErfKomArbR*, 2009, RN 5 zu § 2 AGG.

<sup>145</sup> Thüsing, in: *MüKoBGB*, 2007, RN 5 zu § 2 AGG; Schlachter, in: *ErfKomArbR*, 2009, RN 5 zu § 2 AGG; a.A. Schröder/Diller, *NZG* 2006, S. 728 ff.

<sup>146</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, *AGG*, 2008, RN 16 zu § 2.

<sup>147</sup> Schlachter, in: *ErfKomArbR*, 2009, RN 5 zu § 2 AGG; Bauer/Göpfert/Krieger, *AGG*, 2008, RN 16 zu § 2.

selbständigen Tätigkeit oder lediglich die Ausübung derselben betroffen ist. Dies soll anhand folgenden Beispiels verdeutlicht werden:

Der Anwendungsbereich wäre beispielsweise nicht eröffnet, wenn ein Veranstalter eines Marathons in seinen Teilnahmebedingungen pauschal die Teilnahme kenianischer Läufer an seiner mit einem Platzierungsgeld dotierten Laufveranstaltung verbietet. Für einen kenianischen Läufer, der bei keinem Verein angestellt ist, hätte die Vereinbarung den Wegfall dieser Einnahmequelle zur Folge. Allerdings ist auch hier festzuhalten, dass durch ein einzelnes Teilnahmeverbot eines Veranstalters nicht der Zugang zur Selbstständigkeit betroffen ist. Der kenianische Sportler ist trotz des Teilnahmeverbotes ein Berufsläufer. Er darf nur diesen einen Wettkampf nicht bestreiten. Somit ist wiederum nur seine Ausübung erschwert. Die Ausübung der Selbstständigkeit wird vom AGG - wie bereits dargelegt wurde - allerdings nicht geschützt. Anders wäre der Sachverhalt einzustufen, wenn nicht der einzelne Veranstalter, sondern der deutsche Laufverband beschließen würde, dass kenianische Läufer an nationalen Laufveranstaltungen in Deutschland nicht teilnehmen dürfen. Hierdurch würde dem Sportler der Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit als Berufssportler genommen, da er in Deutschland durch das Laufen kein Geld mehr verdienen könnte.

Für Spielervermittler bedeutet das oben Gesagte, dass sie sich zwar nicht darauf berufen können, dass ein potentieller Vertragspartner nicht mit ihnen zusammenarbeite, weil er nur Spieler einer bestimmten Nation vermittele oder selbst ein Merkmal nach § 1 AGG aufweise. Der Anwendungsbereich ist dann eröffnet, wenn die Ausübung der Spielervermittlertätigkeit selbst betroffen ist. Dies wäre der Fall, wenn die Lizenzierung von diskriminierenden Bedingungen abhängig gemacht wird und hierdurch die Zulassung als Spielervermittler verhindert wird. Dies hat aber in der Praxis keine Bedeutung.

### *[c]. Beruflicher Aufstieg*

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG soll ein diskriminierungsfreier beruflicher Aufstieg gewährleistet werden.

Begrifflich fasst man unter dem beruflichen Aufstieg die Beförderung, also die Einräumung einer höherwertigen Tätigkeit.<sup>148</sup> Die Wertigkeit einer Stelle ist dabei nach objektiven Maßstäben zu bestimmen und hängt nicht von der subjektiven Einschätzung der betroffenen Person ab.<sup>149</sup> Es sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Der Höhe der üblicherweise für die Tätigkeit gezahlten Vergütung, kommt hierbei besondere Bedeutung zu, da sie eine messbare Größe liefert.<sup>150</sup>

Der Anwendungsbereich für den Sport ist in diesem Zusammenhang schwierig zu fassen sein. Die Bezahlung im Sport hängt überwiegend von der individuellen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Berufssportlers und dessen Marktwert ab, weshalb die Vergütung bei der Ausübung derselben Tätigkeit sehr differieren kann. So verdient z.B. nicht jeder

<sup>148</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 30 zu § 2; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG 2008, RN 17 zu § 2.

<sup>149</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG 2008, RN 17 zu § 2.

<sup>150</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG 2008, RN 17 zu § 2.

Fußballspieler annähernd dasselbe, sondern sein Gehalt hängt von seinen spielerischen Fähigkeiten und seinem Marktwert ab. Der Verdienst im Sport ist daher nicht tätigkeits-, sondern leistungsbezogen. Die bezahlte Vergütung kann daher im Sport kein Indiz dafür sein, ob ein Sportler beruflich aufsteigt oder nicht. Ob es sich im Einzelfall um eine angemessen Bezahlung handelt, ist vielmehr ein Anwendungsfall von § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, der die Diskriminierung im Hinblick auf das Arbeitsentgelt explizit regelt. Auch dürfte es im Sport schwierig sein, verschiedene Wertigkeiten der Sportausübung zu bestimmen.

Ein denkbare Szenario könnte sich aus dem Radsport ergeben, in welchem meist ein Team um einen Fahrer positioniert ist. Man könnte sich also fragen, ob der Aufstieg vom „Helfer“ zum „Star“ der Mannschaft ein beruflicher Aufstieg im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG sein kann. Ein weiteres Beispiel für die Eröffnung des Anwendungsbereiches von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG könnte vorliegen, wenn ein Sportler nach seiner Karriere in das Management des Vereins einsteigen will und man ihm dies mit der Begründung verwehrt, dass er noch zu jung sei (Altersdiskriminierung) oder man keine Frau oder keinen Ausländer in einer derartigen Position wünsche. Im Rahmen des letzten Beispiels ist jedoch fraglich, ob mit der Ausübung einer Managertätigkeit überhaupt noch eine mit der Sportausübung vergleichbare Tätigkeit vorliegt. Aufgrund der Verschiedenartigkeit der Tätigkeit kann man hier wohl nicht mehr von einem beruflichen Aufstieg, sondern muss vielmehr von einem beruflichen Neueinstieg sprechen.<sup>151</sup>

Letztlich kann man also feststellen, dass der Variante des beruflichen Aufstieges im Sport wohl eher geringe Bedeutung zu kommt. Dennoch kann sie nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Vielmehr bleibt eine Einordnung in diesen Anwendungsbereich der Einzelfallbeurteilung überlassen.

#### *[d]. Bedeutung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG im Sport*

Im Bereich des Sports lässt sich die Bedeutung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG wie folgt zusammenfassen:

Der Zugang zur unselbständigen Erwerbstätigkeit hat überwiegend in den Bereichen Bedeutung, in denen Sportler ihren Beruf in einem Angestelltenverhältnis ausüben. Dies dürfte größtenteils für Mannschaftssportarten zutreffen, in welchen die Athleten meist bei einem Verein oder einer ausgegliederten Spielbetriebs GmbH mittels eines Arbeitsvertrages angestellt sind. Gerade dort sind Benachteiligungen beim Zustandekommen des Beschäftigungsverhältnisses denkbar.

Der Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit hat mehr Bedeutung für Individualsportler. Sie sind meist nicht mittels eines Arbeitsvertrages angestellt, sondern verdienen ihr Geld durch Sponsorenverträge, Antritts- und Preisgelder. Im Hinblick auf den Sport sind sie keinem festen Arbeitgeber unterworfen. Bei selbstständigen Athleten ist jedoch zu beachten, dass der Abschluss von Verträgen mit Dritten die Ausübung der Selbstständigkeit und somit nicht den Zugang zur Erwerbstätigkeit betrifft. Die Ausübung der Selbstständigkeit wird allerdings nicht vom AGG geschützt. Der Schutzbereich nach

<sup>151</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 31 a zu § 2.



§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist für selbständiger Sportler oder Spielervermittler nicht eröffnet, wenn ein potentieller Vertragspartner – sei es Sponsor, Veranstalter, Verein oder Verband - aus diskriminierenden Gründen den Abschluss eines Vertrages mit diesen ablehnt. Lediglich wenn die grundsätzliche Wahrnehmung und damit das „ob“ der Tätigkeit beeinträchtigt wird, ist der Zugang zur selbstständigen Erwerbstätigkeit betroffen und somit der Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG für selbstständige Athleten eröffnet.

*[2]. Ausübungsbedingungen, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG*

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG gelten die Benachteiligungsverbote des AGG für Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.

*[a]. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen*

Hierbei enthält § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eine kurze Aufzählung, die aber keinesfalls abschließend ist.<sup>152</sup>

*[aa]. Bedingungen*

Im Mittelpunkt des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG steht der Begriff der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Der Begriff ist weit zu verstehen und umfasst neben zweiseitigen individual- und kollektivrechtlichen Regelungen auch einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers.<sup>153</sup>

Sinn und Zweck des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG ist es, die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses frei von Diskriminierungen zu halten und so eine diskriminierungsfreie Ausübung der Tätigkeit zu gewährleisten.

*[bb]. Arbeitsentgelt*

Als Beispiel für Ausübungsbedingungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG nennt die Vorschrift explizit das Arbeitsentgelt. Mithin ist eine diskriminierende Benachteiligung in Bezug auf die Vergütung der Erwerbstätigkeit unzulässig.

Der Begriff des Arbeitsentgelts umfasst alle gegenwärtigen oder künftigen, in bar oder in Sachleistungen gewährten Vergütungen, sofern sie der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wenigstens mittelbar aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses gewährt.<sup>154</sup> Hierunter fallen neben Grundlöhnen, Zulagen, Gratifikationen, Prämien, Sondervergütungen und Sachbezügen, unter anderem auch Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, bezahlte Freistellungen, die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern, Vergünstigungen für Mitarbeiter im Reiseverkehr mit der Bahn sowie Entschädigungszahlungen bei betriebsbedingten Entlassungen.<sup>155</sup>

<sup>152</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 2.

<sup>153</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 33 zu § 2; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 28 zu § 2.

<sup>154</sup> EuGH, Urteil vom 26.6.2001, C-381/99; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 9 zu § 2; Schlachter, in: ErfKomArbR, 2009, RN 8 zu § 2 AGG; vgl. auch Legaldefinition in Art. 141 Abs.2 EG-Vertrag.

<sup>155</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 9 zu § 2.

*[cc]. Entlassungsbedingungen*

Als weiteres Beispiel werden die Entlassungsbedingungen erwähnt. Der Geltungsbereich des AGG umfasst nicht nur die Durchführung und die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch dessen Beendigung.<sup>156</sup>

Der Begriff der Entlassungsbedingungen bezieht sich dabei auf alle Beendigungstatbestände wie den Aufhebungsvertrag, die Befristung – z.B. durch die Festlegung von Altersgrenzen<sup>157</sup> – und die Anfechtung von Arbeitsverträgen.<sup>158</sup> Auch die Kündigung ist grundsätzlich von § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG erfasst. Allerdings sind bei Kündigungen die Sonderregelungen zum Kündigungsschutz gem. § 2 Abs. 4 AGG vorrangig.<sup>159</sup> Geschützt ist aber nicht nur das Ob einer Beendigung, sondern auch das Wie.<sup>160</sup>

*[dd]. Vereinbarungen und Maßnahmen*

Zuletzt werden innerhalb der beispielhaften Aufzählung von § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG individual- und kollektivrechtliche Vereinbarungen und Maßnahmen genannt, die im Zusammenhang mit der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie dem beruflichen Aufstieg stehen.

Unter den Begriff der Vereinbarungen fallen alle Rechtsgeschäfte wie Vertragsabschluss, -änderung, -aufhebung, die betriebliche Übung oder die Gesamtzusage.<sup>161</sup> Unter Maßnahmen muss man begrifflich jedes tatsächliche Verhalten, wie die Ausübung des Weisungsrechts, oder die Erteilung von Abmahnungen erfassen.<sup>162</sup>

*[b]. Umfang*

Interessant ist das Zusammenspiel von § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG und der hieraus resultierenden Reichweite der Norm.

*[aa]. Auffangtatbestand*

Der Begriff der „Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“ lässt aufgrund seines weiten Anwendungsbereichs viel Spielraum zur Subsumtion. Entsprechend wird im Schrifttum vertreten, dass § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG weit auszulegen ist und als Auffangtatbestand fungiert, weshalb sämtliche Bedingungen für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erfasst werden.<sup>163</sup>

<sup>156</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 28 zu § 2.

<sup>157</sup> Vgl. EuGH, NJW 1986, S. 2178 ff.

<sup>158</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 9 zu § 2.

<sup>159</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 28 zu § 2.

<sup>160</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 9 zu § 2.

<sup>161</sup> Schlachter, in: ErfKomArbR, 2009, RN 9 zu § 2 AGG.

<sup>162</sup> Schlachter, in: ErfKomArbR, 2009, RN 9 zu § 2 AGG.

<sup>163</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 2.

*[bb]. Beschränkung auf unselbständige Erwerbstätigkeit*

Allerdings eröffnet § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG den Anwendungsbereich nur für die unselbständige Erwerbstätigkeit. Zwar stellt der Begriff der Ausübungsbedingungen in § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG den Gegenbegriff zu den in § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG geregelten Zugangsbedingungen dar. Allerdings regelt § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG dem Wortlaut nach ausdrücklich, dass eine Benachteiligung nicht nur im Bezug auf die Bedingungen für den Zugang zur unselbständigen Erwerbstätigkeit gelten soll, sondern eben auch für die selbständige Erwerbstätigkeit. Eine derartige Bezugnahme auf die selbständige Erwerbstätigkeit fehlt jedoch in § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Vielmehr wird ein Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis vorausgesetzt, welches nur bei einer unselbständigen Erwerbstätigkeit vorliegen kann.<sup>164</sup> Deutlicher zu erkennen ist dies, wenn man in diesem Zusammenhang den § 6 Abs. 3 AGG berücksichtigt, der den persönlichen Anwendungsbereich regelt. Dieser besagt, dass das Benachteiligungsverbot nach dem AGG zugunsten von Selbständigen ausdrücklich nur für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg gelten soll. Dies hat zur Folge, dass ein Selbständiger in arbeitsrechtlicher Hinsicht nur beim Zugang zu seiner Erwerbstätigkeit geschützt ist, ein Angestellter hingegen sowohl beim Zugang, als auch bei der Ausübung seiner Tätigkeit. Ein unselbständiger Erwerbstätiger ist somit vom AGG umfangreicher geschützt, als ein Selbständiger. Eine derart unterschiedliche Behandlung erscheint auf den ersten Blick nicht konsequent. Europarechtlich zu beanstanden ist dieser Umstand jedenfalls nicht, da die Vorschriften im AGG diesbezüglich eine eins zu eins Umsetzung der Europäischen Anti-Diskriminierungsrichtlinien ist und dort eine Unterscheidung in derselben Form vorgenommen wird.<sup>165</sup>

In der Konsequenz bedeutet dies, dass selbstständige Athleten bei der Ausübung ihres Berufssports keinen Schutz durch das AGG genießen. Schutz erfahren sie durch das AGG allenfalls in Bezug auf Zugangsbedingungen.<sup>166</sup>

*[c]. Bedeutung im Sport*

Die Eigenschaft des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG als Auffangtatbestand führt dazu, dass der Anwendungsbereich des AGG in den meisten Fällen über diese Vorschrift eröffnet wird. An der Funktion und Bedeutung von § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG ändert sich auch im Bereich des Berufssports nichts. Auch dort wird für einen Großteil der Fälle der Anwendungsbereich über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet.

Dabei können die Ausübungsbedingungen der Berufssportler in vielfacher Hinsicht betroffen sein. So umfasst die Ausübung der Tätigkeit zum einen Regelungen und Vereinbarungen, welche auf das Beschäftigungsverhältnis einwirken und die Vertragsgestaltung betreffen. Insofern werden sämtliche Trainings-, Wettkampf- und Verhaltensregeln von § 2 Abs. 2 Nr. 2 AGG erfasst, welche durch Vereine und Verbände gegenüber den Be-

<sup>164</sup> Vgl. auch Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 30 zu § 2.

<sup>165</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 a) und c) der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 3 Abs. 1 a) und c) der Richtlinie 2000/78/EG.

<sup>166</sup> Hierzu II. 1. a. aa. [1]. [b]. [cc].

rufssportlern aufgestellt werden. Zum anderen werden von den Ausübungsbedingungen auch die tatsächlichen Rahmenbedingungen, welche der Sportler im Verein, im Training und im Wettkampf antrifft, erfasst. So fällt beispielsweise diskriminierendes Verhalten eines Trainers - etwa beleidigende Äußerungen über Homosexuelle durch einen Fußballbundesliga-Trainer<sup>167</sup> - unter § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, da sich dieses Verhalten unter den Begriff der Maßnahme subsumieren lässt.

Da ausdrücklich das Arbeitsentgelt erwähnt ist und hierunter neben dem Grundlohn vor allem Zulagen, Gratifikationen, Prämien, Sondervergütungen oder Sachbezügen verstanden werden, ist im Sport der Anwendungsbereich bei der Verteilung von Fördergeldern, Prämien oder anderen Zuwendungen eröffnet, wenn die Gewährung im Zusammenhang mit den Diskriminierungsmerkmalen des § 1 AGG steht.

Zu beachten ist jedoch, dass sich der Schutz von § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG nur auf angestellte Athleten erstreckt. Selbstständige Athleten, die in keinem Beschäftigungsverhältnis tätig sind, genießen keinen Schutz bei der Ausübung der Erwerbstätigkeit durch § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG hat daher überwiegend in Mannschaftssportarten Bedeutung, in welchen Athleten ihrem Berufssport in aller Regel in einem Beschäftigungsverhältnis nach gehen (hierzu später unter II. 2. mehr).

### *[3]. Berufliche Bildung, § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG*

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG ist der Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, einschließlich der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung, sowie der praktischen Berufserfahrung vom sachlichen Anwendungsbereich des AGG erfasst.

Die Vorschrift hat wenig Praxisrelevanz, da ein Großteil der Anwendungsfälle bereits über § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AGG abgedeckt wird.<sup>168</sup> So fällt der Zugang zur Berufsausbildung bereits unter § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG, wenn mit der Berufsausbildung eine Erwerbstätigkeit verbunden ist. Bei Ausbildungsverträgen wird dies in aller Regel der Fall sein, weshalb somit auch der Zugang zur Erwerbstätigkeit tangiert ist.<sup>169</sup> Ferner greift bei bestehenden Beschäftigungsverhältnissen § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG ein, da die Berufsberatung und Berufsausbildung hier integraler Bestandteil der Arbeitsbedingungen sind. Sofern man hierbei nur auf die Benachteiligung beim Zugang zur Berufsberatung oder Berufsbildung abstellt, geht § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG als speziellere Norm vor.<sup>170</sup> Dies hat jedoch mehr Auswirkungen theoretischer Natur, als für die Praxis. Eigenständige Bedeutung hat § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG nur da, wo die Benachteiligung bezüglich der Berufsausbildung und der Berufsberatung in keinem Zusammenhang mit einer konkreten Erwerbstätigkeit steht. Im Hinblick auf den Begriff der Berufsbildung kann auf die Legaldefinition in

<sup>167</sup> Theweleit, Daum-Äußerungen verärgern Homosexuelle, Spiegel-Online, 25.5.2008

<sup>168</sup> Vgl. auch Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 43, RN 100.

<sup>169</sup> Vgl. auch Roloff, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK AGG, 1.12.2010, RN 12 zu § 2; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 43, RN 101.

<sup>170</sup> Roloff, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK AGG, 1.12.2010, RN 12 zu § 2.

§ 1 Abs. 1 BBiG zurückgegriffen werden.<sup>171</sup> Demnach ist Berufsbildung der Oberbegriff für die Berufsausbildung, die berufliche Fortbildung und die berufliche Umschulung.

Für den Bereich des Sports ist § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG gleichfalls wenig praxisrelevant. Augenmerk ist allerdings auf die Begriffsbestimmung durch das BBiG zu legen. So heißt es in § 1 Abs. 4 BBiG, dass es die berufliche Fortbildung ermöglichen soll, die berufliche Handlungsfähigkeit zu erhalten, anzupassen oder zu erweitern. Fraglich könnte sein, wie dies im Zusammenhang mit dem Leistungssport zu verstehen ist. Unter beruflicher Handlungsfähigkeit wird man bei einem angestellten Sportler sicherlich die sportliche Leistungsfähigkeit verstehen können. Ohne diese kann der Sportler seine Arbeitsleistung, nämlich die Sportausübung, nicht erbringen. Diese gilt es zu erhalten, anzupassen oder zu erweitern. Die Erhaltung bzw. Erweiterung der sportlichen Leistungen kann bei Sportlern, z.B. durch Trainingslager oder Lehrgänge, erfolgen. Der Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG könnte somit eröffnet sein, wenn ein Verein nur U24 Spieler bzw. Sportler eines bestimmten Jahrganges auf Turniere bzw. Trainingslager schickt. Im Basketball, wenn ein Trainer nur mit Jugendspielern Individualtrainingseinheiten abhält, ohne ältere Spieler mit einzubeziehen. Hierdurch wird sicherlich die berufliche Handlungsfähigkeit der Geförderten nicht nur erhalten, sondern sogar gefördert, während hingegen ältere Athleten ab einem gewissen Alter meist nicht mehr sportlich gefördert werden. Inwiefern dieser Umstand gerechtfertigt ist, gilt es an anderer Stelle zu klären.

Auch muss an dieser Stelle erneut an die Fallkonstellation gedacht werden, in der ein aktiver Profi-Sportler nach seinem Karriereende in eine andere Tätigkeit, z.B. Trainer oder Sportmanager, innerhalb des Vereins wechseln will.<sup>172</sup> Sollte er bei diesem Wechsel wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber einem anderen Kollegen benachteiligt werden, so könnte hier § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG einschlägig sein. Anders als § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AGG betrifft § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG nicht nur den beruflichen Aufstieg, sondern eben auch die Umschulung. Letztere soll gerade den Übergang in eine andere berufliche Tätigkeit ermöglichen.<sup>173</sup> Wird einem Sportler daher die Umschulung zu einer solchen Tätigkeit mit der Argumentation verwehrt, dass man keinen Farbigen in der Vorstandschaft haben möchte, dann wäre der Anwendungsbereich über diese Vorschrift eröffnet.

#### *[4]. Mitgliedschaft/Mitwirkung in berufsbezogenen Vereinigungen, § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG*

Aus Sicht des Gesetzgebers haben Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und Berufsverbände wesentlichen Einfluss auf die Bedingungen der Erwerbstätigkeit, so dass dem Einzelnen ein diskriminierungsfreier Zugang auch zu diesen Vereinigungen ermöglicht werden muss.<sup>174</sup> Aus diesem Grund erklärt § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund in Bezug auf die Mitgliedschaft und Mitwirkung in

<sup>171</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 12 zu § 2; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 43, RN 100.

<sup>172</sup> Vgl. hierzu bereits II. 1. a. aa. [1]. [c].

<sup>173</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 103 zu § 2.

<sup>174</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 37 zu § 2.

einer Beschäftigten- oder Arbeitgebervereinigung oder einer Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Vereinigungen, für unzulässig.

Zu den berufsbezogenen Vereinigungen gehören die bereits genannten Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände.<sup>175</sup> Aber auch die Berufsverbände wie Handwerksinnungen, Kassenärztliche Vereinigungen und Anwaltsvereine gehören dazu.<sup>176</sup> Berufsübergreifende Vereinigungen unterfallen nur dann dem Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG, wenn sie eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehaben.<sup>177</sup> Die Differenzierung zwischen Beschäftigten- und Arbeitgebervereinigungen im Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG verdeutlicht, dass nicht nur Arbeitnehmer vom Schutzbereich umfasst sind, sondern auch alle anderen abhängig Beschäftigten, insbesondere auch arbeitnehmerähnliche Personen.<sup>178</sup> Von der Mitgliedschaft in den Berufsverbänden sind ferner auch Selbständige erfasst.<sup>179</sup> Geschützt sind die Mitgliedschaft und die Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten.<sup>180</sup>

Wegen ihrer faktischen Monopolstellung fallen auch Sportverbände wie der Deutsche Sportbund e.V.<sup>181</sup>, Landessportverbände<sup>182</sup> und Sportförderdachvereine<sup>183</sup> unter § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG.<sup>184</sup> Um die Reichweite des § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG diesbezüglich zu erkennen, muss man die Norm im Zusammenhang mit § 18 AGG lesen, welche § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG konkretisiert. Es gibt jedoch im Schrifttum auch Ansichten, welche die Konkretisierung in § 18 AGG nur soweit reichen lassen, dass lediglich Vereinigungen mit Bezug zum Beruf bzw. zum Arbeits- und Wirtschaftsleben vom Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG umfasst sind.<sup>185</sup> Somit ist nicht eindeutig geklärt, ob Sportverbände, die außerhalb der Berufstätigkeit liegen, vom Schutzbereich umfasst sind. Zweifelsfrei sind sie es, wenn sie die Erwerbstätigkeit eines Berufssportlers betreffen. Daher fallen unter § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG zum einen Spielervereinigungen von Berufssportlern. In Deutschland gibt es derzeit nur drei solcher Vereinigungen.<sup>186</sup> Die Vereinigung der Vertragsfußballer e.V. (VdV)<sup>187</sup>, die Vereinigung der Eishockeyspieler e.V. (VdE) und

<sup>175</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 2; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 37 zu § 2.

<sup>176</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 2.

<sup>177</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 2.

<sup>178</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 38 zu § 2.

<sup>179</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 42 zu § 2.

<sup>180</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 38 zu § 2.

<sup>181</sup> BGHZ 63, S. 282.

<sup>182</sup> BGH NJW-RR 1986, S. 583.

<sup>183</sup> BGH NJW 1999, S. 1326.

<sup>184</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 11/12 zu § 18; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 42 zu § 2 und RN 10 a zu § 18.

<sup>185</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 45 ff.

<sup>186</sup> Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, S. 86; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 269, RN 52.

<sup>187</sup> Mehr hierzu unter [www.spielergewerkschaft.de](http://www.spielergewerkschaft.de).

die Spielerinitiative Basketball (SP.IN)<sup>188</sup>. Zum anderen monopolistische Dachsportverbände, wenn sie die Grundvoraussetzungen für die Erwerbstätigkeit des Berufssportlers schaffen.

*bb. Allgemeines Zivilrecht, § 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8 AGG*

§ 2 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 8 AGG betreffen den Sozialschutz (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG), einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste<sup>189</sup>, soziale Vergünstigungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 AGG), Bildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG), sowie den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG).

Der Anwendungsbereich geht hierbei über den Bereich des Arbeitsrechts hinaus und betrifft nicht nur die Beschäftigung und den Beruf.<sup>190</sup> Im Kern wird mit diesen Vorschriften gerade auf den allgemeinen Zivilrechtsverkehr abgezielt, welcher hierdurch ebenfalls frei von Diskriminierungen gehalten werden soll. Problematisch und noch ungeklärt ist die Tatsache, ob die in den §§ 2 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 8 AGG genannten Sektoren in Deutschland entweder ausschließlich oder doch überwiegend durch öffentlich-rechtliche Vorschriften bestimmt werden.<sup>191</sup> Allerdings enthält nur § 2 Abs. 2 AGG einen Verweis auf öffentlich-rechtliche Regelungen wie das Sozialgesetzbuch. Die folgenden Vorschriften behandeln nur den Bereich des Arbeitsrechts. Eine Bezugnahme auf die Vorschriften des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 8 AGG erfolgt dann nur noch in § 19 Abs. 2 AGG. Diese Vorschrift betrifft allerdings allein die Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, und nicht öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse.<sup>192</sup>

Aufgrund der überwiegend öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung in Deutschland, aber des größtenteils nur zivilrechtlichen Anwendungsbereichs des AGG in diesen Sektoren, haben die Vorschriften der §§ 2 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 7 AGG in Deutschland keine große Relevanz und dienen lediglich der Umsetzung der Antirassismus-Richtlinie.<sup>193</sup> Größere Bedeutung hat daher nur § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG, der die Diskriminierung bei „Massengeschäften“ verhindern soll.<sup>194</sup>

Die Bedeutung für den Sport ist daher eher als gering einzuschätzen, zumal es sich bei den meisten Verträgen im Sport nicht um öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse handelt. Selbst der einzig von Bedeutung scheinende § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG hat keine Auswirkungen auf den Sport. Verträge von Sportlern sind kein Massen- oder Versicherungsgeschäft; vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGG. Auch stehen Sportverträge nicht der breiten

<sup>188</sup> Mehr hierzu unter [www.spinbb.net](http://www.spinbb.net).

<sup>189</sup> So Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 14 zu § 2 und Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 43 zu § 2.

<sup>190</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 43 zu § 2.

<sup>191</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 15 zu § 2; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 44 zu § 2.

<sup>192</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 44 zu § 2.

<sup>193</sup> Wortlaut der Antirassismus-Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 lit. e-h mit § 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8 AGG identisch.

<sup>194</sup> So auch Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 44 zu § 2.

Öffentlichkeit zur Verfügung, wie dies bereits der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 8 fordern würde.<sup>195</sup>

*cc. Konkretisierung/Erweiterung durch §§ 3, 18, 19 AGG*

Die Aufzählungen in den § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 8 AGG sind nicht abschließend. Eine weitere Konkretisierung erfährt der Anwendungsbereich des AGG durch die §§ 3, 18 und 19 AGG.

*[1]. (Sexuelle) Belästigung nach § 3 Abs. 3 und 4 AGG*

So gilt das AGG nach § 3 Abs. 3 AGG für Belästigungen und nach § 3 Abs. 4 AGG auch für die sexuelle Belästigung.<sup>196</sup> Eine derartige Erweiterung des Anwendungsbereichs ist notwendig, da es sich bei Belästigungen streng genommen um keine Ungleichbehandlung, sondern um eine unerwünschte Verhaltensweise handelt, die ebenfalls durch das AGG sanktioniert werden soll.

*[2]. § 18 AGG*

Eine inhaltliche Ausgestaltung erfährt § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG durch § 18 AGG.<sup>197</sup> So erklärt § 18 Abs. 1 die Vorschriften zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung für die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Tarifvertragspartei (Nr. 1) und einer Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören oder die eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehat, wenn ein grundlegendes Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft besteht (Nr. 2), sowie deren jeweiligen Zusammenschlüsse, für entsprechend anwendbar. Wenn die Ablehnung einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG darstellt, besteht nach § 18 Abs. 2 AGG gar ein Anspruch auf Mitgliedschaft oder Mitwirkung in den in § 18 Abs. 1 AGG genannten Vereinigungen.

*[a]. Sportvereinigungen*

Bedeutung erlangt diese Vorschrift im Bereich des Sports bezüglich monopolartiger Sportvereinigungen. Zwar werden Sportvereine grundsätzlich nicht von § 18 Abs. 1 Nr. 2 AGG erfasst, da es dort zunächst an einem Bezug zum Arbeits- und Wirtschaftsleben fehlt.<sup>198</sup> Der Vereinigungsfreiheit der Vereine nach Art. 9 Abs. 1 GG wird durch den Gesetzgeber Vorrang eingeräumt, weshalb Benachteiligungen bei der Aufnahme grundsätzlich möglich sind.<sup>199</sup> Dieser Vorrang gilt nach § 18 AGG allerdings nicht, wo die Mitgliedschaft in einer Vereinigung, insbesondere mangels Alternativen, erhebli-

<sup>195</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 56 zu § 2; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 42 zu § 2.

<sup>196</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 2.

<sup>197</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 36 zu § 2 und RN 1 zu § 18.

<sup>198</sup> Schlusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 45 zu § 18; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 18; a.A. Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 10 a zu § 18.

<sup>199</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 18.



che wirtschaftliche oder soziale Bedeutung für den Betroffenen hat.<sup>200</sup> Dies ist gerade bei mächtigen Vereinigungen der Fall.<sup>201</sup> Als mächtige Vereinigungen mit Monopolstellung wurden durch die Rechtsprechung im Bereich des Sports bislang der Deutsche Sportbund e.V.<sup>202</sup>, die Landessportverbände<sup>203</sup>, Sportfachverband<sup>204</sup> und Sportförderdachvereine<sup>205</sup> anerkannt.<sup>206</sup> Die überragende Machtstellung dieser Sportverbände ergibt sich nach Ansichten im Schrifttum gerade daraus, dass sie mit der Regelung der Teilnahmevoraussetzungen an nationalen oder internationalen Wettkämpfen, der Erteilung von Trainer-, Spieler- und Schiedsrichterlizenzen bzw. der Verteilung von staatlichen oder kommunalen Fördermitteln, erheblichen Einfluss auf die Erwerbstätigkeit eines Athleten haben.<sup>207</sup>

*[b]. Aufnahme- und Mitwirkungsanspruch*

In sachlicher Hinsicht regelt § 18 AGG die entsprechende Anwendung der §§ 6 bis 17 AGG im Hinblick auf die Mitgliedschaft und die Mitwirkung in den unter § 18 Abs. 1 AGG genannten Vereinigungen. § 18 AGG konkretisiert dabei den sachlichen Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG, weshalb beide Vorschriften stets im Kontext zu betrachten sind.<sup>208</sup>

Nach Ansicht des Gesetzgebers haben Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und Berufsverbände wesentlichen Einfluss auf die Bedingungen der Erwerbstätigkeit, so dass dem Einzelnen ein diskriminierungsfreier Zugang zu diesen Vereinigungen ermöglicht werden muss.<sup>209</sup> Aus diesem Grund erklären sowohl § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG, als auch § 18 AGG Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund in Bezug auf die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Beschäftigten- oder Arbeitgebervereinigung oder einer Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Vereinigungen, für unzulässig.<sup>210</sup> Berufsübergreifende Vereinigungen unterfallen nur dann dem Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG, wenn sie eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehaben.<sup>211</sup> Das Erfordernis der überragenden Machtstellung findet sich auch in § 18 AGG wieder. Die Differenzierung im Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG zwischen Beschäftigten- und Arbeitgebervereinigungen verdeutlicht ferner, dass nicht nur Arbeitnehmer vom Schutzbereich umfasst werden, sondern auch alle anderen abhängig Beschäftigten, insbesondere arbeitnehmerähnliche

<sup>200</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 18.

<sup>201</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 10 a zu § 18; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 18.

<sup>202</sup> BGHZ 63, S. 282.

<sup>203</sup> BGH NJW-RR 1986, S. 583.

<sup>204</sup> BGH NJW-RR 1986, S. 583.

<sup>205</sup> BGH NJW 1999, S. 1326.

<sup>206</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 18; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 11 zu § 18.

<sup>207</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 10 a zu § 18.

<sup>208</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 9 zu § 18.

<sup>209</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 37 zu § 2.

<sup>210</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 15 zu § 18.

<sup>211</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 2.

Personen.<sup>212</sup> Von der Mitgliedschaft in den Berufsverbänden werden auch Selbständige erfasst.<sup>213</sup>

Inhaltlich befasst sich die Kommentierung im Zusammenhang mit § 18 AGG in erster Linie allerdings nur mit Berufsverbänden.<sup>214</sup> Mitgliedschaft und Mitwirkung umfassen daher nach dem Schrifttum in erster Linie das Recht des Einzelnen zum diskriminierungsfreien Beitritt, Verbleib sowie der Inanspruchnahme von Leistungen.<sup>215</sup> Mit Sportverbänden befasst sich nur ein Teil des Schrifttums.<sup>216</sup> Eine Erörterung, welche Mitwirkungsrechte im Zusammenhang mit Sportverbänden betroffen sein könnten, liefert dieser Teil des Schrifttums nicht. So heißt es dort nur allgemein, dass die Inanspruchnahme von Leistungen auch die „Teilhabe an den Vorteilen einer Mitgliedschaft in der Vereinigung“ umfasst.<sup>217</sup> Ferner soll das Benachteiligungsverbot „für Sanktionen der Vereinigungen, insbesondere Vereinsstrafen, und für den Ausschluss von Mitgliedern aus einer Vereinigung“ umfassen.<sup>218</sup> Problematisch erscheint ferner, wie die entsprechende Geltung des § 18 Abs. 1 AGG zu verstehen ist. Im Schrifttum heißt es hierzu, dass die entsprechende Geltung einer „angemessene Berücksichtigung auch der grundrechtlich geschützten Interessen von Vereinigungen“ bedarf und es daher „schwierig zu beantworten“ sei, inwieweit danach im Einzelfall Abweichungen von den Vorschriften der §§ 6 bis 17 AGG geboten sind.<sup>219</sup> Somit ist weitgehend ungeklärt, wie weit der Schutz des § 18 AGG im Zusammenhang mit Sportvereinigungen reicht, und ob hierdurch auch ein Diskriminierungsschutz des Athleten im Hinblick auf den Erlass von Regelwerken und die Erteilung von Teilnahmeberechtigungen durch die jeweiligen Verbände umfasst ist.<sup>220</sup> Bei einer Bejahung dieser Schutzwirkung könnte die gängige Nominierungspraxis einiger Sportverbände dahingehend, Jugendathleten gegenüber gleichstarken, älteren Konkurrenten zu bevorzugen, problematisch werden.<sup>221</sup>

### [3]. § 19 AGG

Eine Konkretisierung erfährt der Anwendungsbereich des AGG weiter durch § 19 AGG. So wird der sachliche Anwendungsbereich durch § 19 Abs. 1 und Abs. 2 AGG dahingehend begrenzt, dass in Bezug auf die in § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 7 genannten Sachverhalte nur eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse und wegen der ethnischen Herkunft verboten ist.<sup>222</sup> Ferner werden familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse durch § 19

<sup>212</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 38 zu § 2.

<sup>213</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 42 zu § 2.

<sup>214</sup> Schlausener/Suckow, AGG, 2008, RN 4 ff. zu § 18; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 12 zu § 18.

<sup>215</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 15 zu § 18; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 15 zu § 18.

<sup>216</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 10 a zu § 18; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 18.

<sup>217</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 16 zu § 18.

<sup>218</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 16 zu § 18.

<sup>219</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18 zu § 18.

<sup>220</sup> Diese Annahme erscheint insofern problematisch, als dass der betroffene Athlet in aller Regel kein – rechtliches – Mitglied des jeweiligen Dachverbandes ist.

<sup>221</sup> Hahn, Ausmusterung der Alten, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2009.

<sup>222</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 2.

Abs. 4 AGG aus dem Anwendungsbereich heraus genommen; zudem nach § 19 Abs. 5 AGG zivilrechtliche Schuldverhältnisse mit einem besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnis.<sup>223</sup>

Gerade § 19 AGG hat für reichlich Gesprächsstoff gesorgt.<sup>224</sup> Ein Verstoß gegen das hierin normierte zivilrechtliche Benachteiligungsverbot hat nach § 21 AGG einen Schadensersatzanspruch zur Folge, der im Wege der Naturalrestitution faktisch einen Kontrahierungszwang bewirken kann.<sup>225</sup> Ein Teil des Schrifttums erkennt hierin eine Beschränkung der Privatautonomie.<sup>226</sup>

Für den Sport hat § 19 AGG keine Bedeutung. Dies ist darauf zurück zu führen, dass das dort geregelte zivilrechtliche Benachteiligungsverbot nur für Massengeschäfte (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG) und privatrechtliche Versicherungen (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG) gilt.<sup>227</sup> Verträge von Sportlern fallen hierunter nicht. Bei diesen Verträgen handelt es sich nicht um Schuldverhältnisse, die – so jedoch die Legaldefinition in § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG – „typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“. Bei Sportverträgen kommt es, gerade im Hinblick auf den Sportler, auf die jeweilige Person an, weshalb bereits das Merkmal „ohne Ansehen der Person“ nicht bejaht werden kann. Ebenso handelt es sich nicht um Schuldverhältnisse nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG, welche eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben.

#### **b. Bereichsausnahmen, § 2 Abs. 2 und Abs. 4 AGG**

Eine Bereichsausnahme für Sachverhalte, die nicht durch das AGG geregelt werden sollen, erfolgt ferner durch § 2 Abs. 2 Satz 2 und § 2 Abs. 4 AGG.<sup>228</sup>

##### *aa. Sozialrecht/betriebliche Altersvorsorge, § 2 Abs. 2 AGG*

###### *[1]. Vorrang der Sonderregelungen im Sozialgesetzbuch, § 2 Abs. 2 S. 1 AGG*

Für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch gelten gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 AGG § 33 c des Ersten Buches Sozialgesetzbuch und § 19 a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch. Bei diesen Vorschriften des Sozialgesetzbuches handelt es sich um spezielle Ausformungen des Benachteiligungsverbotes, weshalb in diesen Bereichen das AGG keine Anwendung findet.<sup>229</sup> Diskriminierungen mit sportrechtlichem Bezug sind in diesem Zusammenhang nicht zu erwarten.

<sup>223</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 56 und 58 zu § 19; Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2006, S. 98.

<sup>224</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 10 zu § 19.

<sup>225</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 21.

<sup>226</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 11 zu § 19.

<sup>227</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 ff. zu § 19.

<sup>228</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2584; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 2.

<sup>229</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 45 zu § 2; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 17 zu § 2.

*[2]. Vorrang des Betriebsrentengesetzes, § 2 Abs. 2 S. 2 AGG*

Gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG gilt für die betriebliche Altersvorsorge das Betriebsrentengesetz. Somit wird der Geltungsbereich des AGG für den Bereich der betrieblichen Altersvorsorge herausgenommen. Sporttypische Benachteiligungen sind in diesem Bereich nicht zu erwarten.<sup>230</sup>

*bb. Kündigungsschutzrecht, § 2 Abs. 4 AGG*

Gem. § 2 Abs. 4 AGG gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.

Von der überwiegenden Ansicht im Schrifttum wird diese Vorschrift als europarechtswidrig eingestuft.<sup>231</sup> Das BAG hat bislang offen gelassen, ob § 2 Abs. 4 AGG einer Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen entgegen steht.<sup>232</sup> Es hat jedoch ausgesprochen, dass die Diskriminierungsverbote des AGG einschließlich der im Gesetz vorgesehenen Rechtfertigungen für unterschiedliche Behandlungen bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Kündigungsschutzgesetzes in der Weise zu beachten sind, als sie Konkretisierungen des Sozialwidrigkeitsbegriffes darstellen.<sup>233</sup> Dies bedeutet nicht, dass bei einer Kündigung kein Diskriminierungsschutz im Hinblick auf die in § 1 AGG genannten Gründe vorhanden ist, wenn das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet. Wie bereits unter § 1 II. 4. ausführlich erörtert wurde, besagt bereits der Wortlaut von § 2 Abs. 4 AGG, dass ein Schutz auch durch die Bestimmungen zum „allgemeinen“ Kündigungsschutz erfolgen kann. So erfolgt bei einer Unanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nach der Rechtsprechung des BAG anhand der §§ 138, 242 BGB eine Rechtmäßigkeitskontrolle, die es ermöglicht, eine Kündigung aufgrund von diskriminierenden Motiven zu prüfen und zu sanktionieren.<sup>234</sup>

Obwohl eine unmittelbare Anwendung des AGG somit nicht notwendig erscheint und § 2 Abs. 4 AGG deutlich macht, dass in Fällen von Kündigungen das AGG nicht gelten soll, sprechen sich viele Stimmen im Schrifttum wegen Bedenken gegen eine europarechtskonforme Umsetzung der Richtlinien dennoch für eine uneingeschränkte<sup>235</sup> bzw. eingeschränkte Anwendung<sup>236</sup> des AGG aus.<sup>237</sup>

Vereinfacht lässt sich folgende Aussage treffen. Wird ein Sportler gekündigt, so schützen ihn die allgemeinen und besonderen Bestimmungen zum Kündigungsschutz. Nach Ansichten im Schrifttum sperrt § 2 Abs. 4 AGG den Entschädigungsanspruch nach

<sup>230</sup> Vgl. exemplarische Anwendungsfälle bei Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 49 zu § 2.

<sup>231</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 212 zu § 2; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 62 zu § 2; Däubler/Bertzach, 2008, RN 60 zu § 2; Schiek, AGG, 2007, RN 12 zu § 2.

<sup>232</sup> BAG NZA 2010, S. 280; NZA 2008, S. 103.

<sup>233</sup> BAG, Urteil vom 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82.

<sup>234</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 58 a zu § 2.

<sup>235</sup> Gaul/Naumann, ArbRB 2007, S. 15 ff.

<sup>236</sup> Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006, S. 887 ff.

<sup>237</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 64 und 65 zu § 2; Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 263 a zu § 2.

§ 15 Abs. 2 AGG nicht, weshalb die Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruches grundsätzlich möglich ist, wenn der persönliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet (hierzu später unter II. 2.) und die Kündigung aus diskriminierenden Motiven heraus erfolgt ist.<sup>238</sup> Somit erfahren Berufssportler auch bei der Kündigung ihrer Arbeitsverhältnisse diskriminierungsrechtlichen Schutz.

*cc. Deklaratorischer Verweis auf sonstige Benachteiligungsverbote, § 2 Abs. 3 AGG*

§ 2 Abs. 3 AGG betont, dass die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote oder Gebote der Gleichbehandlung durch das AGG nicht berührt wird (§ 2 Abs. 3 Satz 1 AGG). Dies gilt auch für öffentlich-rechtliche Vorschriften, die dem Schutz bestimmter Personengruppen dienen (§ 2 Abs. 3 Satz 2 AGG). Die Vorschrift dient somit lediglich der Klarstellung, dass das AGG keine vollständige und abschließende Regelung des Schutzes vor Benachteiligung darstellt und somit rein deklaratorischer Natur ist.<sup>239</sup> Der Anwendungsbereich des AGG wird hierdurch weder erweitert, noch beschränkt. Allerdings verdeutlicht § 2 Abs. 3 AGG, dass das AGG andere Vorschriften zum Schutz der Gleichbehandlung nicht verdrängt.<sup>240</sup> Auf die zahlreichen, bisher geltend Vorschriften, wurde bereits unter I. 1. a. aa. verwiesen.

### c. Zwischenergebnis

Die Praxis und die Konzeption des AGG verdeutlichen, dass das AGG seinen Schwerpunkt im Arbeitsrecht hat. Gerade dort erscheint es besonders sinnvoll, vor Diskriminierungen und Benachteiligungen zu schützen. Dies gründet vor allem in der Tatsache, dass die Erwerbstätigkeit der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient und daher für jeden von essentieller Bedeutung ist. Die Erwerbstätigkeit muss allerdings nicht zwangsläufig durch alltägliche Berufe erfolgen. Gerade der Leistungssport eröffnet aufgrund seiner Kommerzialisierung und Professionalisierung immer mehr Einnahmequelle. Dass der Sport dabei im Wirtschaftsleben angekommen ist und Berufssportler denselben Schutz wie normale Arbeitnehmer erfahren müssen, macht auch der EuGH in seinen Entscheidungen immer wieder deutlich.<sup>241</sup>

Die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereiches des AGG ist somit grundsätzlich auch für Bereich des Sports möglich. Auch wenn dies auf den ersten Blick nicht gleich auf der Hand liegen mag. Wie im normalen Arbeitsleben, gehen die Sportler auch hier einer Erwerbstätigkeit nach. Allerdings bringt die berufsmäßige Ausübung des Sports auch einige Besonderheiten mit, welche innerhalb des sachlichen Anwendungsbereiches zu würdigen sind:

<sup>238</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 71 zu § 2.

<sup>239</sup> Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 167 zu § 2; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 50 zu § 2; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 27 zu § 2.

<sup>240</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 52 a zu § 2.

<sup>241</sup> Die bekannteste Entscheidung dürfte hier sicherlich der Fall Bosman sein: EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505.

Für einen Großteil der Benachteiligungen im Sport wird der sachliche Anwendungsbereich über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet werden. Bereits im normalen Arbeitsleben ist diese Vorschrift Hauptanwendungsfall des AGG. Dies liegt zum einen daran, dass diese Vorschrift als Auffangtatbestand fungiert. Zum anderen betrifft diese Vorschrift neben der Durchführung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses auch die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Mit diesen Rahmenbedingungen ist der Sportler jeden Tag im Verein, Training oder Wettkampf konfrontiert. Erstaunlich ist die Tatsache, dass allerdings nur angestellte Athleten in den Genuss dieses umfangreichen Diskriminierungsschutzes kommen. Für selbstständige Athleten ist der Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG hingegen nicht eröffnet. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG und § 6 Abs. 3 AGG, wonach der Diskriminierungsschutz bei Selbstständigen auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit beschränkt wird.

Eine interessante Feststellung ist im Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG zu machen. Im normalen Arbeitsleben hat diese Vorschrift die Ausschreibungspraxis von Arbeitsstellen und die Durchführung von Bewerbungsverfahren in Deutschland maßgeblich beeinflusst. Im Sport hat § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG hingegen kaum Bedeutung, da es dort die typische „Bewerbung“ nicht gibt.

Die berufliche Bildung nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG könnte im Sport dort Anwendungsfälle bilden, wo Sportler ihre aktive Laufbahn beenden und in eine andere Tätigkeit im Verein, z.B. Jugendarbeit, Trainertätigkeiten oder Sportmanagement, wechseln wollen. Ein derartiger Übergang in eine andere berufliche Tätigkeit wird gerade vom Begriff der Umschulung erfasst, weshalb für diese Fälle der sachliche Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG eröffnet sein kann.

Sollte einem Athleten die Mitgliedschaft oder die Mitwirkung in einer berufsbezogenen Vereinigung oder einer mächtigen Sportvereinigung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes versagt werden, so wird der Anwendungsbereich des AGG über die §§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 18 AGG eröffnet. Zu den berufsbezogenen Vereinigungen zählen die Vereinigung der Vertragsfußballer e.V. (VdV), die Vereinigung der Eishockeyspieler e.V. (VdE) und die Spielerinitiative Basketball (SPIN). Wegen ihrer faktischen Monopolstellung werden auch Sportverbände wie der Deutsche Sportbund e.V., die Landessportverbände und Sportförderdachvereine von § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG erfasst. Aus § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG lässt sich allerdings nur ein Anspruch auf Mitgliedschaft und Mitwirkung in dieser Vereinigung ableiten. Von diesem Anspruch wird nach Ansicht des Schrifttums in erster Linie das Recht des Einzelnen zum diskriminierungsfreien Beitritt, zum Verbleib sowie der Inanspruchnahme von Leistungen erfasst.<sup>242</sup> Welche Mitwirkungsrechte im Zusammenhang mit Sportverbänden betroffen sein könnten, erörtert das Schrifttum nicht, weshalb größtenteils ungeklärt bleibt, wie weit der Schutz des § 18 AGG im Hinblick auf Sportvereinigungen reicht.

Die Anwendungsfälle des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 8 AGG weisen hingegen keinen besonderen sportrechtlichen Bezug auf. Diese Vorschriften betreffen den Diskriminie-

<sup>242</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 15 zu § 18; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 15 zu § 18.

rungsschutz im allgemeinen Zivilrechtsverkehr und haben deshalb keine Bedeutung in der Praxis erlangt, da Sozialschutz, soziale Vergünstigungen und die allgemeine Bildung in Deutschland durch öffentlich-rechtliche Vorschriften geregelt werden. Von größerer Bedeutung ist nur § 2 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG, welcher die Diskriminierung bei „Massengeschäften“ verhindern soll. Bei Verträgen mit Sportlern handelt es sich allerdings nicht um solche Massengeschäfte. Auch stehen Sportverträge nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung, wie dies der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG fordert.

Der sachliche Anwendungsbereich des AGG ist somit im Leistungssport vor allem im Bereich des Arbeitsrechts eröffnet.

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Erörterungen zum sachlichen Anwendungsbereich verdeutlichen, dass das AGG sowohl arbeitsrechtliche als auch öffentlich-rechtliche bzw. allgemein-zivilrechtliche Sachverhalte regelt. Der Schwerpunkt des AGG liegt dabei klar im Arbeitsrecht, was sich dadurch äußert, dass ein Großteil der Vorschriften des AGG den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung betrifft (§§ 6 bis 18 AGG), während hingegen Benachteiligungen im allgemeinen Zivilrechtsverkehr lediglich in den §§ 19 bis 21 AGG abgehandelt werden. Auch in der Praxis hat das AGG vor allem in den Bereichen des Arbeitsrechts Bedeutung erlangt.

Allein aus dem sachlichen Anwendungsbereich lässt sich jedoch nicht eindeutig entnehmen, wer Berechtigter und wer Verpflichteter der Vorschriften des AGG ist. Im folgenden Kapitel soll daher der persönliche Anwendungsbereich des AGG dahingehend untersucht werden, welche Personengruppen im Sport durch das AGG betroffen sein könnten.

### a. Beschäftigte nach § 6 Abs. 1 AGG

Für die Klärung dieser Fragestellung gibt zunächst § 6 Abs. 1 AGG Aufschluss. Diese Vorschrift regelt den persönlichen Anwendungsbereich beim Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung und betrifft somit den Bereich des Arbeitsrechts.

#### *aa. Allgemeines*

Maßgeblich ist in § 6 Abs. 1 Satz 1 AGG der Begriff des Beschäftigten. Dieser wird in §§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 AGG und § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG weiter konkretisiert.

#### *[1]. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG*

So sind nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG unter Beschäftigten an erster Stelle Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu verstehen.

Dabei gilt der allgemeine Arbeitnehmerbegriff.<sup>243</sup> Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung fremdbe-

<sup>243</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 49, RN 119.

stimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.<sup>244</sup> Anhand dieser Begriffsbestimmung ergeben sich drei wesentliche Merkmale der Arbeitnehmereigenschaft.<sup>245</sup>

*[a]. Privatrechtlicher Vertrag*

Arbeitnehmer kann nur sein, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zur Arbeit verpflichtet ist.

*[aa]. Dienstvertrag*

Ein solcher privatrechtlicher Vertrag liegt in aller Regel in Form eines Dienstvertrages gem. §§ 611 ff. BGB vor, da bei den üblichen Arbeitsverträgen nur die Tätigkeit als solche geschuldet wird.<sup>246</sup>

Auch im Berufssport wird in aller Regel nicht das Erreichen eines sportlichen Erfolges, sondern nur die Sportbetätigung geschuldet.<sup>247</sup>

*[bb]. Werkvertrag*

Anders ist die Angelegenheit zu beurteilen, wenn ein bestimmtes Arbeitsergebnis geschuldet wird.<sup>248</sup> Im Sport wäre dies beispielsweise denkbar, wenn tatsächlich ein sportlicher Erfolg geschuldet wird.<sup>249</sup> Etwa, wenn Veranstalter und Sportler einen Teilnahmevertrag schließen, in welchem der Versuch eines Rekordversuches explizit vereinbart wird.<sup>250</sup> Ebenso kann dies bei erfolgsabhängigen Trainerverträgen der Fall sein, wenn die Vergütung vom Auf- oder Abstieg der Mannschaft abhängt.<sup>251</sup> Derartige Verträge sind allerdings selten.<sup>252</sup>

*[b]. Arbeit*

Weitere Voraussetzung für eine Arbeitnehmereigenschaft, ist die Leistung von fremdbestimmter Arbeit.<sup>253</sup> Der Begriff der Arbeit ist hierbei im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen.<sup>254</sup> Arbeit ist somit jede Betätigung oder jedes Verhalten, das zur Befriedigung des Bedürfnisses eines anderen dient und im Wirtschaftsleben als Arbeit qualifiziert wird.<sup>255</sup>

<sup>244</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 3 zu § 6; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 6; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 49, RN 119; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 2 zu § 6; allesamt basierend auf der Definition in Hueck/Nipperdey, Lehrbuch zum Arbeitsrecht, 1963, S. 34, 35.

<sup>245</sup> Huck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S. 35.

<sup>246</sup> Preis, in: ErfKomArbR, 2009, RN 12 zu § 611 BGB.

<sup>247</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 249, RN 13; Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 27.

<sup>248</sup> Preis, in: ErfKomArbR, 2009, RN 12 zu § 611 BGB.

<sup>249</sup> Wüterich/Breuckner, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 65 und S. 66.

<sup>250</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 249, RN 13.

<sup>251</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 27.

<sup>252</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 249, RN 13.

<sup>253</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 3 zu § 6.

<sup>254</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 47.

<sup>255</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 47.



Daher fällt unter den Begriff der Arbeit grundsätzlich nicht die spielerische oder sportliche Betätigung zum Selbstzweck.<sup>256</sup> Sport mit Freizeitcharakter ist somit grundsätzlich keine Arbeit und fällt daher auch nicht unter den Schutz des AGG.

Wie bereits unter I. 2. a. erörtert wurde, ist allerdings die professionelle Ausübung von Sport als Arbeit zu qualifizieren.<sup>257</sup> Zum einen wird hier die Sportbetätigung meist aus kommerziellen Gesichtspunkten betrieben. Indem der Berufssportler für seinen jeweiligen Verein, Verband, Veranstalter oder Sponsor tätig wird, dient seine Tätigkeit ferner der Befriedigung eines Fremdbedarfs.<sup>258</sup> Hervorzuheben ist, dass die Arbeit für den Arbeitgeber nicht „erwerbswirtschaftlicher“ Art sein muss, sondern es ausreichend ist, dass die Tätigkeit (auch) fremden Bedürfnissen dient. Entscheidend ist einzig, dass die Tätigkeit nicht nur um ihrer selbst willen, sondern zur Erreichung eines über die Tätigkeit hinausgehenden Zwecks ausgeübt wird.<sup>259</sup> Die fremden Bedürfnisse können hierbei auch ideeller Natur sein<sup>260</sup>, wie dies in vielen Sportarten der Fall sein wird.

Eine klare Abgrenzung zwischen dem Profi- und Amateursport gestaltet sich oft schwierig. Als Hauptunterscheidungskriterium wird hierzu auf die Befriedigung eines fremden Interesses herangezogen. Problematisch ist dabei, aus welcher Sicht das Interesse zu bestimmen ist. So könnte man zum einen annehmen, dass man auf das Interesse des jeweiligen Sportvereins, Sportverbandes oder gar den an den Wettkämpfen teilnehmenden Zuschauers abstellen muss.<sup>261</sup> Teils nimmt das Schrifttum an, dass in der Konsequenz auch ein „unterklassiger Amateurfußballer“ als Arbeitnehmer eingestuft werden müsste.<sup>262</sup> Diese Ansicht, welche aufgrund dieser Annahme weitere Abgrenzungsmerkmale fordert, verkennt jedoch, dass ein Amateurfußballer nur als Arbeitnehmer gilt, wenn er seine sportliche Betätigung aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages erbringt. In dieser Konstellation erfolgt der Sport jedoch nicht mehr nur aus Freizeitgründen, sondern gerade auch aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung. Ob der Amateurfußballer neben dieser vertraglichen Verpflichtung auch aus Freude am Fußballspiel spielt, kann nicht von Bedeutung sein. Das Motiv für die Übernahme einer Dienstverpflichtung ist nämlich unerheblich.<sup>263</sup> Somit ist es auch gerechtfertigt, einen „unterklassigen Amateurfußballer“ als Arbeitnehmer einzustufen, wenn er die wesentlichen drei Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs erfüllt. Auch der Versuch ein weiteres Abgrenzungsmerkmal wie die „gesellschaftliche Zielsetzung“ zu schaffen, ist bei der Abgrenzung von Arbeit und Freizeitbeschäftigung wenig hilfreich.<sup>264</sup> Ohne klare Definition des Begriffs

<sup>256</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 47.

<sup>257</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 26; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 63 ff.; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 240, RN 1.

<sup>258</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 47; Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 22.

<sup>259</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S. 35.

<sup>260</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S. 35.

<sup>261</sup> Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 22.

<sup>262</sup> So zumindest Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 22.

<sup>263</sup> Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 42; bejahend selbst Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 22.

<sup>264</sup> So aber Schneider, Arbeitnehmereigenschaft der Sportler, 1967, S. 33.

„gesellschaftlicher Zweck“ ist fragwürdig, ob dieses Merkmal bei der Abgrenzung helfen kann. Denn es ist anzunehmen, dass selbst der reine Amateursport einen gesellschaftlichen Nutzen und Zweck erfüllt. Somit müssten weite Teile des Freizeitbereichs als Arbeit eingestuft werden.<sup>265</sup> Das Abgrenzungskriterium der „Befriedung fremder Interessen“ ist ausreichend.

*[c]. Persönliche Abhängigkeit*

Nach der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum hängt die Arbeitnehmereigenschaft weiter davon ab, ob die Tätigkeit von einer persönlichen Abhängigkeit geprägt ist.<sup>266</sup> Dieses Merkmal ist notwendig, um den Arbeitsvertrag vom reinen Dienstvertrag abzugrenzen.<sup>267</sup> Nur hierdurch kann bestimmt werden, ob ein Arbeitnehmer oder vielmehr ein Selbstständiger vorliegt.<sup>268</sup>

*[aa]. Grundsätze*

Um die Abgrenzung im Bereich des Sports zu erleichtern, wird nachfolgend ein kurzer Überblick über die von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Grundsätze gegeben.

*[aaa]. „Grad“ der persönlichen Abhängigkeit*

Da insgeheim jede vertragliche Abhängigkeit – sowohl durch Pflichten aus einem Arbeitsvertrag als auch aus einem reinen Dienstvertrag – eine gewisse Abhängigkeit mit sich bringt<sup>269</sup>, wird in Schrifttum und Rechtsprechung vom „Grad“ der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers gesprochen.<sup>270</sup> Je höher dieser Grad der Abhängigkeit ist, desto unselbständiger ist der Beschäftigte.<sup>271</sup> Teils wird aus diesen Gründen nicht von Abhängigkeit, sondern von Unselbstständigkeit gesprochen.<sup>272</sup> Geht die Tendenz in Richtung Unselbstständigkeit, so muss von einem Arbeitsvertrag und somit von einer Arbeitnehmereigenschaft ausgegangen werden.

*[bbb]. Kriterien für Unselbstständigkeit*

Dass es sich beim „Grad der persönlichen Abhängigkeit“ nur um ein relatives Kriterium handelt, ist augenscheinlich. Die Rechtsprechung und das Schrifttum haben daher weitere Kriterien entwickelt, anhand derer die fehlende Selbstständigkeit ermittelt werden

<sup>265</sup> Ebenso Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 24.

<sup>266</sup> Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 39; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 50; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S. 41; BAG NZA 2004, S. 39; BAG AP, Nr. 114 und Nr. 18 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>267</sup> Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 39.

<sup>268</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 4 zu § 6.

<sup>269</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S. 43.

<sup>270</sup> BAG NZA 2004, S. 39; NZW 1992, S. 408; BAG AP, Nr. 42, Nr. 45, Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S. 41 und 43; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, 2008, S. 11.

<sup>271</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S. 43.

<sup>272</sup> Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 39.

kann.<sup>273</sup> Indikatoren für eine Arbeitnehmereigenschaft können so z.B. die Weisungsgebundenheit bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsart und Arbeitsort<sup>274</sup> sowie die organisatorische Einbindung in den Betrieb des Dienstberechtigten<sup>275</sup> sein.

Die Weisungsgebundenheit ist ein typisches Merkmal einer Arbeitnehmereigenschaft. Gerade bei Arbeitsverhältnissen liegt ein Über-/Unterordnungsverhältnis vor, dass sich dadurch äußert, dass der Arbeitnehmer in aller Regel den Weisungen seines Dienstberechtigten unterworfen ist.<sup>276</sup> Das bedeutet konkret, dass der Arbeitnehmer regelmäßig zu einer vorgegebenen Arbeitszeit am vorgegebenen Arbeitsplatz sein muss und dort eine vom Auftraggeber vorgegebene Tätigkeit inhaltlich nach dessen Weisungen verrichten muss.

Das Merkmal der fachgebundenen Weisungsgebundenheit muss aber nicht zwingend gegen die Arbeitnehmereigenschaft sprechen. Vielmehr ist sie bei Diensten höherer Art die Ausnahme.<sup>277</sup> So ist auch ein Chefarzt Arbeitnehmer, obwohl ihm inhaltlich keine Weisungen darüber erteilt werden, wie er eine Operation durchzuführen hat. Auch kann es die Art der Tätigkeit mit sich bringen, dass dem Arbeitnehmer ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbstständigkeit verbleibt.<sup>278</sup>

Das BAG sieht ein Indiz für persönliche Abhängigkeit häufig darin, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen hat<sup>279</sup> und in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist.<sup>280</sup> Die Rechtsprechung überprüft in diesem Zusammenhang, ob die Tätigkeit überwiegend im Betrieb, Haushalt oder Lebensbereich des Arbeitsgebers erbracht wird.<sup>281</sup> Das BAG betont jedoch, dass allein die Tätigkeit in Räumen und mit den Betriebsmitteln des Vertragspartners nicht ausreicht, um hieraus eine persönliche Abhängigkeit zu folgern.<sup>282</sup>

Auch die Personengebundenheit der Arbeitsleistung kann als Anhaltspunkt für persönliche Abhängigkeit dienen.<sup>283</sup> Bei einem Arbeitsvertrag muss in aller Regel davon ausgegangen werden, dass die Arbeit nur von der Person geschuldet wird, die auch den Arbeitsvertrag unterzeichnet hat. Daher ist der Arbeitsplatz auch unveräußerlich und nicht vererbbar.<sup>284</sup> So liegt nach dem BAG kein Arbeitsverhältnis vor, wenn der zur Dienstlei-

<sup>273</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 50; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 39.

<sup>274</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 50; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, 2008, S. 11; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 39.

<sup>275</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 19963, S. 41; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht 2008, S. 41; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, 2008, S. 11.

<sup>276</sup> Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 39.

<sup>277</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 50; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 39.

<sup>278</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 50; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 39.

<sup>279</sup> BAG AP, Nr. 117 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>280</sup> BAG AP, Nr. 118 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>281</sup> BAG AG, Nr. 21 und Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>282</sup> BAG NZA 1993, 1125, 1128.

<sup>283</sup> Müller-Glöge, in: MüKoBGB, 2009, RN 181 zu § 611 BGB.

<sup>284</sup> Vgl. Grundregel in § 613 BGB.

stung Verpflichtete nach den tatsächlichen Umständen nicht in der Lage ist, seine vertraglichen Leistungspflichten allein zu erfüllen, sondern auf Hilfskräfte angewiesen ist.<sup>285</sup> Dieselbe Ansicht vertritt auch der BGH.<sup>286</sup>

Vereinzelt werden auch die wirtschaftliche Abhängigkeit<sup>287</sup> und das Unternehmerisiko<sup>288</sup> als Unterscheidungskriterien herangezogen. Jedoch finden diese Abgrenzungskriterien keinen Zuspruch im Schrifttum.<sup>289</sup> Die Unterscheidungsmerkmale sind viel zu unscharf, als dass sie gegenüber dem alt hergebrachten Arbeitnehmerbegriff einen Fortschritt bringen würden.<sup>290</sup> So kann wirtschaftliche Abhängigkeit auch bei Selbstständigen vorliegen, wenn diese überwiegend für einen Dienstberechtigten tätig sind. Ferner erscheint es nicht sachgerecht, einen angestellten Fließbandarbeiter nicht mehr als Arbeitnehmer zu klassifizieren, nur weil er plötzlich im Lotto gewonnen hat und wirtschaftlich nicht mehr abhängig ist.

Keine Bedeutung haben nach Ansicht des BAG die Dauer des Rechtsverhältnisses<sup>291</sup> und die Vergütungsvereinbarung<sup>292</sup> der Parteien.<sup>293</sup> Basierend auf dieser Rechtsprechung kann somit auch Arbeitnehmer sein, der nur erfolgsabhängig vergütet wird. Grundsätzlich ist das Entgelt nicht geeignet, um eine eindeutige Abgrenzung vorzunehmen.<sup>294</sup> Zudem ist die Bezeichnung und rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses unbeachtlich. Maßgebend ist allein die tatsächliche Durchführung. Dies deswegen, weil der Schutz des Arbeitsrechts nicht zur Disposition der Parteien steht.<sup>295</sup> Die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen ist für die rechtliche Beurteilung ebenfalls unbeachtlich.<sup>296</sup> Auch die Gewährung von Urlaub oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist nicht ausschlaggebend.<sup>297</sup>

Somit ist es für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft im Bereich des Leistungssports nicht ausschlaggebend, in welcher Form und in welcher Höhe der Sportler vergütet wird. Probleme dahingehend, dass sich im Bereich des Berufssports ein Großteil des Gehalts meist durch erfolgsabhängige Prämien zusammensetzt, ergeben sich so-

<sup>285</sup> BAG NZA 1998, S. 320; NZA 2002, S. 787; NZA 2003, S. 1112.

<sup>286</sup> BGH NJW-RR 2003, S. 277.

<sup>287</sup> Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 24.

<sup>288</sup> Wank, DB 1992, S. 90 und 91.

<sup>289</sup> Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 2008, S. 42.

<sup>290</sup> So auch Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht 2008, S. 42; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, 2008, S. 14; Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 25.

<sup>291</sup> BAG AP, Nr. 53 und Nr. 59 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>292</sup> BAG AP, Nr. 68 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>293</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 51.

<sup>294</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 51.

<sup>295</sup> BAG NZA 2002, S. 787.

<sup>296</sup> BAG AP, Nr. 68 und Nr. 111 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>297</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 51.

mit nicht.<sup>298</sup> Auch eine Anknüpfung an gewährten Urlaub wäre problematisch, da Verträge mit Sportlern oftmals keinerlei Regelungen in Bezug auf Urlaub enthalten, der Sportler faktisch jedoch in aller Regel nach der Wettkampfzeit bzw. nach Saisonschluss von seiner Leistungspflicht für einige Wochen frei gestellt wird.

*[ccc]. Eigenart der jeweils ausgeübten Tätigkeit*

Die oben genannten Kriterien können allerdings nur als Indiz herangezogen werden. Ein abstrakter Maßstab, der für alle Arbeitsverhältnisse gilt, lässt sich nicht aufstellen.<sup>299</sup> Für die Qualifizierung als Dienstvertrag (Selbstständigkeit) oder als Arbeitsvertrag (Arbeitnehmer) ist daher nach Ansicht des BAG immer auf den jeweiligen Einzelfall und die Eigenart der jeweils ausgeübten Tätigkeit abzustellen.<sup>300</sup>

*[bb]. Abhängigkeiten im Sport*

Vor allem das Kriterium der „Eigenart der jeweils ausgeübten Tätigkeit“ hat für die Qualifizierung im Bereich des Leistungssports große Bedeutung. Der Sport besitzt nicht nur wegen seiner grundrechtlich gewährten Verbandsautonomie (vgl. hierzu I. 2. b. aa.) eine gewisse Eigenständigkeit. Eine Eigenart ergibt sich darüber hinaus auch angesichts der Vielfalt der sportlichen Betätigung. So gleicht keine Sportart der anderen. Ausübung und Organisation unterscheiden sich beinahe in jeder Sportart. Jede Sportart hat seine besondere Eigenart und spezielle Organisationsstruktur. So wird mancher Sport nur als Mannschaftssportart, mancher hingegen nur als Einzel- und Individualsportart ausgeübt. Entsprechend erfolgt das Training teilweise im Kollektiv, teilweise alleine. Manche Sportarten werden in laufenden Wettbewerben, manche nur in einzelnen Veranstaltungen betrieben.

Eine pauschale Aussage über die Abhängigkeit eines Berufssportlers lässt sich aufgrund dieser Vielfältigkeit des Sports nicht treffen. Maßgeblich können allerdings die Organisation des Sportbetriebes, der jeweiligen Sportart und des Veranstalters sein.<sup>301</sup> Vor allem die Unterscheidung in Mannschaftssportarten (hierzu unter II. 2. a. bb. [2]. [a].) und Einzelsportarten (hierzu unter II. 2. a. bb. [2]. [b].) bietet sich als Hilfestellung an. Eine endgültige Beurteilung kann allerdings immer nur nach einer umfassenden Gesamtbetrachtung aller Umstände unter Berücksichtigung der vertraglichen Gestaltung im jeweiligen Einzelfall erfolgen, weshalb die Erstellung eines pauschalen Maßstabes nicht möglich ist.

<sup>298</sup> So werden bei wichtigen Spielen bzw. beim Erreichen besondere Wettkampfleistungen oft Sonderprämien ausgelobt. Meist wird die Vergütung auch nicht im eigentlichen Dienstvertrag, sondern in einer Zusatzvereinbarung geregelt, welche häufig abgeändert wird. In einigen Sportarten kann im Falle einer erfolgreichen Saison der Gesamtbetrag der Sonderprämien oft das Grundgehalt übersteigen.

<sup>299</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 4 zu § 6; BAG AP, Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 50.

<sup>300</sup> BAG NZA 1992, 1125, 1127; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, 2008, S. 12.

<sup>301</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 249, RN 14.

Nachfolgend sollen dennoch Kriterien für den Leistungssport erörtert werden, welche als Indiz für die Qualifizierung eines Berufssportlers als Arbeitnehmer bzw. Selbstständiger herangezogen werden können.

*[aaa]. Indizien für Arbeitnehmereigenschaft*

Knüpft man an dem Kriterium der Weisungsgebundenheit an, kann bereits der Vertrag des Sportlers Anhaltspunkte für eine Arbeitnehmereigenschaft liefern.<sup>302</sup> Enthält der Vertrag genaue Bestimmungen über Art, Umfang und Ort einer Sport-Leistungspflicht, so spricht vieles für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und somit für eine Arbeitnehmereigenschaft.<sup>303</sup> So kann vertraglich die Zeit und der Ort eines regelmäßigen Trainings vereinbart werden, ferner die verpflichtende Teilnahme an bestimmten Wettkämpfen bzw. sämtlichen Wettbewerben einer (Bundes-)Ligarunde. Auch die vertragliche Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten außerhalb des Trainings- und Wettkampfbetriebes, etwa in Form eines Verhaltenskodex (Bettruhe, Rauchverbot etc.), oder die Teilnahme an bestimmten Vereins- oder Sponsorenveranstaltungen, kann als Abgrenzungskriterium herangezogen werden.<sup>304</sup> Derartige vertragliche Verpflichtungen lassen auf ein Direktions- bzw. Weisungsrecht gem. § 106 GewO schließen, das den „Grad“ der persönlichen Abhängigkeit erhöht.

*[bbb]. Indizien für Selbstständigkeit*

Auf der anderen Seite kann es natürlich auch Merkmale geben, welche den „Grad“ der persönlichen Abhängigkeit herabsetzen und für eine Selbstständigkeit des Sportlers sprechen.<sup>305</sup> So ist zum Beispiel von einer Selbstständigkeit des Sportlers auszugehen, wenn dieser über das Ob und Wie des Trainings bzw. der Teilnahme an Wettkämpfen im Wesentlichen frei bestimmen kann. Ferner, wenn keine vertraglichen Verpflichtungen bestehen, die es dem Sportler auferlegen, an bestimmten Veranstaltungen eines Sponsors oder Werbepartners des Vereins verpflichtend teilzunehmen.

*[2]. Auszubildende, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AGG*

Vom persönlichen Anwendungsbereich werden nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AGG die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten erfasst.

Hierbei handelt sich um eine rein deklaratorische Vorschrift, da auch Auszubildende aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages (Ausbildungsvertrag) Dienste für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit erbringen, und somit bereits von § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG erfasst würden. Allerdings verdeutlicht die Vorschrift, dass auch Beschäftigte vom Anwendungsbereich des AGG erfasst werden, die unter den Geltungsbereich des

<sup>302</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 105, RN 108.

<sup>303</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 253, RN 20.

<sup>304</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 105, RN 108; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Das Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 255, RN 23.

<sup>305</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 105, RN 107 und RN 109.

BBiG fallen.<sup>306</sup> Somit zählen zur Berufsausbildung die Ausbildung (vgl. § 1 Abs. 3 BBiG), die Berufsausbildungsvorbereitung (vgl. § 1 Abs. 2 BBiG), die berufliche Fortbildung (vgl. § 1 Abs. 4 BBiG) und die berufliche Umschulung (vgl. § 1 Abs. 5 BBiG).<sup>307</sup>

Für den Bereich des Sports hat § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AGG keine Bedeutung. Eine „Ausbildung“ zum Berufssportler gibt es nicht. Vielmehr beginnt man den Sport in der frühen Jugend und betreibt ihn im Amateurstatus, bis man letztlich ein bestimmtes Leistungsniveau erreicht und einen Vertrag als Berufssportler erhält. Ausbildungsverträge zum Berufssportler im Sinne von § 10 BBiG mit dem vorgeschriebenen Inhalt nach § 11 BBiG existieren im Sport nicht. Auch wird der Beruf des Profisportlers nicht als Ausbildungsberuf anerkannt.<sup>308</sup>

### [3]. Arbeitnehmerähnliche Personen, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG

Mittels § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGG werden auch arbeitnehmerähnliche Personen in den persönlichen Anwendungsbereich des AGG einbezogen.

Im Schrifttum wird teils die Auffassung vertreten, dass es sich bei arbeitnehmerähnlichen Personen um Selbständige handelt.<sup>309</sup> Diese Auffassung ist dogmatisch unzutreffend. Als arbeitnehmerähnliche Personen werden nach überwiegender Ansicht im Schrifttum Dienstleistende verstanden, die mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmer, aber wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit auch keine Unternehmer sind.<sup>310</sup> Sie sind also weder Arbeitnehmer, noch Selbständige. Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit scheint jedoch eine Eingliederung in die Gruppe der Arbeitnehmer angebracht, weshalb die Gruppe als arbeitnehmerähnliche Personen bezeichnet wird. Arbeitnehmerähnliche Personen nehmen somit eine Zwitterstellung ein, da sie keine Arbeitnehmer im arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Sinne sind, aber in manchen arbeitsrechtlichen Vorschriften<sup>311</sup> - wie vorliegend im AGG - jedoch wie Arbeitnehmer behandelt werden.<sup>312</sup>

Diese Vorschrift dürfte vor allem für Sportler maßgeblich sein, die zwar in ihrer Einteilung der sportlichen Betätigung relativ eigenständig, in wirtschaftlicher Hinsicht jedoch von ihrem Verein oder Verband stark abhängig sind. Denkbar ist dies vor allem bei Profisportlern im Bereich der Einzelsportarten; beispielsweise, wenn ein Leichtathlet über Ort und Zeit seiner Trainingseinheiten frei entscheidet und sogar einen privaten Trainer engagiert, der Verein allerdings das Trainingsgelände zur Verfügung stellt. Al-

<sup>306</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 20 zu § 6.

<sup>307</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 6.

<sup>308</sup> Dahm, EuZW 2010, S. 346; vgl. auch Auflistung des BMBF unter <http://www.bibb.de/de/ausbildungsprofile-start.htm>.

<sup>309</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 6; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 11 zu § 6.

<sup>310</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 70; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 50, RN 123.

<sup>311</sup> Z.B. § 5 Abs. 1 ArbGG, § 2 BUrlG, § 12 a TVG, § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, § 1 Abs. 2 Nr. 1 BeschSchG, § 54 Abs. 1 SchwbG.

<sup>312</sup> Berkowsky, in: MünchArbR, 2000, S. 367.

lein die Bereitstellung einer Sportanlage und gegebenenfalls eines Trainers kann zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des Sportlers führen, da diese Vereinsgegenstände erhebliche Werte darstellen und von der Nutzbarkeit sowohl der sportliche als auch der wirtschaftliche Erfolg der Sportausübung abhängen können. Für die Einstufung als reinen Arbeitnehmer fehlt es jedoch an der Unselbstständigkeit bzw. der Weisungsgebundenheit, weshalb es zutreffender ist, diese Sportler als arbeitnehmerähnliche Personen einzustufen.

*[4]. Bewerber/Ausscheider für/aus einem Beschäftigungsverhältnis nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG*

Gem. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie die Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist.

Die Vorschrift erweitert den Schutzbereich streng genommen nicht um einen neuen Personenkreis, sondern verlagert den Diskriminierungsschutz in zeitlicher Hinsicht auf die Anbahnungsphase eines Beschäftigtenverhältnisses und dessen Beendigung.<sup>313</sup> Die Norm hat daher nur klarstellende Funktion. Wie aus der Entwurfsbegründung des Gesetzes vom 8. Juni 2006 ausdrücklich hervorgeht, soll insbesondere der Bereich der betrieblichen Altersvorsorge erfasst werden.<sup>314</sup>

Begrifflich wird unter einem Bewerber derjenige verstanden, der sich subjektiv ernsthaft um eine Stelle beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt.<sup>315</sup> Ein Bewerber liegt somit nicht vor, wenn es bereits an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung fehlt und von Anfang an nicht beabsichtigt ist, die Arbeitsstelle anzutreten.<sup>316</sup> Ferner, wenn es bereits an der objektiven Eignung des Bewerbers fehlt, welche durch einen Vergleich zwischen dem Stellenprofil und den Kenntnissen und Fähigkeiten des Bewerbers zu bestimmen ist.<sup>317</sup>

Für den Bereich des Sports ergeben sich keine Besonderheiten. Der klarstellende § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG verdeutlicht lediglich, dass der Sportler sowohl bei der Suche nach einem (neuen) Arbeitgeber als auch nach der Beendigung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses vor Diskriminierung geschützt ist.

*bb. Beschäftigtenverhältnisse im Sport*

Da der persönliche Anwendungsbereich für Sportler mitunter dann eröffnet ist, wenn sie Beschäftigte im Sinne von 6 Abs. 1 AGG sind, soll nachfolgend dargestellt werden, wo

<sup>313</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 b zu § 6.

<sup>314</sup> BT-Drucks. 16/1780 S. 34.

<sup>315</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 c zu § 6; BAG AP, Nr. 16 zu § 611 a BGB; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 6.

<sup>316</sup> LG Potsdam NZA RR 2005, S. 651; LAG Berlin ArbRB 2006, S. 162; LAG Berlin NZA RR 2005, S. 124; LAG Rheinland-Pfalz NZA 1997, S. 115.

<sup>317</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 6; LAG ArbRB 2006, S. 162.



Beschäftigungsverhältnisse im Sport zu erwarten sind. Dies gibt Aufschluss darüber, in welchen Bereichen des Sports das AGG überwiegend Anwendung findet.

*[1]. Grundsätzliches*

Wie unter II. 2. a. aa. erörtert wurde, kommt es neben der Ausübung des Sports als Arbeit auf zwei wesentliche Merkmale an, um die Tätigkeit des Sportlers als Beschäftigtenverhältnis einzustufen. Zum einen muss der Sportler seine sportliche Tätigkeit aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages erbringen. Zum anderen muss dieses Vertragsverhältnis von persönlicher Abhängigkeit geprägt sein, da sonst eine Selbstständigkeit vorliegen würde. Von einer persönlichen Abhängigkeit ist vor allem dann auszugehen, wenn eine Eingliederung in einen Organisationsbetrieb und eine Weisungsgebundenheit des Sportlers vorliegt.

Die abstrakte Unterscheidung zwischen Amateursportler, Vertragssportler und Lizenzsportler, welche vereinzelt im Schrifttum vorgenommen wird, ist grundsätzlich nicht geeignet, die Arbeitnehmereigenschaft zu bestimmen. Sie kann allenfalls als grobe Einstufung herangezogen werden.

*[2]. Einzelfallbetrachtung*

Für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft des Sportlers bedarf es immer einer Einzelfallbetrachtung. Um im Rahmen dieser Ausarbeitung zumindest eine Tendenz aufzeigen zu können, müssen die verschiedenen Beschäftigungsmöglichkeiten im Sport näher betrachtet werden. Hierfür scheint insbesondere eine grobe Untergliederung in Mannschafts- und Einzelsportarten hilfreich zu sein.

*[a]. Mannschaftssportarten*

Bei Mannschaftssportarten ist festzustellen, dass für die Durchführung des Trainingsbetriebes und die Teilnahme am Mannschaftswettbewerb Organisationsbedarf besteht. So müssen Vorgaben im Hinblick auf den Ort und die Zeit des Trainings gemacht werden, um sicher zu stellen, dass alle Spieler zum Mannschaftstraining erscheinen. Dies erfolgt durch reglementierende Weisungen, welche die Spielvorbereitung und den Spieleinsatz betreffen.<sup>318</sup> Mannschaftssportler werden in der Regel vertraglich verpflichtet, angesetzte Trainingsstunden einzuhalten, den pünktlichen Trainingsbeginn und die Anordnungen des Trainers zu beachten, und an Spielerbesprechungen und Spielen teilzunehmen.<sup>319</sup> Mannschaftssportler sind meist den Weisungen des Vereins hinsichtlich Zeit, Ort sowie Art und Weise der Arbeitsleistung unterworfen. Nur durch die Aufstellung von solchen Verhaltensregeln und vertraglichen Regelwerken kann sichergestellt werden, dass der Spielbetrieb einer Mannschaft funktioniert. Juristisch wäre es jedoch verfehlt, sämtliche vertragliche Vereinbarungen zwischen Sportlern und Vereinen gleich als Arbeitsvertrag zu bezeichnen. Vielmehr muss zwischen zwei verschiedenen Teilen differen-

---

<sup>318</sup> Diese Feststellungen hat auch das BAG bei der Beurteilung von Vertragsamateuren im Fußball gemacht; vgl. BAG AP, Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>319</sup> BAG AP, Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

ziert werden. Dem Sportleistungsvertrag und dem bloßen Regelanerkennungsvertrag.<sup>320</sup> Mit dem Sportleistungsvertrag verpflichtet sich der Sportler schuldrechtlich zur Erbringung seiner Sporttätigkeit. Dieser Teil des Vertrages kann als Arbeitsvertrag bezeichnet werden. Mit dem Regelanerkennungsvertrag unterwirft er sich hingegen nur bezüglich der jeweiligen Verbands- bzw. Vereinsregeln.<sup>321</sup> Die Unterscheidung ist jedoch für die Beurteilung der Frage, ob der Sportler Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, unerheblich. Der Sportleistungsvertrag ein privatrechtlicher Vertrag, welchen den Sportler zu Arbeit verpflichtet. In der Regel wird bei der Ausgestaltung des Sportleistungsvertrages von Mannschaftssportlern ein Direktionsrecht vereinbart. Dies rührt aus dem Umstand, dass man bei Einzelwettkämpfen die Verpflichtungen des Sportlers grundsätzlich genau regeln könnte. Bei Wettkämpfen wie dem Ligabetrieb, welche mehrmals stattfinden, erscheint jedoch die Vereinbarung eines Direktionsrechtes sinnvoller und angebrachter zu sein, um auf die jeweiligen Änderungen eingehen zu können.<sup>322</sup> Ferner müssen auch Trainings- und Arbeitsbedingungen geschaffen werden, um einen reibungsfreien Ablauf zu gewährleisten.

Zusammenfassend erfordert der Mannschaftssport also eine regelrechte Betriebs- und Arbeitsorganisation<sup>323</sup> und ein allgemeines Direktionsrecht.<sup>324</sup> Somit liegen in Mannschaftssportarten in aller Regel eine betriebliche Organisation, in welche der Sportler eingegliedert ist, und eine Weisungsgebundenheit, begründet durch das Direktionsrecht, vor, was für eine grundsätzliche Arbeitnehmereigenschaft von Mannschaftssportlern spricht.

Diese Feststellung deckt sich auch mit der gängigen Praxis im Mannschaftssport. Verträge zwischen dem Sportler und den ausgegliederten Sportkapitalgesellschaften werden dort häufig als „Arbeitsverträge“ deklariert. Dies bestätigt auch die Rechtsprechung. So hat das BAG entschieden, dass Vertragsamateure im Fußball aufgrund ihrer persönlichen Abhängigkeit gegenüber dem Verein als Arbeitnehmer einzustufen sind.<sup>325</sup> Selbst für Lizenzfußballspieler der Bundesligen hat das BAG festgestellt, dass diese als Angestellte zu qualifizieren sind.<sup>326</sup> Bei diesen hätte man annehmen können, dass sie aufgrund ihrer herausragenden Leistungen und Persönlichkeit nicht persönlich abhängig sind und Weisungsabhängigkeit und –gebundenheit in den Hintergrund treten.<sup>327</sup> Im Schrifttum wurde daher teils die Ansicht vertreten, dass Profisportler in Mannschaftssportarten vielmehr als leitende Angestellte zu qualifizieren sind.<sup>328</sup> Zwar ist zu zustimmen, dass

<sup>320</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 247, RN 12.

<sup>321</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 247 ff.

<sup>322</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 251, RN 17.

<sup>323</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 249, RN 14.

<sup>324</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 251, RN 18.

<sup>325</sup> BAG AP, Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>326</sup> BAG AP, Nr. 2 zu § 611 BGB Berufssport; BAG NJW 1980, S. 470.

<sup>327</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 250, RN 16.

<sup>328</sup> Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002, S. 44 ff.; Bepler, Sportler, Arbeit und Statuten, 2000, S. 44 ff.; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 250, RN 16.

Profisportler, vor allem in der ersten Fußballbundesliga, ihrer Mannschaft und teilweise sogar der Sportart durch ihr individuelles Persönlichkeitselement ein Gepräge geben und oftmals Sonderstatus genießen. Allerdings lässt diese Ansicht außer Acht, dass eine Weisungsgebundenheit existiert und Verein und Trainer das Sagen haben. Die Persönlichkeit und der Sonderstatus manches Sportlers mögen sich vielleicht auf die Bezahlung und eine gute Verhandlungsposition bei Vertragsanbahnungen bemerkbar machen. Bei der Durchführung der jeweiligen Sportleistungsverträge spielen diese Kriterien allerdings keine Rolle mehr. So befreien sie den Sportler nach Abschluss des Vertrages nicht von seinen arbeitsvertraglichen Pflichten. So wird beispielsweise die Weisungsgebundenheit dieser Spieler deutlich, wenn man die erheblichen Strafen für Vertragsverstöße bedenkt.<sup>329</sup> Ferner sind auch diese Spieler in die betriebliche Organisation des Vereins eingegliedert.<sup>330</sup> Aus diesen Gründen ist die Rechtsprechung des BAG nicht zu beanstanden.

Somit lässt sich die Aussage treffen, dass Sportler einer Mannschaftssportart – z.B. Fußball, Basketball, Handball, Volleyball, Eishockey etc. – tendenziell als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, da sie ihre sportliche Tätigkeit vertragsgemäß in einer persönlichen Abhängigkeit und innerhalb der betrieblichen Organisation des Vereins erbringen.<sup>331</sup>

#### *[b]. Einzelsportler*

Bei Einzelsportlern ist eine eindeutige Aussage über deren Arbeitnehmereigenschaft hingegen nicht möglich, auch wenn eine Tendenz zur Selbstständigkeit zu erkennen ist.

Man könnte voreilig zu der Annahme kommen, dass ein Einzelsportler relativ selbstständig in seinen Entscheidungen sein muss. Immerhin muss kein tägliches Mannschaftstraining oder ein Spielbetrieb koordiniert werden, so dass der Einzelsportler grundsätzlich frei über das Ob und Wie seines Trainings bestimmen kann. Auch bei der Teilnahme an Wettkämpfen könnte man annehmen, dass er nicht an konkrete Vorgaben gebunden ist. In der Tat existieren im Bereich des Berufssports Sachverhalte, welche diese Annahme bestätigen. So nimmt das Schrifttum etwa eine Selbstständigkeit eines Leichtathleten an, wenn dieser seine Trainingszeiten und -orte selbst festlegen und darüber entscheiden kann, an welchen Veranstaltungen er teilnimmt.<sup>332</sup> Gegebenenfalls wird ein solcher Sportler zwar Verträge mit Sponsoren oder Veranstaltern haben, welche ihn zur Teilnahme an bestimmten Wettkämpfen verpflichten. Hierdurch wird er jedoch nicht in eine Organisationsform eingegliedert.<sup>333</sup> Ferner besteht in solchen Fällen kein Weisungsrecht, da der Sportler in aller Regel selbst entscheiden kann, wie er sich auf den Wettkampf vorbereitet. Eine weitere Ansicht im Schrifttum geht sogar davon aus, dass

<sup>329</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht 2006, S. 28.

<sup>330</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 250, RN 16.

<sup>331</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 106, RN 110; Fritzweiler/Pfister/Summer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 251, RN 17; Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 28.

<sup>332</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 106, RN 111.

<sup>333</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 106, RN 111.

Einzelkämpfer in den Einzelsportarten wie Boxen, Tennis, Ski, Eislauf, Leichtathletik, Reiten und Radsport, grundsätzlich Selbstständige sind.<sup>334</sup>

In dieser Reinform wird diese Annahme allerdings in der Praxis selten anzufinden sein. So wird dem Leichtathleten z.B. nicht ohne Weiteres ein geeignetes Trainingsgelände zur Verfügung stehen. Auch ist davon auszugehen, dass sich nicht jeder Athlet einen privaten Trainer leisten kann, der es ihm ermöglicht, nach seinen Vorstellungen zu trainieren. Die Schaffung von Trainingsbedingungen ist für einen einzelnen Sportler sehr teuer, weshalb Einzelsportler oft durch die jeweiligen Spitzenverbände zu Mannschaften organisiert werden. Ferner binden sich Einzelsportler aus finanziellen Gründen häufig an einen Verein, um dessen Trainingsgelände und dessen Trainerstab im Rahmen einer Leistungsförderungsvereinbarung nutzen zu können.<sup>335</sup> In Rahmen dieser Vereinbarung werden sodann vertragliche Sportleistungspflichten zwischen Sportler und Verein vereinbart. Ob hierfür eine Vergütung in Geld erfolgt, ist für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft unerheblich, da die Art der Vergütung (Geld- und/oder Sachleistung) grundsätzlich nicht entscheidend ist.<sup>336</sup> Durch solche Vereinbarungen wird auf die Gestaltungsfreiheit des Sportlers im Hinblick auf sein Training und die Ausübung seines Sports genommen, so dass hierdurch eine Weisungsgebundenheit und Abhängigkeit entstehen kann.<sup>337</sup> Mitunter kann eine Eingliederung in den Organisationsbetrieb des jeweiligen Vereins bzw. Verbandes erfolgen.

Somit ist die Annahme, dass Einzelsportler in der Regel Selbstständige sind, ein Trugschluss.<sup>338</sup> So wurde innerhalb eines Gerichtsverfahrens einem einzelnen Tennisspieler die Arbeitnehmereigenschaft zuerkannt, da er aufgrund eines Vertrages nur für einen Verein innerhalb einer Mannschaft der Tennis-Bundesliga im Liga-Betrieb teilgenommen hat.<sup>339</sup> Ferner kann angenommen werden, dass ein Einzelsportler Arbeitnehmer ist, wenn er innerhalb eines Vereins oder Spitzenverbandes tätig wird, der den Sportbetrieb mannschaftlich organisiert, so dass der Sportler abhängig und weisungsgebunden ist.<sup>340</sup>

Aus diesen Gründen kann bei Einzelsportlern keine pauschale Aussage über die Arbeitnehmereigenschaft getroffen werden. Vielmehr ist bei diesen der jeweilige Einzelfall konkret auf die unter II. 2. a. aa. [1]. [c]. genannten Unterscheidungskriterien zu prüfen. Ausschlaggebend für eine Entscheidung können die konkrete Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen zwischen dem Sportler und dem Verein bzw. Verband sein.<sup>341</sup> Augenmerk ist darauf zu legen, ob durch die Vertragsverhältnisse eine Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit ausgelöst, und der Sportler in eine Organisationsform eingegliedert wird.

<sup>334</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 250, RN 17.

<sup>335</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 108, RN 112.

<sup>336</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 251, RN 17.

<sup>337</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 108, RN 112.

<sup>338</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 29.

<sup>339</sup> ArbG Bielefeld NZA 1989, S. 966 ff.

<sup>340</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 250, RN 17.

<sup>341</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 251, RN 17.

Kann keine eindeutige Beurteilung getroffen werden, ob es sich bei dem Einzelsportler um einen Arbeitnehmer oder einen Selbstständigen handelt, so muss beachtet werden, dass das AGG arbeitnehmerähnliche Personen gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGG wie Arbeitnehmer behandelt und ihnen denselben Schutz zuspricht. Da Selbstständige nicht denselben Schutz wie Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen genießen – vergleiche hierzu II. 1. a. aa. [2]. [b]. [bb]. – kommt dieser Unterscheidung große Bedeutung zu.

*[c]. Sportsoldat*

Sponsoren für Randsportarten zu finden, gestaltet sich in aller Regel schwierig. Aber auch in größeren Sportarten, wie der Leichtathletik, reichen die finanziellen Mittel vieler Vereine nicht aus, um Profisportler in dem Umfang zu beschäftigen, dass sie leistungsorientiert ihren Sport ausüben können und sozial abgesichert sind. Viele Hochleistungssportler führen daher ein „Doppelleben“. Sie gehen einem normalen Berufsleben nach, das ihnen als Standbein und in späteren Jahren als Absicherung dient. Der Profisport findet neben dieser Arbeit statt. Aus diesen Gründen nehmen viele Sportler staatliche Hilfe in Anspruch. Großen Andrang findet hier vor allem die Spitzensportförderung durch die Bundeswehr.<sup>342</sup> Namhafte deutsche Sportler wie Kati Wilhelm (Biathletin), Sylke Otto (Rennrodlerin), Martin Nerlinger (Gewichtheber), Georg Hackl (Rennrodler), Andreas Dittmer (Canadier-Fahrer), Ronny Ackermann (Nordische Kombination), Markus Esser (Hammerwerfer), um nur einige Namen zu nennen, haben diese Möglichkeit der Sportausübung gewählt. Selbst Christian Lell (Fußballspieler FC Bayern), ein Sportler aus dem Bereich der Mannschaftssportarten, hat seine Karriere als Sportsoldat begonnen. Insgesamt gibt es 800 Bundeswehrsportler in Deutschland, welche in 62 Sportarten durch 15 Sportfördergruppen Unterstützung durch den Staat erhalten.<sup>343</sup> Bei den Olympischen Sommerspielen von Athen 2004 waren 35 Prozent der deutschen Teilnehmer Bundeswehrsoldaten.<sup>344</sup> Die Bundeswehr unterstützt die Spitzensportler bei der Ausübung ihres Sports - vor allem bei Randsportarten. Ziel dieser Förderung ist es, die Bundesrepublik Deutschland bei internationalen Wettkämpfen erfolgreich zu repräsentieren.

Die Unterstützung im Rahmen der Spitzensportförderung durch die Bundeswehr erfolgt dergestalt, dass der Athlet einen Antrag zur Aufnahme in eine Sportfördergruppe bei seinem zuständigen Spitzensportverband und dem Olympischen Sportbund stellt. Nach der Befürwortung durch diese Verbände erfolgt eine Einberufung zum Wehrdienst. In aller Regel erfolgt dann eine Verpflichtung zum Soldaten auf Zeit für zunächst zwei Jahre. Um in die Spitzensportförderung der Bundeswehr aufgenommen zu werden, muss der Athlet somit dem Bundeskader des jeweiligen Verbandes angehören. Nach ihrer Einberufung absolvieren Sportsoldaten zunächst, wie ihre Kameraden, die Grundausbildung. In dieser Zeit ist grundsätzlich eine Freistellung zum Training nicht mög-

<sup>342</sup> Hintergrundinformationen sind hierzu unter [www.bundeswehr.de](http://www.bundeswehr.de) abrufbar.

<sup>343</sup> Laut Informationsmaterial unter [www.bundeswehr.de](http://www.bundeswehr.de) – Stand 29.2.2008.

<sup>344</sup> [www.bundeswehr.de](http://www.bundeswehr.de).

lich. Anschließend beginnt in der Sportfördergruppe die eigentliche Förderung, indem den Sportlerinnen und Sportlern die Möglichkeit eröffnet wird, während des Dienstes zu trainieren und an Wettkämpfen teilzunehmen. Die militärische Ausbildung von den Leitern der Sportförderung geschieht in enger Absprache mit den Bundestrainern und den einzelnen Verbänden und den Bundessportfachverbänden. Grundsätzlich sind die Bundestrainer oder von den Spitzenverbänden beauftragten Trainer fachlich für das dienstliche Training beziehungsweise den Wettkampf verantwortlich. Die Trainings- und Wettkampfpläne werden der jeweiligen Sportfördergruppe übermittelt. Diese kann dann die militärischen und sportlichen Belange des Sportlers aufeinander abstimmen. Die Sportfördergruppen der Bundeswehr verfügen über keine selbstständige Infrastruktur. Daher trainieren die Sportler in der Regel in den Olympiastützpunkten, beziehungsweise den Leistungszentren der Spitzenverbände, oder, falls es erforderlich ist, in ihren Heimatvereinen. In der zweimonatigen militärischen Grundausbildung ist eine Befreiung vom Dienst für die Teilnahme am Training oder Wettkampf des Spitzenverbandes grundsätzlich nicht möglich. Während der anschließenden Zeit in den Sportfördergruppen umfasst der sportliche Teil (Training/Wettkampf) circa 70 Prozent, die militärische Aus- und Weiterbildung des Soldaten circa 30 Prozent des Dienstes.

*[aa]. § 24 AGG*

Wie sich aus der Definition des Arbeitnehmerbegriffs – hierzu II. 2. a. aa. [1.] - ergibt, ist für die Eröffnung des Anwendungsbereiches von § 6 Abs. 1 AGG ein privatrechtlicher Vertrag notwendig.<sup>345</sup> Ein Sportsoldat ist jedoch aufgrund eines durch Verwaltungsakt begründeten öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses beschäftigt.<sup>346</sup> Wegen Fehlens eines privatrechtlichen Vertrages ist daher der Schutzbereich des AGG zunächst nicht eröffnet.

Allerdings existiert mit § 24 AGG eine Sonderregelung, welche die entsprechende Anwendung der Vorschriften des AGG für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anordnet.

*[aaa]. Beamtinnen und Beamte, § 24 Nr. 1 AGG*

So wird der persönliche Schutzbereich des AGG mit § 24 Nr. 1 AGG ausdrücklich für Beamtinnen und Beamte des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht des Bundes oder eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts erweitert.

*[bbb]. Richterinnen und Richter, § 24 Nr. 2 AGG*

In § 24 Nr. 2 AGG erfolgt eine Erweiterung auf Richterinnen und Richter des Bundes und der Länder.

<sup>345</sup> Vgl auch Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 6 zu § 6.

<sup>346</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 6 zu § 6; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 zu § 6; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 15 zu § 6.

[ccc]. *Zivildienstleistende und Kriegsdienstverweigerer*, § 24 Nr. 3 AGG

Zivildienstleistende sowie anerkannte Kriegsdienstverweigerer, soweit ihre Heranziehung zum Zivildienst betroffen ist, werden durch § 24 Nr. 3 AGG in den persönlichen Anwendungsbereich aufgenommen.

[bb]. *SoldGG/SGleiG*

Soldatinnen und Soldaten sind in § 24 AGG nicht ausdrücklich erwähnt. Aufgrund ihres öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses könnte man annehmen, dass auch diese von § 24 Nr. 1 AGG erfasst werden und das AGG somit auch für diese Beschäftigungsverhältnisse entsprechende Anwendung findet.

Allerdings liegen mit dem Soldaten- und Soldatinnengleichstellungsgesetz (SGleiG) und dem Soldatinnen- und Soldatengleichbehandlungsgesetz (SoldGG) Sonderregelungen gegenüber dem AGG vor.<sup>347</sup> Das Beschäftigungsverhältnis von Soldaten und Soldatinnen unterfällt nicht dem AGG, sondern diesen Sondervorschriften.<sup>348</sup>

Wesentliche Unterschiede im Diskriminierungsschutz resultieren hieraus jedoch nicht. Das SoldGG stellt ein Ebenbild des AGG dar. Es ist aufgrund derselben Richtlinien und desselben Umsetzungsgesetzes wie das AGG am 18. August 2006 in Kraft getreten.<sup>349</sup> Das SoldGG ähnelt inhaltlich dem arbeitsrechtlichen Teil des AGG, berücksichtigt jedoch die militärischen Besonderheiten.<sup>350</sup> So ist es gem. § 1 Abs. 1 SoldGG Ziel des SoldGG Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion, der Weltanschauung und der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts sind größtenteils durch das SGleiG verboten. Lediglich Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts in Form von Belästigung und sexueller Belästigung werden durch § 1 Abs. 2 S. 1 SoldGG erfasst. Der Schutz schwerbehinderter Soldatinnen und Soldaten wird gem. § 1 Abs. 2 S. 2 SoldGG nach Maßgabe des § 18 SoldGG sichergestellt. Der Begriff der Benachteiligung in § 3 SoldGG entspricht ebenso wie die Voraussetzungen an die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung wegen mehrerer Gründe in § 4 SoldGG und die Zulässigkeit positiver Maßnahmen in § 5 SoldGG, den Regelungen in §§ 3 – 5 AGG.<sup>351</sup>

Unterschiede ergeben sich zum AGG zum einen bei der Umsetzung der Rahmenrichtlinie hinsichtlich der Merkmale Alter und Behinderung. Hier wurde im SoldGG von einer Umsetzung hinsichtlich dieser Merkmale mit Verweis auf das Mitgliedsstaatenwahlrecht in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie und Begründung des Erfordernisses der Einsatzbereitschaft und Schlagkraft der Streitkräfte, abgesehen.<sup>352</sup> Zum anderen ergeben sich militärisch bedingte Abweichungen im Beschwerdeverfahren. So wird beim SoldGG

<sup>347</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 12 zu § 24.

<sup>348</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 6 zu § 6.

<sup>349</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 85 zu § 24.

<sup>350</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 85 zu § 24.

<sup>351</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 91 zu § 24.

<sup>352</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 86 zu § 24.

beispielsweise auf die Wehrbeschwerdeordnung verwiesen.<sup>353</sup> Auch sieht das SoldGG kein Leistungsverweigerungsrecht wie in § 14 AGG vor.

Die Regelungen zur Entschädigung und zum Schadensersatz in § 12 SoldGG entsprechen unter Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Besonderheiten denen des § 15 AGG. Ebenso stimmen das Maßregelungsverbot in § 13 SoldGG und die Beweislastregelung in § 15 SoldGG im Wesentlichen mit den §§ 16, 22 AGG überein.<sup>354</sup>

*[cc]. Überlagerung mit privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen*

Im Bereich des Leistungssports ist zu berücksichtigen, dass sich das öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnis oft mit privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen überlagert. So ist es meist keine Seltenheit, dass Sportsoldaten nicht nur beim Staat beschäftigt sind, sondern auch bei den Vereinen oder Verbänden, für welche sie sportlich tätig sind. Meist erfolgt dort zusätzlich zum öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis eine Anstellung in Form einer geringfügigen Beschäftigung.<sup>355</sup> Auf diese Weise versucht man in Randsportarten oder Sportarten mit wenig finanziellen Mitteln, das Gehaltsniveau zu erhöhen, um hierdurch eine Professionalisierung zu erreichen.<sup>356</sup> Nur durch derartige Konstruktionen können in manchen Sportarten Anreize geschaffen werden, um deutsche Athleten zu einer Karriere als Berufssportler zu bewegen.

Dieser Umstand wirft jedoch die Frage auf, welches Gesetz bei derartigen Sachverhalten Anwendung finden muss: Das AGG oder das SoldGG? Zur Klärung dieser Frage wird man genau differenzieren müssen. Liegen sowohl ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis als auch ein privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis vor, gilt es zunächst zu klären, in welchem dieser Beschäftigungsverhältnisse die Beeinträchtigung stattfindet. Erfolgt die Diskriminierung allein im Rahmen der Tätigkeit als Berufssoldat, so muss das SoldGG Anwendung finden. Nur dieses Gesetz berücksichtigt als Sondervorschrift die militärischen Besonderheiten. Findet die Diskriminierung hingegen innerhalb des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Athleten und dem Verein statt, so muss aufgrund des privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses das AGG zur Anwendung kommen. Militärische Erfordernisse für die Anwendung des SoldGG existieren in diesem Verhältnis nicht. Der Sportsoldat wird nach seiner Grundausbildung für sein Training und seine Wettkämpfe, größtenteils sogar gänzlich, von seinem Dienst freigestellt. In dieser Zeit erbringt der Athlet seine Arbeitskraft gegenüber dem unterstellten Verein oder Verband. Gerade bei der Erbringung dieser Tätigkeiten sind allerdings keine militärischen Anforderungen zu beachten, weshalb es verfehlt wäre, auch in diesem Bereich das SoldGG mit seinen militärischen Besonderheiten anzuwenden.

Diese Feststellungen verdeutlichen, dass der Sportsoldat im Hinblick auf den Diskriminierungsschutz ein Zwitterwesen darstellt. Anders als normale Soldaten kann er

<sup>353</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 100 zu § 24.

<sup>354</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 102 zu § 24.

<sup>355</sup> Dies ist beispielsweise in der Volleyball-Bundesliga der Damen gängig.

<sup>356</sup> Die Vielzahl der geförderten Randsportarten wird aus der Übersicht der geförderten Sportarten der Bundeswehr, Stand 29.2.2008, ersichtlich.



bei Vorliegen eines privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses neben dem Schutz durch das SoldGG auch den Schutz des AGG in Anspruch nehmen. Auf den ersten Blick scheint dies kein besonderer Vorteil zu sein. Zum einen findet immer nur – je nachdem in welchem Bereich die Diskriminierung stattfindet – ein Gesetz Anwendung. Zum anderem ergeben sich inhaltlich kaum Unterschiede zwischen dem SoldGG und dem AGG. Dennoch können sich ungeahnte Vorteile für diejenigen Sportsoldaten ergeben, welche aufgrund eines zusätzlichen privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses dem Schutzbereich des AGG unterfallen. Ohne ein solches Beschäftigungsverhältnis ist lediglich der jeweilige Dienstherr der Bundeswehr Anspruchsgegner von Ansprüchen aus dem SoldGG.<sup>357</sup> Ein direkter Anspruch gegen den Verband oder Verein, für welchen der Sportler tätig ist, ergibt sich hingegen nicht. Anders als das AGG in § 6 Abs.2 Satz 2, sieht das SoldGG keine Arbeitnehmerüberlassung vor. Wie die Ausführungen zur Arbeitgebervereinschaft von Verbänden unter II. 2. b. bb. [2.] [b]. zeigen werden, würde die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung jedoch im Sport mangels einer Leihgebühr meist scheitern. In dieser Konstellation würden Vereine oder Verbände „Dritte“ in diskriminierungsrechtlicher Hinsicht darstellen, was den Schutz unter Umständen erschweren kann. Immerhin ist bei Sportsoldaten zu erwarten, dass bei Diskriminierungen im Bereich des Sports die Vereine und Verbände näher am Geschehen sind, als der Dienstherr der Bundeswehr. In vielen Fällen sind die Vereine und Verbände sogar die Urheber der Diskriminierung, was verdeutlicht, dass in dieser Konstellation ein Diskriminierungsschutz über das SoldGG als unglücklich bezeichnet werden darf. Ist der Athlet hingegen – beispielsweise im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung – zusätzlich beim Verein beschäftigt, so findet das AGG für dieses Beschäftigungsverhältnis Anwendung, was dem diskriminierten Athleten einen direkten Zugriff gegenüber dem Verein als Arbeitgeber ermöglicht. In diesem Fall müsste er seine Ansprüche nicht über den Umweg seines Dienstherrn geltend machen, sondern könnte direkt gegenüber dem Verein die Beseitigung der Diskriminierung verlangen. Die Gegenüberstellung der Szenarien zeigt überdeutlich, dass das SoldGG und das AGG nicht auf die Besonderheiten der Sportförderung abgestimmt sind. Hier gilt es bereits die Art der Sportförderung zu überdenken, zumindest aber sind die Gesetze auf die Gegebenheiten von Sportsoldaten anzupassen.

### *cc. Zwischenergebnis*

Zusammenfassend kann man feststellen, dass die Arbeitnehmereigenschaft, und somit der persönliche Anwendungsbereich von § 6 Abs. 1 AGG, überwiegend bei den Mannschaftssportarten zu bejahen ist. Dort sind die Sportler weisungsgebunden und innerhalb des Organisationsbetriebes des jeweiligen Vereins beruflich tätig. Indiz sind hierfür vor allem die ausführlichen vertraglichen Regelungen, welche dem Sportler keine Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf die Auswahl von Trainingszeit, -umfang und -ort geben und ihn zur Teilnahme am Ligabetrieb und sonstigen Wettkämpfen des Vereins verpflichten.

<sup>357</sup> Zu den Anspruchsgegnern von diskriminierungsrechtlichen Ansprüchen siehe ausführlich unter III. 3.

Bei Einzelsportarten ist hingegen tendenziell von einer Selbstständigkeit der Sportler auszugehen, weshalb in diesen Fällen der Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 AGG nicht eröffnet ist. Grundsätzlich ausschließen darf man den Anwendungsbereich nach § 6 Abs. 1 AGG für Einzelsportler jedoch nicht. Auch bei Einzelsportarten kann unter Umständen eine Arbeitnehmereigenschaft des Sportlers vorliegen. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich der Sportler vertraglich verpflichtet und hieraus eine Weisungsgebundenheit oder eine Eingliederung in eine Organisationsform resultiert. Auch ist für die Eröffnung des Anwendungsbereiches nach § 6 Abs. 1 AGG keine reine Arbeitnehmereigenschaft erforderlich. So ist es nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG bereits ausreichend, dass eine arbeitnehmerähnliche Person vorliegt. Eine solche Person kann angenommen werden, wenn die Selbstständigkeit des Sportlers durch vertragliche Verpflichtungen derart beschränkt wird, dass eine Qualifizierung als Arbeitnehmer angebracht erscheint, die Voraussetzungen für eine Arbeitnehmereigenschaft allerdings nicht im vollen Umfang erfüllt werden.

Problematisch ist der persönliche Anwendungsbereich des AGG im Hinblick auf Sportsoldaten. Als Berufssoldaten findet für diese vorrangig das SoldGG Anwendung. Besonderheiten können sich jedoch ergeben, wenn der Sportsoldat zusätzlich aufgrund eines privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses seine sportliche Tätigkeit ausübt. Erfolgen Diskriminierungen innerhalb dieses zusätzlichen Beschäftigungsverhältnisses, so findet für diese das AGG Anwendung. Dies kann im Hinblick auf die Wahl des richtigen Anspruchsgegners von entscheidender Bedeutung sein, was zugleich verdeutlicht, dass der Diskriminierungsschutz von Sportsoldaten unterschiedlich ausfallen kann. Während bei einem Schutz durch das SoldGG nur gegen den Dienstherrn vorgegangen werden kann, so sind Ansprüche aus dem AGG gegenüber dem Verein als Arbeitgeber geltend zu machen. Dies zeigt deutlich, dass die Sportförderung in Form einer Besoldung als Berufssoldat unpassend und zu überdenken ist. Zumindest sollte der unterschiedliche Schutz von Sportsoldaten – derzeit hängt dieser davon ab, ob der Athlet ein zusätzliches Beschäftigungsverhältnis mit dem jeweiligen Verein oder Verband eingetret oder nicht – durch eine Anpassung des AGG und des SoldGG beseitigt werden.

#### **b. Arbeitgeber, § 6 Abs. 2 AGG**

Mit § 6 Abs. 2 AGG wird der persönlichen Anwendungsbereich des AGG auf den Arbeitgeber erstreckt und zugleich der Arbeitgeberbegriff im Sinne des AGG definiert. Hiernach sind natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach § 6 Abs. 1 AGG beschäftigen, Arbeitgeber im Sinne des AGG. Ferner wird der Begriff des Arbeitgebers mittelbar durch den Begriff des Beschäftigten definiert.<sup>358</sup>

---

<sup>358</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 15 zu § 6.

*aa. Vereine*

Da organisierter und professioneller Sport überwiegend im Verein betrieben wird<sup>359</sup>, kommt in erster Linie dieser als Arbeitgeber in Betracht. Als juristische Person kann der Verein grundsätzlich unter den Arbeitgeberbegriff fallen, wenn über ihn Personen nach § 6 Abs. 1 AGG beschäftigt werden.<sup>360</sup>

Die Organisationsform des Vereins als juristische Person kann unterschiedlich ausgestaltet sein.

*[1]. e.V. nach § 21 BGB*

So prägt der eingetragene, nichtwirtschaftliche Idealverein im Sinne des § 21 BGB noch immer die Sportlandschaft und ist der klassische Arbeitgeber im Sport.<sup>361</sup> Der eingetragene Verein nach § 21 BGB kann Arbeitgeber im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG sein.<sup>362</sup> Die Arbeitgebereneigenschaft ist dort zu bejahen, wo die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne der §§ 611 ff. BGB vorliegen.<sup>363</sup> Auf die Vorstellungen bzw. Absichten des Vereins z.B. lediglich im Freizeitbereich aufzutreten - kommt es hierbei nicht an.<sup>364</sup> Auch spricht der in § 21 BGB vorgeschriebene, nicht-wirtschaftliche Zweck nicht gegen eine Arbeitgebereneigenschaft, denn die Beschäftigung eines Arbeitnehmers bedeutet nicht zwangsläufig eine wirtschaftliche Zielsetzung. Dies macht auch die Existenz von § 58 Nr. 9 AO deutlich, welche es dem Verein sogar in Teilbereichen erlaubt, wirtschaftlich tätig zu werden, ohne dass im Gesamten die Steuervergünstigungen aufgrund der Gemeinnützigkeit wegfällt.

Entscheidend für die Beurteilung der Arbeitgebereneigenschaft des Vereins ist somit, ob der Sportler Arbeitnehmer oder eine arbeitnehmerähnliche Person ist. Bei der Einstufung des Sportlers als Arbeitnehmer ist bei Vertragsverhältnissen mit einem Verein hierbei folgende Besonderheit zu beachten: Die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft erfordert zum einen einen privatrechtlichen Vertrag, zum anderen persönliche Abhängigkeit, die durch Weisungsgebundenheit und/oder Eingliederung in der Organisationsbetriebes ausgelöst werden kann. Bei Rechtsverhältnissen zwischen Sportlern und Vereinen ist zu beachten, dass nicht nur vertragliche, sondern in erster Linie auch vereinsrechtliche Verpflichtungen, vorliegen können. Ob vereinsrechtliche Verpflichtungen eine Arbeitnehmereigenschaft auslösen können, ist umstritten.<sup>365</sup> Wie bereits erwähnt, müssen die Rechte und Pflichten des Sportlers durch einen privatrechtlichen Vertrages

<sup>359</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 122, RN 54.

<sup>360</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 17 zu § 6.

<sup>361</sup> Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 37; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 97, RN 93.

<sup>362</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 17 zu § 6.

<sup>363</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 97, RN 92.

<sup>364</sup> BAG AP, Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 97, RN 92.

<sup>365</sup> Gitter, in: MünchArbR, 2000, § 202, S. 1763 ff.; Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 47 ff.; BAG AP, Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

geregelt werden. Hat der Verein die Entschädigung seiner Sportler (Aufwandsentschädigung) bzw. deren Verpflichtungen innerhalb seiner Satzung geregelt, so muss bereits die Frage gestellt werden, ob hierdurch die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen geschaffen werden können. Entscheidend wird es wohl darauf ankommen, ob die Satzung lediglich vereinsrechtliche Rahmenbedingungen schafft, oder aber vielmehr als Konkretisierung für einen später zwischen Verein und Sportler (auch konkludent) geschlossenen Vertrag dient. Ferner ist in diesem Zusammenhang entscheidend, ob der Sportler seine sportliche Leistung aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages oder aufgrund einer freiwilligen Unterwerfung unter die Vereinsstatuten erbringt. Das BAG macht in seiner Rechtsprechung deutlich, dass es zwar ein Nebeneinander von vereinsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Pflichten grundsätzlich für möglich hält.<sup>366</sup> In den Entscheidungen heißt es jedoch auch, dass sich der Vertragsamateurler vom Amateursportler gerade durch seine vertraglichen Verpflichtungen unterscheidet und nur ein Vertrag zu einer Arbeitnehmereigenschaft führen kann.<sup>367</sup> Weiter betont der BAG, dass ein Arbeitsverhältnis bei diesem Nebeneinander nur angenommen werden kann, wenn nicht die Vereinsmitgliedschaft, sondern der Vertrag die Abwicklung prägt.<sup>368</sup>

Ob der Verein letztlich als Arbeitgeber einzustufen ist, hängt somit maßgeblich von der Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen zwischen Verein und Sportler ab. Die bloße Vereinsmitgliedschaft ist zumindest nach Ansicht des BAG nicht ausreichend.

## [2]. GmbH

Der Idealverein nach § 21 BGB wird jedoch im Spitzensportbereich zunehmend durch die Ausgliederung der Profisportabteilungen in Form von Sportkapitalgesellschaften abgelöst.<sup>369</sup> Dies hat mehrere Gründe.

Zum einen stellt die zunehmende Professionalisierung hohe Anforderungen an die Organisation und die Finanzierung der jeweiligen Sportart. In einem traditionellen Verein ist dies oft kaum möglich. Entscheidungen durch ehrenamtliche Vorstände können nicht zeitnah getroffen werden. Ein vertretungsberechtigter Geschäftsführer kann zielführender, effektiver und vor allem schneller agieren. Oftmals wird innerhalb des Vereins auch Freizeitsport und Profisport nebeneinander ausgeübt. In diesem Zusammenhang möchte man verhindern, dass normale Vereinsmitglieder die Konsequenzen bei einem sportlichen und finanziellen Scheitern im Profisport mit zu tragen haben. Daher werden diese Abteilungen oft ausgelagert. Hierfür bietet sich aufgrund ihrer beschränk-

<sup>366</sup> Imping, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, 1995, S. 157.

<sup>367</sup> BAG AP, Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit; siehe auch Gitter, in: MünchArbR, 2000, § 202, S. 1763.

<sup>368</sup> BAG AP, Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>369</sup> Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 125 ff.; Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 37.

ten Haftung meist die GmbH an. Aber auch Organisationsformen wie die GmbH & Co. KG<sup>370</sup> und die GmbH & KG a.A.<sup>371</sup> sind im Sport keine Seltenheit.

Zum anderen hat der nach § 21 BGB eingetragene Verein auch ein juristisches Problem. Grundsätzlich darf ein Verein nach § 21 BGB nur nicht-wirtschaftliche, ideelle Ziele verfolgen. Zwar ist einem Verein aufgrund des mittlerweile in § 58 Nr. 9 AO verankerten Nebenzweckprivilegs<sup>372</sup> die wirtschaftliche Tätigkeit erlaubt, wenn diese nur dazu dient, die nicht-wirtschaftlichen Zwecksetzung zu fördern.<sup>373</sup> Für die überwiegende Zahl der in Deutschland eingetragenen Vereine trifft dies größtenteils noch zu. Bei vielen Vereinen überwiegt aufgrund der Kommerzialisierung des Sports allerdings die wirtschaftliche Zwecksetzung.<sup>374</sup> So bereitet die grundsätzlich vorgeschriebene, nicht-wirtschaftliche Zwecksetzung vor allem in hochkommerzialisierten Sportarten Probleme. Solange Sponsoring und Vermarktung von Rechten aufgrund der Veranlassung erfolgt, den Aufwand für die Sportausübung zu decken, bewegt sich dies noch im rechtlich zulässigen Rahmen des Nebenzweckprivilegs. Aufgrund der hohen Summen, welche im Fußball, Eishockey oder Tennis umgesetzt werden, liegt jedoch die Vermutung nahe, dass die Zielsetzung wirtschaftlicher Art ist und auf ein unternehmerisches Handeln abzielt.<sup>375</sup> Dies nicht nur, seitdem Vereine neue Spieler wie Cristiano Ronaldo oder David Beckham mitunter nur verpflichten, um hohe Gewinn durch Trikotverkäufe zu realisieren. Eine Verfehlung des nicht-wirtschaftlichen Vereinszweckes bleibt dabei auch nicht ohne Folgen. So können die zuständigen Landesbehörden den Vereinen wegen Verstoßes gegen den Satzungszweck die Rechtsfähigkeit gem. § 43 Abs. 2 BGB entziehen. Die Entscheidung der Landesbehörden steht grundsätzlich in deren Ermessen, weshalb man annehmen könnte, dass dieser Schritt in der Praxis eher selten Anwendung findet. Da bei einem professionellen Spielbetrieb allerdings mit vielen Vertragspartnern der freien Wirtschaft Verträge abgeschlossen werden (Werbung, Security, Speise- und Getränke etc.), wird größtenteils vertreten, dass das Ermessen aufgrund des Gläubigerschutzes auf null reduziert sei und daher ein Entzug der Rechtsfähigkeit in diesen Fällen zwingend zu erfolgen hat.<sup>376</sup> Die Verleihung der Rechtsfähigkeit als wirtschaftlicher Verein nach § 22 BGB scheidet daran, dass diese Vorschrift subsidiär ist und die Vereine gerade aus diesem Grund vorrangig Gesellschaften aus dem Handelsrecht gründen müssen.

Vor allem im Profisport werden daher Sportkapitalgesellschaften zur Durchführung des Spielbetriebes bzw. zur Durchführung der Wettkämpfe gegründet. Allein mit diesen Sportkapitalgesellschaften werden Arbeitsverträge mit den jeweiligen Athleten geschlos-

<sup>370</sup> Überwiegend in der Handballbundesliga.

<sup>371</sup> Vgl. Börsengang von BVB 09 Dortmund am 30.10.2000; Werder Bremen GmbH & Co. KG a.A.; Hertha BSC Berlin GmbH & Co. KG a.A.

<sup>372</sup> Zum Nebenzweckprivileg siehe ausführlich auch Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 124, RN 59 ff.

<sup>373</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 98, RN 94.

<sup>374</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 123, RN 55 ff.

<sup>375</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 123, RN 55 ff.

<sup>376</sup> Schwarz/Schöpflin, BeckOK zum BGB, 2009, RN 6 zu § 43 BGB; Fuhrmann/Pröpfer, SpuRt 1995, S. 13; Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 38.

sen.<sup>377</sup> Oftmals wird für die Erteilung des Teilnahmerechtes am Spielbetrieb auch von den jeweiligen Verbänden verlangt, dass zwischen der Spielbetriebs-GmbH und dem Sportler ein Arbeitsvertrag geschlossen wird. So verlangt der DFB in Nr. 3 S. 1 der Präambel der Lizenzordnung Spieler (LOS) mittels der Definition des Lizenzspielers, dass der Spieler das Fußballspiel aufgrund eines mit dem Lizenzverein oder einer Kapitalgesellschaft geschlossenen Vertrages betreibt.<sup>378</sup>

Es lässt sich also festhalten, dass der Verein im Bereich des Profisports immer häufiger in Form einer Kapitalgesellschaft als Arbeitgeber auftritt und Berufssportler nur mit diesen ausgegliederten Sportkapitalgesellschaften in arbeitsvertraglicher Beziehung stehen.<sup>379</sup>

### [3]. Bedeutung von § 6 Abs. 2 S. 2 AGG

Interessant ist in sportlicher Hinsicht auch die Regelung in § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG. So gilt nach dieser Vorschrift auch ein Dritter als Arbeitgeber, dem Beschäftigte zur Arbeitsleistung überlassen werden.

Die Formulierung von § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG ist unglücklich, da die Bezeichnung als „Arbeitgeber“ suggerieren könnte, dass mit dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Dies ist jedoch unzutreffend, da in Wirklichkeit arbeitsrechtliche Beziehungen nur zwischen dem Verleiher und den überlassenen Arbeitnehmern bestehen.<sup>380</sup> Der Entleiher schließt hingegen nur mit dem Verleiher einen schuldrechtlichen Vertrag. Die Funktion von § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG ist hingegeben plausibel und legitim. Gerade weil kein Vertrag zwischen Entleiher und Beschäftigten zustande kommt, soll der Schutz vor Benachteiligung innerhalb dieses Verhältnisses durch die Erweiterung des persönlichen Schutzbereiches auf den Entleiher gewährleistet werden.<sup>381</sup>

Bei Vereinen kann die Anwendung dieser Vorschrift angedacht werden, wenn Spieler von einem Verein an einen anderen Verein entliehen werden. Zum Beispiel, wenn ein Fußballspieler von einem englischen Verein an einen deutschen Verein entliehen wird.<sup>382</sup> Dies setzt jedoch voraus, dass ein schuldrechtlicher Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nur zwischen den beiden Vereinen geschlossen wird. Schließt der neue Verein hingegen mit dem Spieler einen eigenen Vertrag ab, welcher die Bezahlung und Pflichten des Spielers regelt, so ist dieser Vertrag wiederum als neuer Arbeitsvertrag zu werten. Einer Anwendung von § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG bedarf es in dieser Konstellation nicht, da der neue

<sup>377</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 101, RN 99; Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 37.

<sup>378</sup> Online abrufbar unter der Rubrik „DFL/Interna“ auf [www.bundesliga.de](http://www.bundesliga.de).

<sup>379</sup> Vgl. auch LAG Berlin, SpuRt 1998, S. 200; Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 47; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 101, RN 99.

<sup>380</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 6; Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 21 a zu § 6

<sup>381</sup> Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 21 a zu § 6.

<sup>382</sup> So ist zum Beispiel in der Saison 2008/2009 Claudio Pizarro vom FC Chelsea an Werder Bremen entliehen worden.

Verein somit auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht Arbeitgeber ist und somit bereits von § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG erfasst wird.

Es kann nur vermutet werden, wie solche Verträge im Detail ausgestaltet werden. Allerdings liegt die Annahme nahe, dass nicht nur ein Vertrag zwischen den Vereinen geschlossen wird. So bedarf es auch zwischen dem neuen Verein und dem Spieler einer vertraglichen Festlegung der jeweiligen Rahmenbedingungen mit Rechten und Pflichten, um so den Trainings- und Spielbetrieb sicherstellen zu können.<sup>383</sup> Es würde nichts helfen, wenn ein beispielsweise Claudio Pizarro vertraglich nur verpflichtet wäre, die Bedingungen des FC Chelsea zu erfüllen, er jedoch bei Werder Bremen trainieren und spielen soll. In aller Regel wird daher der Verleiher-Verein mit dem Spieler das Ruhen des bestehenden Vertrages mit einer Wiedereinstellungsklausel vereinbaren.<sup>384</sup> Der Entleiher-Verein hingegen wird mit dem Spieler einen befristeten Arbeitsvertrag schließen.<sup>385</sup> Eine derartige vertragliche Ausgestaltung stellt keine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung nach § 9 AÜG dar. Durch das Vorliegen zweier Arbeitsverträge wird der Spieler gerade nicht im Sinne des AÜG benachteiligt.<sup>386</sup>

In dem Dreiecksverhältnis Verein-Verein-Spieler wird in aller Regel daher kein Anwendungsfall einer Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG vorliegen. Hier ist der Entleiher-Verein aufgrund des weiteren Arbeitsvertrages bereits Arbeitgeber im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG.

#### *bb. Verbände*

Fraglich könnte sein, ob Verbände als Arbeitgeber in Betracht kommen könnten.

#### *[1]. Organisationsform*

##### *[a]. Traditionelle Organisationsform*

Unter einem Verband versteht man begrifflich einen Zusammenschluss mehrerer juristischer Personen oder Personengesellschaften zu einer übergeordneten Organisation.<sup>387</sup> In den meisten Sportarten haben sich die Vereine zu Verbänden auf Regional-, Landes- oder Bundesebene<sup>388</sup> zusammengeschlossen, was zu einem stufenförmigen bzw. pyramidenförmigen Aufbau innerhalb der Sportorganisation führt.<sup>389</sup> Der Verband ist dem einzelnen Verein demnach organisatorisch übergeordnet. Der Spitzenverband wird aus diesem Grund häufig auch als „Dachverband“ bezeichnet. Ein Großteil dieser Verbän-

<sup>383</sup> Hierzu ausführlich unter II. 2. a. bb. [2]. [a].

<sup>384</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 110, RN 118.

<sup>385</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 125; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 110, RN 118.

<sup>386</sup> Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, 1995, S. 59; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 110, RN 118.

<sup>387</sup> Pfister/Steiner, Sportrecht von A – Z, 1995, zur Definition der Verbandsautonomie auf S. 242; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 99, RN 96.

<sup>388</sup> Vgl. Organigramm des DFB; online abrufbar unter [www.dfb.de](http://www.dfb.de).

<sup>389</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 112, RN 22.

de organisiert ideelle Veranstaltungen des Breitensports wie z.B. Sportabzeichenprüfungen, Integration Jugendlicher und die Gesundheitsförderung älterer Menschen, weshalb die Verbände bei dieser ideellen Zielsetzung wie die traditionellen Vereine in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins nach § 21 BGB geführt werden.<sup>390</sup>

*[b]. Moderne Erscheinungsformen*

Die zunehmende Kommerzialisierung des Sports führt aber auch bei Verbänden zu einer Umwandlungstendenz in moderne Sportkapitalgesellschaften.<sup>391</sup> Vor allem bei Verbänden, die sich überwiegend mit der Durchführung des Spielbetriebes bzw. Wettkampfes beschäftigen, ist ein Wandlungsprozess zu erkennen.

*[aa]. Fußball*

So hat der DFB im Jahr 2000 beispielsweise den Profispielbetrieb und die Vermarktung herausgelöst und die Rechte hieran an den „Die Liga – Fußballverband e.V.“ (nachfolgend als Ligaverband bezeichnet) verpachtet.<sup>392</sup> Der Ligaverband wiederum hat zur Erfüllung seiner Aufgaben und zur Durchführung seines operativen Geschäfts die „Deutsche Fußball Liga GmbH“ (DFL) gegründet.

---

<sup>390</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 99, RN 96; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 112, RN 22 und RN 23.

<sup>391</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 125, RN 63.

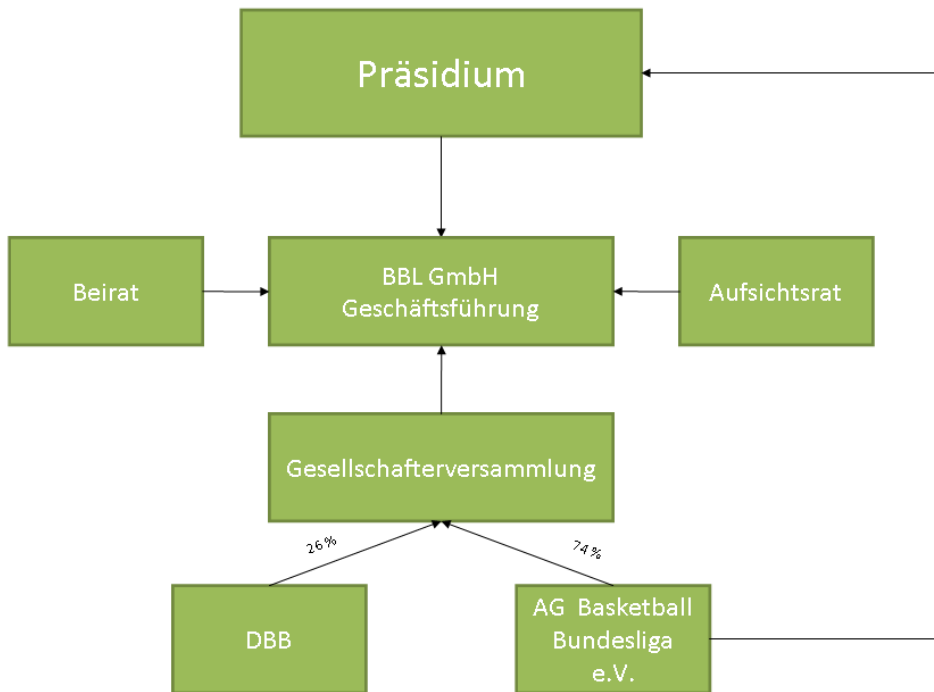
<sup>392</sup> Vgl. hierzu auch Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 126 ff.



*[bb]. Basketball*

Im Basketballsport wird der Spielbetrieb der Bundesliga bereits seit 29. Oktober 1996 von der BBL GmbH organisiert und durchgeführt.<sup>393</sup> Zuvor erfüllte diese Aufgabe noch der Deutsche Basketball Bund e.V. (DBB) selbst.

Die Organisation lässt sich vereinfacht auch mit folgendem Organigramm darstellen.

*[cc]. Eishockey*

Im Eishockey wird die DEL von der DEL Betriebsgesellschaft mbH und nicht dem Dachverband, dem Deutschen Eishockey Bund e.V. (DEB), veranstaltet.<sup>394</sup>

*[dd]. Volleyball*

Im Volleyball wurde hingegen erst im Jahre 2006 die Deutsche Volleyball-Liga GmbH zur Durchführung und Vermarktung des Volleyballbundesligaspielbetriebes gegründet.<sup>395</sup> Die Professionalisierung und Kommerzialisierung war dort lange Zeit wenig aus-

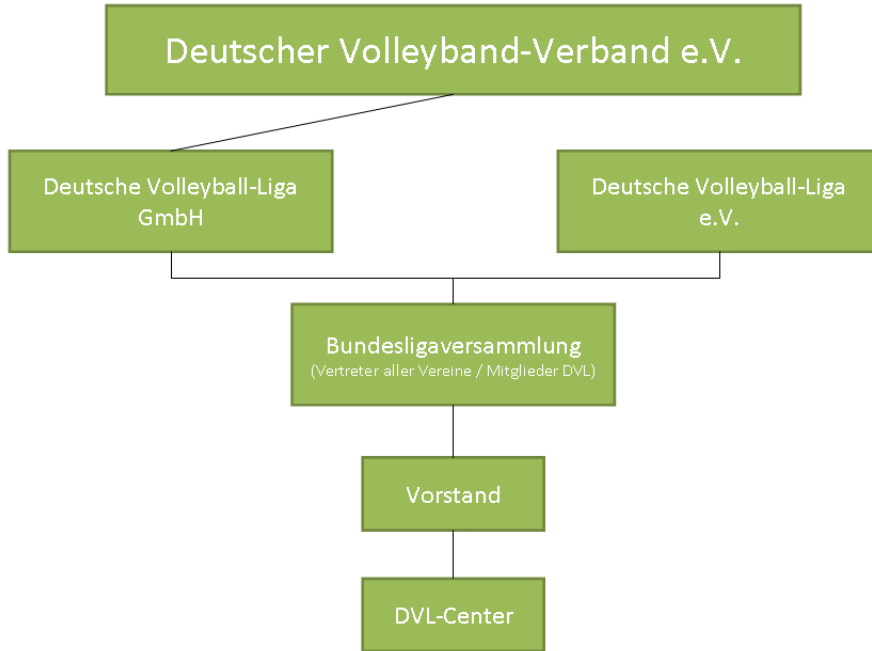
<sup>393</sup> Informationen abrufbar unter Rubrik „Backstage/Struktur“ auf [www.basketball-bundesliga.de](http://www.basketball-bundesliga.de).

<sup>394</sup> Informationen abrufbar unter [www.deb-online.de](http://www.deb-online.de).

<sup>395</sup> Informationen hierzu unter Rubrik „Wir über uns“ auf [www.volleyball-bundesliga.de](http://www.volleyball-bundesliga.de) abrufbar.

geprägt, so dass der Deutsche Volleyball e.V. (DVV) als Spitzenorganisation bisher diese Aufgabenstellungen verfolgte.

Seit 2006 stellt sich die Organisation wie folgt dar:



*[ee]. Handball*

Auch im Handball wird der Spielbetrieb mittlerweile durch eine Sportkapitalgesellschaft organisiert.<sup>396</sup> Zuvor wurde die erste Handballbundesliga durch den Deutschen Handballbund (DHB)<sup>397</sup>, den Handball-Bundesliga-Vereinigung der Männer e.V. (HBVM)<sup>398</sup> und zuletzt durch den Handball-Bundesliga e.V (HBL).<sup>399</sup> durchgeführt.

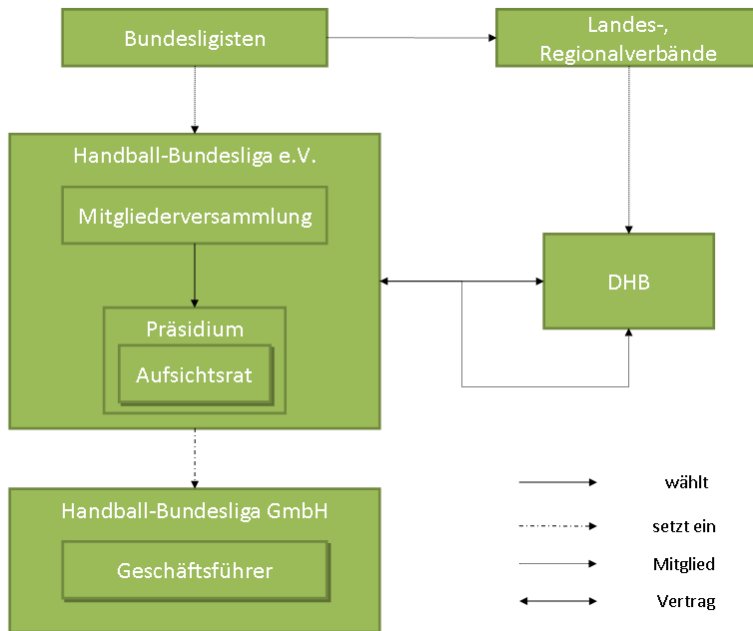
<sup>396</sup> Gründung der Handball-Bundesliga GmbH (HBL) am 25.7.2004.

<sup>397</sup> Bis zum 1.6.1994; vgl. Rubrik „Intern/Geschichte“ unter [www.toyota-handball-bundesliga.de](http://www.toyota-handball-bundesliga.de).

<sup>398</sup> Seit 1.6.1994; vgl. Rubrik „Intern/Geschichte“ unter [www.toyota-handball-bundesliga.de](http://www.toyota-handball-bundesliga.de).

<sup>399</sup> Seit 28.6.2003; vgl. Rubrik „Intern/Geschichte“ unter [www.toyota-handball-bundesliga.de](http://www.toyota-handball-bundesliga.de).

Nunmehr stellt sich die Organisation der Handballbundesliga wie folgt dar:



### [c]. Einbeziehung des Sportlers

In diese komplexen Strukturen sind aber nicht nur die Vereine, sondern auch die jeweiligen Sportler eingebunden. Diesbezüglich unterscheidet man zwischen einer unmittelbaren und mittelbaren Mitgliedschaft des Sportlers im jeweiligen Verband.<sup>400</sup> Eine unmittelbare Mitgliedschaft kann dabei durch eine sog. „Doppelmitgliedschaft“ oder durch eine mehrfache Satzungsverankerung erreicht werden.<sup>401</sup> An den Erwerb einer durch die Mitgliedschaft in einem (nachgeordneten) Verein vermittelten Verbandsmitgliedschaft stellt der BGH hohe Anforderungen, weshalb viele Mitgliedschaften in rechtlicher Hinsicht nicht zustande kommen.<sup>402</sup> Um dennoch eine Geltung ihrer Regelwerke zu gewährleisten, versuchen Verbände daher in der Praxis, eine Bindung in Form einer „mittelbaren Mitgliedschaft“ – rechtlich handelt es sich hierbei um keine Mitgliedschaft – im Wege vertraglicher Vereinbarungen zu begründen.<sup>403</sup> Meist erfolgt dies durch den Ab-

<sup>400</sup> Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 154, RN 106.

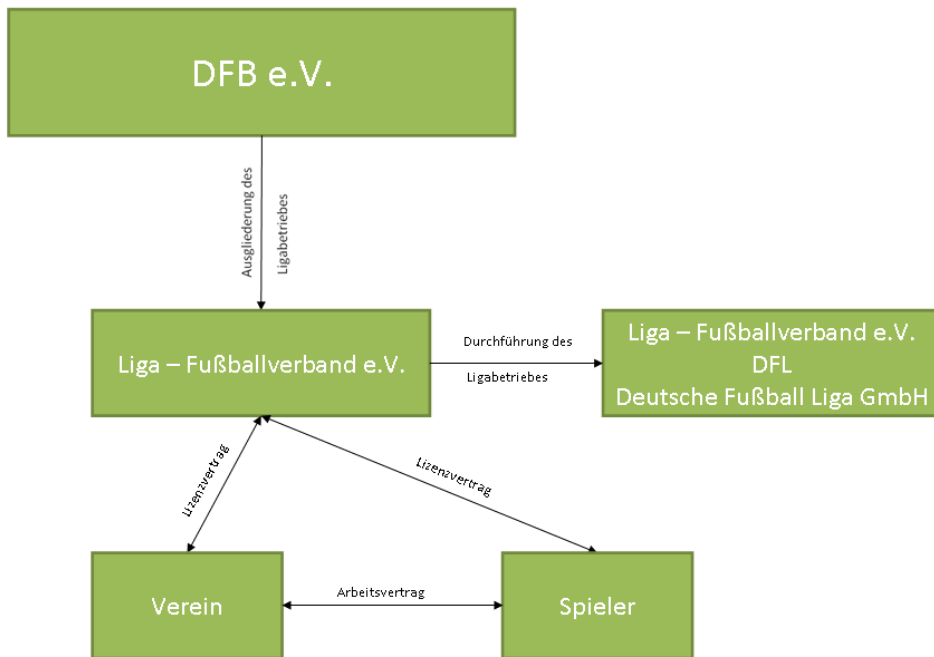
<sup>401</sup> Haas, in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts, B 2. Kapitel, RN 8 und 9; Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 154, RN 106.

<sup>402</sup> BGH NJW 1989, S. 1724, 1725; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 78, RN 49 ff.

<sup>403</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 79, RN 50; Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 154, RN 106.

schluss von Regelanerkennungs- oder Lizenzverträgen.<sup>404</sup> So haben sich beispielsweise Lizenzfußballspieler nach § 1 LOS den Satzungen, dem Ligastatut, den Ordnungen und Durchführungsbestimmungen des Ligaverbandes und des DFB sowie den Entscheidungen der Organe durch einen Lizenzvertrag zu unterwerfen. Auch heißt es in § 1 LOS ausdrücklich, dass der Lizenzvertrag zwischen Spieler und Ligaverband zustande kommt. Ohne diesen Lizenzvertrag wird keine Lizenz an den Spieler erteilt, was dazu führen würde, dass der Spieler mitunter nicht am Spielbetrieb der Bundesliga teilnehmen dürfte. Ähnlich verhält es sich in der Basketballbundesliga. Dort erhält ein Spieler seine Spielberechtigung ebenfalls erst nach Unterzeichnung des Lizenzvertrages.<sup>405</sup> Im Volleyball unterwirft sich der Spieler mit der Beantragung der Spielerlizenzerteilung nach § 15 des Lizenzstatutes den Statuten und Ordnungen des DVL und DVV.<sup>406</sup>

Am Beispiel des DFB lässt sich die Einbeziehung des Sportlers wie folgt abbilden:



<sup>404</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 79, RN 50.

<sup>405</sup> Vgl. § 18 Nr. 2 BBL-Lizenzstatut, Stand September 2008; abrufbar unter Rubrik „Backstage/Regelwerk“ auf [www.basketball-bundesliga.de](http://www.basketball-bundesliga.de).

<sup>406</sup> Lizenzstatut des DVL, Stand Mai 2009; abrufbar unter Rubrik „Die Liga/Download/Ordnungen“ unter [www.volleyball-bundesliga.de](http://www.volleyball-bundesliga.de).

*[2]. Arbeitgeberbereignschaft*

Eine Auseinandersetzung mit den Lizenzstatuten der Verbände verdeutlicht, dass Sportler nicht nur über ihre Vereine mittelbar mit den jeweiligen Verbänden verbunden sind, sondern vielmehr mittels Lizenzverträge unmittelbar in Rechtsbeziehung mit den Verbänden stehen. Der Lizenzvertrag regelt dabei die Rechte und Pflichten des Lizenzspielers, der sich im Gegenzug der Geltung der jeweiligen Satzungen und Ordnungen des Verbandes unterwirft.<sup>407</sup> Berücksichtigt man neben den vertraglichen Beziehungen den Umstand, dass Spieler oft Förderungen bzw. Vergütung für Nationalmannschaftseinsätze<sup>408</sup> von den Verbänden erhalten, so kann man sich der Annahme nicht vollends entziehen, dass ein Arbeitsverhältnis auch zwischen Sportler und Verband vorliegen könnte.

*[a]. Arbeitsrechtlicher Meinungsstand*

In Österreich haben Gerichte das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Sportler und Verband angenommen. So hat das österreichische Landesgericht Ried im Innkreis die Arbeitgeberbereignschaft des Österreichischen Skiverbandes im Fall von Skispringer Goldberger bejaht.<sup>409</sup> Begründet wurde die Entscheidung, dass Goldberger ausschließlich der funktionellen Autorität des Skiverbandes unterstehe, „zur Gänze den Trainings- und Wettkampfvorgaben“ unterworfen und auch in seinen Werbeauftritten den Interessen des Skiverbandes verpflichtet sei. Daraus ergebe sich gerade die für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmung des Sportlers. Ähnlich hat das Oberlandesgericht Linz im Verhältnis einer Skirennläuferin zum Österreichischen Skiverband entschieden.<sup>410</sup>

*[aa]. Lizenzsport*

Im deutschen Lizenzsport, der - wie unter II. 2. b. bb. [1]. [b]. dargestellt - aufgrund des regelmäßigen Spielbetriebs überwiegend in den Mannschaftssportarten stattfindet, wird die Annahme eines Arbeitsverhältnisses hingegen größtenteils verneint.<sup>411</sup> So heißt es im Fußball in § 1 LOS ausdrücklich, dass durch den Abschluss eines Lizenzvertrages zwischen Ligaverband und Spieler kein Arbeitsverhältnis begründet wird. Entsprechender Wortlaut findet sich auch im Basketball<sup>412</sup> und im Volleyball<sup>413</sup>. Die Bezeichnung durch den Verband ist zwar nur deklaratorischer Natur und für die rechtliche Beurteilung nicht maßgeblich, weil der Schutz des Arbeitsrechts nicht zur Disposition der Par-

<sup>407</sup> Vgl. § 15 DVL-Lizenzstatut, Stand Mai 2009; § 18 BBL-Lizenzstatut, Stand September 2008; § 1 DFB-Lizenzordnung Spieler.

<sup>408</sup> Z.B. Erfolgsprämie für das Erreichen des WM-Finales.

<sup>409</sup> LG Ried am Inn, SpuRt 1998, S. 69.

<sup>410</sup> OLG Linz, SpuRt 1998, S. 72 ff.

<sup>411</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 119 und S. 245; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 100 ff.; Rüth, SpuRt 2003, S. 137; Bergermann, Doping und Zivilrecht, 2002, S. 41; Rüsing, Sportarbeitsrech., 2006, S. 32.

<sup>412</sup> § 18 Nr. 3 BBL-Lizenzstatut, Stand September 2008.

<sup>413</sup> § 15 DVL-Lizenzstatut, Stand Mai 2009.

teien steht.<sup>414</sup> Die Existenz dieser Formulierungen verdeutlicht jedoch, dass sich die Verbände der arbeitsrechtlichen Relevanz ihrer Bestimmungen sehr wohl bewusst sind. Die Auswirkung der Lizenzstatuten auf das Arbeitsverhältnis der einzelnen Sportler kann nicht geleugnet werden. So wird durch die Lizenzierung gravierend in die Rechtsbeziehungen zwischen Lizenzverein und Lizenzspieler eingegriffen.<sup>415</sup> Dies erfolgt beispielsweise dadurch, dass der Verband in seinen Lizenzstatuten gewisse Voraussetzungen an das Arbeitsverhältnis zwischen Verein bzw. Sportkapitalgesellschaft und Sportler stellt, und sich sowohl Verein bzw. Sportkapitalgesellschaft als auch der Sportler zur Einhaltung dieser Bedingungen durch den Lizenzvertrag verpflichten.<sup>416</sup> Allerdings ist den bisherigen Ansichten zuzustimmen, dass diese vertragliche Einflussnahme durch den Verband nicht reicht, um ein Arbeitsverhältnis zwischen Sportler und Verband zu bejahen. Zwar besteht unstreitig zwischen Sportler und Verband eine vertragliche Verpflichtung. Ob dieser Vertrag eine vereinsrechtliche oder zivilrechtliche Rechtsbeziehung zwischen den Beiden herstellt, mag dahingestellt bleiben.<sup>417</sup> Eine arbeitsrechtliche Rechtsbeziehung kann jedoch ausgeschlossen werden. So ist ein Arbeitsvertrag gerade ein gegenseitiger Austauschvertrag.<sup>418</sup> Im Lizenzsport fehlt es jedoch im Verhältnis zwischen Verband und Sportler an einem derartigen Austauschverhältnis.<sup>419</sup> So schuldet der Sportler nur gegenüber dem Verein seine sportliche Betätigung im Ligabetrieb; dem Verband gegenüber hingegen nicht. Letzterem schuldet der Sportler nur die Unterwerfung und Einhaltung der Verbandssatzungen und Ordnungen, sowie der weiteren Rahmenbedingungen des Spielbetriebes. An einer Gegenseitigkeit fehlt es ferner, da der Sportler im Gegenzug keine Vergütung vom Verband erhält. Eine synallagmatische Verpflichtung zu Leistung und Gegenleistung, wie es das Arbeitsverhältnis als Dienstvertrag nach § 611 BGB fordert, liegt somit nicht vor.<sup>420</sup>

Verbände übernehmen im Lizenzsport in erster Linie organisatorische Aufgaben, welche nur durch den Abschluss von Lizenzverträgen mit den jeweiligen Sportlern erfüllt werden können. Ein Arbeitsverhältnis kommt hierdurch nicht zustande. Ein solches besteht in Bezug auf den Ligabetrieb ausschließlich zwischen Lizenzspieler und Verein bzw. Sportkapitalgesellschaft.

<sup>414</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 104.

<sup>415</sup> Gitter, in: MünchArbR, 2000, § 202 S. 1760 und 1774; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 100, RN 98; Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 60 ff.

<sup>416</sup> Siehe auch Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002, S. 15.

<sup>417</sup> Vgl. hierzu Imping, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, 1995, S. 200 ff.; Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002, S. 15; Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 63 ff.

<sup>418</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 193; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 2008, S. 132.

<sup>419</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 100, Rn 98.

<sup>420</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 100, RN 98.

*[bb]. Nationalmannschaft*

Etwas anderes könnte sich jedoch bei Nationalmannschaftseinsätzen ergeben. Hier ist der Sportler zur Sportleistung gegenüber dem Verband verpflichtet.<sup>421</sup> In der Regel wird für derartige Einsätze keine Vergütung an die Spieler gezahlt. Nur unter bestimmten Umständen erhalten Vereine eine Entschädigung.<sup>422</sup> Dies ist der wahre Grund, warum in den Medien neuerdings das Beklagen der Vereine immer lauter wird, ihre Spieler für Nationalmannschaftseinsätze freistellen zu müssen. Hintergrund der Beschwerden ist hierbei meist nicht die Zusatzbelastung der Spieler, sondern die Tatsache, dass die Spieler in ihrer Abwesenheit weiter von den Vereinen vergütet werden müssen, der Verein selbst jedoch hierfür keine Gegenleistung erhält.<sup>423</sup> Mangels einer Vergütung wird im Hinblick auf die Nationalmannschaftseinsätze eine synallagmatische Verpflichtung zu Leistung (sportliche Betätigung für Nationalmannschaft) und Gegenleistung (Vergütung) und somit das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses verneint.<sup>424</sup> Diese Ansicht erscheint problematisch, wenn man bedenkt, dass eine Vergütung für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht zwingend notwendig ist.<sup>425</sup> Auch bei unentgeltlichen Praktikanten oder Volontären wird ein Arbeitsverhältnis angenommen, auch wenn sie offensichtlich ohne Entlohnung tätig werden.<sup>426</sup> Ferner blendet diese Ansicht die Vergütung der Nationalspieler durch Erfolgsprämien aus. So konnte man während der Fußball-WM 2006 den Medien entnehmen, dass Nationalspieler für den Einzug in die jeweiligen Turnierrunden bzw. den Einzug ins Finale Erfolgsprämien erhalten.<sup>427</sup> Hier steht die Leistungserbringung, anders als bei der reinen Unterwerfung unter die Satzungen und Ordnungen des Verbandes, in einem Austauschverhältnis.

Es ist daher denkbar, dass die Zugehörigkeit zu einer Nationalmannschaft unter bestimmten Voraussetzungen zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Verband führen kann. Diese Ansicht teilt auch das Schrifttum.<sup>428</sup> Für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Sportler und einem Verband können somit eine vertragliche Verpflichtung des Sportlers zum sportlichen Tätigwerden für den Verband in Form eines Lizenzvertrages, und der Erhalt einer Gegenleistung (z.B. Erfolgsprämie) ausreichend sein.

*[b]. Abweichung durch § 6 Abs. 2 S. 2 AGG – Einsatz in Nationalmannschaften*

Selbst wenn man die Arbeitgebererschaft des Verbandes bei Nationalmannschaften verneint, ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeberbegriff des AGG weiter ge-

<sup>421</sup> Ob die Verpflichtung bereits mit § 21 Nr. 2 DFB-Lizenzstatut Spieler (LOS) oder erst mit der Nominierung des Spielers erfolgt, ist umstritten; vgl. hierzu Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002, S. 16 und 17.

<sup>422</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 32 und S. 107 ff.; § 5 Abs. 4 DFB-Grundlagenvertrag (Stand 1. 7.2009).

<sup>423</sup> Vgl. hierzu auch ausführlich Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 108/109.

<sup>424</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 100, RN 98.

<sup>425</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S. 48.

<sup>426</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963, S. 48.

<sup>427</sup> Z.B. in Focus-Online, Mehr Geld für Nationalspieler, 18.11.2008; bestätigend auch Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 106.

<sup>428</sup> So auch Gitter, in: MünchArbR, 2000, § 202, S. 1766 und Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002, S. 17.

fasst wird, als dies nach nur rein arbeitsrechtlichen Definitionen der Fall ist.<sup>429</sup> So ermöglicht beispielsweise § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG die Erweiterung des Personenkreises der Arbeitgeber hinsichtlich der Arbeitnehmerüberlassung.<sup>430</sup> Denkbar wäre in diesem Zusammenhang, dass der Verband zwar nicht als Arbeitgeber nach rein arbeitsrechtlichen Grundsätzen zu qualifizieren ist, jedoch beim Einsatz von Nationalspielern zumindest als solcher nach § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG behandelt werden muss. Immerhin „leiht“ sich der Verband die Spieler für die Nationalmannschaftseinsätze bei den jeweiligen Vereinen aus, weshalb man annehmen könnte, dass hierin ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung gesehen werden kann.<sup>431</sup>

*[aa]. Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung*

Für die Anwendung von § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG müssten allerdings die Voraussetzungen für eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen.

*[aaa]. Allgemeines*

Grundsätzlich liegt bei einer Arbeitnehmerüberlassung nur ein Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und überlassenem Arbeitnehmer vor.<sup>432</sup> Dieser Arbeitsvertrag wird bei der Arbeitnehmerüberlassung als Leiharbeitsvertrag bezeichnet.<sup>433</sup> Der Entleiher schließt hingegen nur einen schuldrechtlichen Vertrag mit dem Verleiher, den sogenannten Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.<sup>434</sup> Zwischen entliehenem Arbeitnehmer und Entleiher kommt kein Arbeitsvertrag zustande.<sup>435</sup> In arbeitsrechtlicher Hinsicht ist der Entleiher also zunächst kein Arbeitgeber.<sup>436</sup> Das AGG möchte die Lücke des Diskriminierungsschutzes im Verhältnis Entleiher und Leiharbeiter schließen und fingiert daher mit § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG, dass auch der Entleiher Arbeitgeber ist.<sup>437</sup>

*[bbb]. Gewerbmäßigkeit nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG*

Im Schrifttum wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG nur für die Fälle anwendbar ist, in welchen eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von § 1 Abs. 1 AÜG vorliegt.<sup>438</sup> Dies hängt mit dem Umstand zusammen, dass bei einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung nach den §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter fingiert wird. In diesem Fall wäre der Entleiher bereits Arbeitgeber im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG. Hier-

<sup>429</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 6.

<sup>430</sup> Hierzu bereits II. 2. b. aa. [3].

<sup>431</sup> So auch Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 107; Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002, S. 17.

<sup>432</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 6; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 a u § 6; Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 64 zu § 1.

<sup>433</sup> Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 64 zu § 1.

<sup>434</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 6; Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 64 zu § 1.

<sup>435</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 6; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 a u § 6.

<sup>436</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 a zu § 6.

<sup>437</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 a zu § 6; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 6.

<sup>438</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 23 zu § 6; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 a zu § 6.



aus lässt sich schließen, dass die weiteren Voraussetzungen des AÜG für die Anwendung von § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG vorliegen müssen, weil dieser sonst keinen Anwendungsbereich hätte.

Es scheint insbesondere § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG problematisch zu sein. So verlangt § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, dass der Verleiher einem Dritten seine Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlässt. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit ist im AÜG nicht genauer definiert.<sup>439</sup> Rechtsprechung und Schrifttum verstehen den Begriff daher allgemein in gewerberechtlichen Sinne.<sup>440</sup> Gewerbsmäßigkeit im Sinne des AÜG ist danach jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit.<sup>441</sup> Zu klären ist mithin, ob die Überlassung von Nationalspielern unter diese Definition subsumiert werden kann. Zunächst könnte man denken, dass ein Verein keinesfalls seine Spieler „gewerbsmäßig“ an den Verband überlässt. Die Spieler sind bei ihrem Verein beschäftigt, um für diesen am nationalen und internationalen Spielbetrieb teilzunehmen. Hierdurch erhofft sich der Verein auch Einnahmen, weshalb man hier unter dem Gesichtspunkt der zunehmenden Kommerzialisierung des Sports von einer Gewerbsmäßigkeit sprechen kann. Allerdings beschäftigt der Verein die Spieler nicht, damit diese für den Verband innerhalb der Nationalmannschaft tätig werden. Auch erhält der Verein vom Verband für die Abbestellung seiner Spieler keine Vergütung, sondern lediglich in Ausnahmefällen eine Entschädigung.<sup>442</sup> Dies führt auf den ersten Blick zu der Annahme, dass der Verein seine Spieler nicht beschäftigt, um diese gewerbsmäßig an den Verband zu überlassen, da er für die Überlassung seiner Spieler keine Vergütung durch den Verband erlangt. Zurückkommend auf die Definition der Gewerbsmäßigkeit muss man allerdings beachten, dass die Tätigkeit nicht nur auf die Erzielung von unmittelbaren Vorteilen, etwa in Form einer Vergütung für die Abstellung, sondern auch auf die Erzielung eines mittelbaren Vorteils gerichtet sein kann. Die Definition umfasst somit auch mittelbare Vorteile, welche der Verein durch die Überlassung seiner Spieler an den Verband erlangt. Fraglich ist vorliegend, welche Vorteile der Verein durch die Abstellung seiner Spieler erfährt. Mittelbare Vorteile am Einsatz des Spielers in der Nationalmannschaft können dies nicht sein. Die Vermarktung der Nationalmannschaft (TV-Rechte, Sponsoren, Eintrittsgelder) und auch die hieraus erzielten Erlöse stehen nur dem DFB zu.<sup>443</sup> Allerdings darf nicht ausgeblendet werden, dass die Abbestellungspflicht der Vereine mit der Lizenzerteilung für den Ligabetrieb verknüpft ist. Gerade aufgrund des Lizenzvertrages, welcher zwischen Verein und Verband geschlossen wird, verpflichtet sich der Verein zur Anerkennung der Satzungen, Ordnungen und Statuten des Verban-

<sup>439</sup> Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 268 zu § 1.

<sup>440</sup> Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 273 zu § 1.

<sup>441</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 1241; Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 274 zu § 1.

<sup>442</sup> § 5 Abs. 4 DFB-Grundlagenvertrag (Stand 1.7.2009).

<sup>443</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 und Abs. 3 DFB-Grundlagenvertrag (Stand 1.7.2009).

des und somit auch zur Abstellungsverpflichtung von Nationalspielern.<sup>444</sup> Ohne diesen Lizenzvertrag würde eine Lizenzierung durch den DFB nicht erfolgen und eine Teilnahme am Ligabetrieb wäre für den Verein ausgeschlossen. Die Teilnahme am Ligabetrieb und die Nationalmannschaftseinsätze sind somit miteinander verzahnt. Ein Verein könnte also nicht am Ligabetrieb teilnehmen, ohne seine Spieler an den Verband abzustellen. Er kann den Ligabetrieb somit als Einnahmequelle nur erschließen, wenn er bereit ist, Spieler an den Verband zu entleihen. Unter diesen Gesichtspunkten könnte man die Ansicht vertreten, dass die Abbestellung nicht lediglich nachteilig für den Verein ist, sondern ihm sogar mittelbar Vorteile derart verschafft, dass er mitunter durch die Bereitschaft zur Abstellung seiner Spieler überhaupt erst in die Lage versetzt wird, am Ligabetrieb samt seiner wirtschaftlichen Vorteile teilzuhaben.

Man kann also festhalten, dass der Begriff der Gewerbsmäßigkeit in § 1 Abs. 1 AÜG auch mittelbare Vorteile ausreichen lässt. Ein solcher mittelbarer Vorteil kann im Verhältnis Verband-Verein darin gesehen werden, dass durch den Lizenzvertrag zwischen Verein und Verband sowohl die Abstellungsverpflichtung als auch die Teilnahme am Ligabetrieb geregelt werden und der Verein somit durch die Bereitschaft zur Abstellung von Spielern erst die Möglichkeit zur Teilnahme am Ligaspielbetrieb samt seiner wirtschaftlichen Vorteile erlangt. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit in § 1 Abs. 1 AÜG schließt somit eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen Verband und Verein nicht zwingend aus.<sup>445</sup> Natürlich wird es auch hier auf die jeweilige Einzelfallbetrachtung und konkrete Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen ankommen.

### *[ccc]. Leiharbeitsvertrag*

Für die Arbeitnehmerüberlassung ist ferner ein Leiharbeitsvertrag zwischen Entleiher und überlassenem Arbeitnehmer, vorliegend zwischen Verein und Spieler, notwendig.

Der wesentlichste Unterschied zu einem normalen Arbeitsvertrag besteht darin, dass sich der Leiharbeitnehmer gegenüber dem Verleiher verpflichtet, seine Arbeitsleistung im Organisationsbereich eines Dritten, dem Beschäftigungsbetrieb, zu erbringen, und sich dort dessen Weisungen bei der Erbringung der Arbeitsleistung zu unterwerfen.<sup>446</sup> Man könnte daran denken, dass es an einem solchen typischen Leiharbeitsvertrag zwischen Spieler und Verein fehlt, da der Spieler zunächst nur dem Verein gegenüber seine sportliche Tätigkeit schuldet. Es sind auch Mischverträge möglich, durch welche sich der Arbeitnehmer verpflichtet, sowohl im Betrieb des Verleihers als auch in Drittbetrieben zu arbeiten.<sup>447</sup> Unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer bereits als Leiharbeitnehmer eingestellt oder ob der Arbeitsvertrag nachträglich entsprechend einvernehmlich abgeändert wurde.<sup>448</sup>

<sup>444</sup> Vgl. hierzu insbesondere § 34 Nr. 1 DFB-Spielordnung und § 5 Abs. 1 DFB-Grundlagenvertrag (Stand 1.7.2009).

<sup>445</sup> Auch Schimke, Sportrecht, 1996, S. 93 sieht eine Gewerbsmäßigkeit als gegeben an.

<sup>446</sup> Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 67 zu § 1.

<sup>447</sup> Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 68 zu § 1.

<sup>448</sup> Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 69 zu § 1.

Ob der Arbeitsvertrag zwischen Spieler und Verein so ausgestaltet ist, dass der Spieler die Arbeitsleistung auch bei einem Dritten anzubieten hat. Ist fraglich. Hierbei muss zunächst beachtet werden, dass die Vereine bezüglich der Ausgestaltung der Arbeitsverträge Vorgaben durch den Verband erhalten, sofern diese Spieler im Lizenzbetrieb teilnehmen sollen.<sup>449</sup> So wird der Verein in § 5 Nr. 5 der Lizenzierungsordnung des DFB verpflichtet, für den Abschluss der Arbeitsverträge die Musterarbeitsverträge des Ligaverbandes zu verwenden.<sup>450</sup> Ein Blick in einen solchen Musterarbeitsvertrag lässt erkennen, dass sich der Spieler hierin verpflichtet, die Spielordnung des jeweiligen Verbandes anzuerkennen.<sup>451</sup> Im Fußball bedeutet dies, dass sich der Spieler zu Erfüllung von § 34 DFB-Spielordnung verpflichtet. In dieser Norm ist gerade die Pflicht zur Abstellung von Spielern geregelt. Man gelangt somit zum Ergebnis, dass bereits der Arbeitsvertrag zwischen Spieler und Verein die Verpflichtung zur Abstellung des Spielers an den Verband regelt, und nicht erst der jeweilige Lizenzvertrag zwischen Spieler und Verband bzw. Verband und Verein. Der Arbeitsvertrag eines Profifußballspielers ist daher als Mischvertrag einzustufen, welcher die Arbeitserbringung sowohl beim Verein als auch beim Verband als einen Dritten regelt, und somit als Leiharbeitsvertrag zwischen Verein und Spieler einzustufen.

*[ddd]. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag*

Für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung müsste ferner ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen dem Verein und dem Verband vorliegen. Ein solcher Vertrag könnte in dem Lizenzvertrag zwischen Verein und Verband gesehen werden. Fraglich ist, ob dieser Vertrag den Anforderungen an einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gerecht wird.

Das AÜG selbst besagt zum Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags nur wenig.<sup>452</sup> Allerdings steht fest, dass der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als Unterfall des Dienstverschaffungsvertrages ein gegenseitiger Vertrag eigener Art ist.<sup>453</sup> Der Verleiher schuldet die Arbeitnehmerüberlassung, der Entleiher die Überlassungsvergütung.<sup>454</sup>

An dieser geforderten Gegenseitigkeit könnte es bei einem Lizenzvertrag fehlen. Zwar schuldet der Verein die Überlassung der Spieler, indem er durch den Lizenzvertrag die Spielordnung des DFB anerkennt. In § 34 Nr. 1 der Spielordnung heißt es ausdrücklich, dass der Verein zur Abstellung der Spieler verpflichtet ist.<sup>455</sup> Allerdings erhält der Verein für diese Abstellung keine Vergütung vom Verband. Weder in § 34 der DFB-Spielordnung findet sich ein Anspruch des Vereins auf Vergütung bei Abstellung seiner Spieler, noch enthalten die anderen Ordnungen und Satzungen hierzu eine Regelung. Lediglich

<sup>449</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 100, RN 98.

<sup>450</sup> § 5 Nr. 5 DFB-Lizenzierungsordnung (Stand 21.11.2007).

<sup>451</sup> Vgl. § 1 Musterarbeitsvertrag des Ligaverbandes.

<sup>452</sup> Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 74 zu § 1.

<sup>453</sup> Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 71 zu § 1.

<sup>454</sup> Hamann/Schüren, AÜG, 2007, RN 71 zu § 1.

<sup>455</sup> DFB-Spielordnung (Stand 21.11.2007).

aus § 5 Abs. 4 des Grundlagenvertrages des DFB geht hervor, dass Abstellungsentschädigungen an die Vereine gezahlt werden. Einen Anspruch gibt es hierauf jedoch nicht; die Abstellungsentschädigungen stellen nur freiwillige Leistungen des Verbandes dar.<sup>456</sup> Die Vereine stellen somit kostenlos die Sportler ab, während sie teilweise erhebliche Gehaltsfortzahlungen leisten. Die Vermarktung der Nationalmannschaft (TV-Rechte, Sponsoren, Eintrittsgelder) und auch die hieraus erzielten Erlöse stehen allerdings nur dem DFB zu.<sup>457</sup> Eine Vergütungsvereinbarung zwischen Verein und Verband im Hinblick auf die Abstellung von Spielern fehlt. Die Zahlung eines Entgelts für die Arbeitnehmerüberlassung ist die Hauptpflicht des Entleihers.<sup>458</sup> Die Vergütung gehört zu den essentialia negotii des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages. Ohne eine solche Vergütungsvereinbarung kann kein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorliegen.<sup>459</sup>

Letztlich muss somit eine Arbeitnehmerüberlassung abgelehnt werden, wenn ein Verein und ein Verband keine Vereinbarung über die Abstellung von Spielern im Sinne eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages getroffen haben. Essentiell ist die Vergütungsvereinbarung. Aufgrund der Diskussionen in den Medien wäre es zwar theoretisch denkbar, dass in Lizenzverträgen künftig statt einer Entschädigung eine „Leihgebühr“ und somit eine Vergütung vereinbart wird. Allerdings ist in der Praxis mit einer derartigen Regelung nicht zu rechnen. Bei jeder Abstellung eine individuelle Leihgebühr zu vereinbaren, erscheint wenig praxisnah. So müsste für jeden Spieler einzeln über dessen Wert und die hieraus resultierenden Leihgebühr verhandelt werden. Dies ist nicht nur umständlich, sondern würde auch zu endlosen Diskussionen zwischen Verbänden und den Vereinen über den Wert eines jeden Spielers führen. Auch eine pauschale Leihgebühr würde sicherlich zu Problemen führen. Eine solche Pauschalgebühr würde nicht berücksichtigen, dass der Verein während der Abstellung das Gehalt an seine Spieler weiter zahlen muss. Demnach wären Vereine benachteiligt, welche Spitzenspieler mit hohen Gehältern im Kader haben und im Gegenzug nur eine geringe Leihgebühr erhalten. Das Einführen einer Leihgebühr würde dazu führen, dass sich die Verbände Spitzenspieler mit hohen Gehältern für Nationalmannschaftseinsätze womöglich nicht mehr leisten könnten.<sup>460</sup>

### *[bb]. Stellungnahme*

Ansichten im Schrifttum, dass das Beziehungsgeflecht Verband-Lizenzspieler-Lizenzverein grundsätzlich anders als die Arbeitnehmerüberlassung gelagert ist, sind somit nicht zutreffend.<sup>461</sup> Die Darstellung verdeutlicht, dass das Ausleihen von Nationalspielern gerade mit einer Arbeitnehmerüberlassung vergleichbar ist. Dies resultiert nicht nur aus der ähnlichen faktischen Situation, dass der Spieler an einen Dritten entliehen wird,

<sup>456</sup> Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 109 und 110.

<sup>457</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 und Abs. 3 DFB-Grundlagenvertrag (Stand 1.7.2009).

<sup>458</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009, S. 1257.

<sup>459</sup> So auch Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 111; ablehnend auch Schweighard, Die Bestrafung eines Lizenzspielers, 1973, S. 116 und Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003, S. 71.

<sup>460</sup> So Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 111.

<sup>461</sup> Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrechts, 2003, S. 71.

sondern auch aus der vertraglichen Ausgestaltung zwischen den Vereinen, Verbänden und Spielern. So ist die Abstellungspflicht bereits im Arbeitsvertrag zwischen Verein und Spieler fixiert. Die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung scheidet daran, dass ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verein und Verband mangels Gegenseitigkeit derzeit nicht angenommen werden kann. Sollten sich die Vereine in Zukunft mit ihrer Forderung durchsetzen, eine Vergütung bzw. eine feste Entschädigung für ihre entliehenen Spieler zu erhalten, so könnte dies zu einer gänzlich anderen Beurteilung führen. In einer solchen Vereinbarung zwischen Verein und Verband könnte ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag erblickt werden, an welchem es derzeit fehlt. In der Folge würde es bei der Beurteilung der Arbeitgeberbereitschaft dann davon abhängen, ob es sich um eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 AÜG handelt. Nur in diesem Fall würde die Arbeitgeberbereitschaft des Verbandes über § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG fingiert. Bei einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung würde hingegen ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Spieler und dem Verband über die §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG fingiert. Der persönliche Anwendungsbereich wäre dann für den Verband als echter Arbeitgeber im Sinne des Arbeitsrechts bereits über § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG eröffnet.

In der derzeitigen Ausgestaltung stellen die Rechtsbeziehungen zwischen Verein, Verband und Spieler im Hinblick auf Nationalmannschaftseinsätze jedenfalls mangels einer Vergütung keine Arbeitnehmerüberlassung dar. Hieran wird sich wohl auch in naher Zukunft nichts ändern.<sup>462</sup> Ein Verband ist somit nicht als Arbeitgeber im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG zu qualifizieren.

### *[3]. Zwischenergebnis*

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Verbände grundsätzlich keine Arbeitgeber sind.

Nur in Ausnahmefällen kann der Verband eine Arbeitgeberbereitschaft inne haben. Dies kann bei Nationalmannschaftswettkämpfen der Fall sein, wenn der Sportler für seine Sportausübung innerhalb der Nationalmannschaft eine Vergütung erhält und er sich vertraglich<sup>463</sup> gegenüber dem Verband zu Nationalmannschaftseinsätzen verpflichtet. Verbände sind in diesem Fall als Arbeitgeber im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG zu qualifizieren.

Obwohl § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG auch die Arbeitnehmerüberlassung in den Arbeitgeberbegriff einbezieht, werden Verbände beim Einsatz von Nationalspielern derzeit mangels eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages unter diesem Aspekt nicht vom persönlichen Anwendungsbereich des AGG erfasst. Anders stellt sich die Situation dar, wenn sich die Vereine mit ihrer Forderung durchsetzen, für das Abstellen der Sportler für Nationalmannschaftseinsätze eine Vergütung vom Verband zu erhalten.

---

<sup>462</sup> Hierzu II. 2. b. bb. [2]. [b]. [aa]. [ddd].

<sup>463</sup> Z.B. durch Lizenzvertrag.

*cc. Veranstalter/Sponsor*

Grundsätzlich können auch Sponsoren und Veranstalter Arbeitgeber im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG sein, wenn zwischen ihnen und dem jeweiligen Sportler ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde.<sup>464</sup>

*[1]. Veranstalter*

Veranstalter ist, wer in organisatorischer und finanzieller Hinsicht für die Veranstaltung verantwortlich ist, wer deren Vorbereitung und Durchführung übernimmt und dabei das unternehmerische Risiko trägt.<sup>465</sup>

Im Bereich des Sports kann man weiter zwischen einem Veranstalter als Organisator eines Ligabetriebes oder von wiederkehrenden Wettkampftagen und einem Veranstalter als Organisator von punktuellen Sportereignissen unterscheiden.<sup>466</sup>

Wie dargelegt sind die Veranstalter im Bereich der Mannschaftssportarten überwiegend die Vereine (Durchführung des einzelnen Spiels) und die jeweiligen Verbände (Durchführung des Spielbetriebs).<sup>467</sup> Für diese gelten die obigen Ausführungen. Demnach ist im Ligabetrieb der Verband meist nur für die Durchführung und Organisation des Spielbetriebes zuständig. Arbeitsverträge werden hier nur zwischen dem Verein bzw. der Sportkapitalgesellschaft und dem Sportler geschlossen.

Bedeutung hat die Abgrenzung der Arbeitgebereigenschaft anhand des Veranstalters daher überwiegend im Bereich des Individualsports. Einen Ligabetrieb gibt es dort meist nicht.<sup>468</sup> Einzelsportler nehmen vielmehr an vielen einzelnen Wettkämpfen teil. Diese werden meist nicht von einem Verband, sondern von mehreren Verbänden und privaten Veranstaltern durchgeführt. Die Kommerzialisierung hat auch im Bereich des Einzelsports dazu geführt, dass immer mehr private Veranstalter<sup>469</sup> Wettkämpfe durchführen und Spitzensportlern hierfür erhebliche Startgelder angeboten werden.<sup>470</sup> So werden im Tennis beispielsweise die BMW Open durch die S&K Marketingberatung GmbH veranstaltet, welche das Tennisturnier überwiegend als Werbefläche für große Sponsoren wie die BMW AG, FWU AG, Staatliche Lotterieverwaltung oder die South African Airways nutzt.<sup>471</sup> Um sicher zu stellen, dass namhafte Sportler tatsächlich antreten, werden mit diesen in aller Regel direkt Verträge geschlossen. Wird in einem solchen Vertrag geregelt, wann, wo und in welchem Umfang der Sportler gewisse Leistungen (z.B. Teilnahme am Wettkampf, Presse- und Sponsorengespräche) gegen ein Entgelt zu erbringen hat, so

<sup>464</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 102 ff.

<sup>465</sup> BGHZ 27, S. 264, 265.

<sup>466</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 102, RN 100.

<sup>467</sup> Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 259 ff.

<sup>468</sup> Die Tennisbundesliga wäre als eine der Ausnahmen zu nennen; jedoch werden auch im Tennis subjektiv eher die Einzelveranstaltungen wahrgenommen.

<sup>469</sup> Z.B. Red Bull „Airborne, Crashed Ice oder Urban Style“ Contests; BMW Open, Veranstalter S&K Marketingberatung GmbH; Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 244, RN 10.

<sup>470</sup> Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 259 ff.

<sup>471</sup> Informationen hierzu unter [www.bmwopen.de](http://www.bmwopen.de).

kann unter Zugrundelegung der in II. 2. a. aa. [1]. dargelegten Grundsätze, je nach Ausgestaltung des Vertrages, ein zeitlich befristetes Arbeitsverhältnis vorliegen.<sup>472</sup> Durch diesen privatrechtlichen Vertrag zwischen Veranstalter und Sportler wird letzterer zur Erbringung bestimmter Tätigkeiten verpflichtet und somit in den betrieblichen Ablauf der Veranstaltung eingebunden.<sup>473</sup> Je konkreter die Ausgestaltung über Zeit, Ort und Inhalt der Leistungserbringung geregelt ist, desto höher ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit des jeweiligen Sportlers. Er ist dann nicht mehr in seiner Entscheidung frei, sondern vielmehr an die Vorgaben des Veranstalters gebunden, was einer Weisungsgebundenheit gleich kommt. Erhält der Sportler für seine Tätigkeit ferner ein Entgelt, so muss in dieser Konstellation ein Arbeitsverhältnis angenommen werden. Auf die Bezeichnung des Entgelts im Vertrag, z.B. als Startgeld, kommt es nicht an. Das Arbeitsverhältnis ist in aller Regel zeitlich auf die Dauer der jeweiligen Veranstaltung befristet. Diese Befristung ist nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG auch zulässig, da die Sportveranstaltung nur von gewisser Dauer ist und der Veranstalter somit an der Arbeitsleistung des Sportlers nur für diesen Zeitraum vorübergehend betrieblichen Bedarf hat. Aus diesen Gründen wird im Schrifttum diskutiert, ob nicht Veranstalter von punktuellen Spitzensportereignissen, wie der Tour de France<sup>474</sup> oder Tour-Veranstalter im Tennis und Golf<sup>475</sup>, als Arbeitgeber zu behandeln sind. Wurde ein Vertrag zwischen Sportler und Veranstalter geschlossen, fehlt es aber an den unter II. 2. a. aa. [1]. und soeben aufgezeigten Kriterien einer Arbeitnehmereigenschaft, so ist die Vereinbarung als reiner Dienstvertrag nach § 611 BGB zu qualifizieren.<sup>476</sup> Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der Feststellung in II. 2. a. bb. [2]. [b]., wonach bei Einzelsportlern überwiegend ein Dienst- und kein Arbeitsvertrag vorliegt.

## [2]. Sponsoren

Aber auch Sponsoren können als Geldgeber, je nach Ausgestaltung der Sponsoring-Verträge, Arbeitgeber von Sportlern sein.<sup>477</sup>

Die Zuwendung von Geld an einen Sportler allein begründet kein Arbeitsverhältnis.<sup>478</sup> Wie bei jedem Arbeitsverhältnis müssen neben der Vergütung auch die sonstigen Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses vorliegen. Der Sportler muss aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages, im Dienste eines anderen, zur Leistung fremdbestimmter Arbeit, in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sein.<sup>479</sup>

<sup>472</sup> Schimke, Sportrecht, 1996, S. 22.

<sup>473</sup> Schimke, Sportrecht, 1996, S. 22.

<sup>474</sup> Schimke, Sportrecht, 1996, S. 21 ff.; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 102, RN 102.

<sup>475</sup> Bröhmer, SpuRt 2002, S. 144 ff.

<sup>476</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2002, S. 32; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 249 und S. 251.

<sup>477</sup> So Imping, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, 1995, S. 133; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 102 ff.

<sup>478</sup> BGH NJW 1992, S. 2690.

<sup>479</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch zum Arbeitsrecht, 1963, S. 34, 35.

Beim Sponsoring steht meist die Werbung im Vordergrund. Typischerweise werden daher Werbeleistungs- und Ausrüstungsverträge geschlossen (sog. „Sponsoring-Verträge“).<sup>480</sup> Bei den Sponsoring-Verträgen handelt es sich um einen schuldrechtlichen, gegenseitigen Vertrag.<sup>481</sup> Für die Einordnung dieses Vertrages als Arbeitsvertrag kommt es entscheidend auf die sich hieraus ergebenden Verpflichtungen des Gesponsernten an.<sup>482</sup> Wird durch den Sponsoring-Vertrag auch der Sportler zu bestimmten Leistungen, wie der Teilnahme an Repräsentationsveranstaltungen, verpflichtet, so kann der Vertrag durchaus einen Dienstleistungsvertrag nach § 611 BGB darstellen.<sup>483</sup> Eine persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit ergibt sich hieraus in aller Regel jedoch nicht.<sup>484</sup>

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Sportler bei Mannschaftssportarten nicht in den Organisationsbetrieb des Sponsors, sondern in den des Vereins bzw. der Sportkapitalgesellschaft eingegliedert ist.<sup>485</sup> Bloße Ausrüsterverträge mit Spielern begründen noch keine Abhängigkeit oder Weisungsgebundenheit der Sportler.<sup>486</sup> Bei Mannschaftssportarten wird der Sponsoring-Vertrag oftmals auch nicht mit dem Sportler oder Trainer selbst, sondern nur mit dem Verein abgeschlossen. Eine Rechtsbeziehung zwischen Sponsor und dem einzelnen Sportler besteht dann nicht. Selbst dann nicht, wenn der Sponsor das Geld direkt an den Sportler zur Auszahlung bringt. Dies hat der BGH bereits früh entschieden.<sup>487</sup> Im zu entscheidenden Fall, hatte ein Sponsor mit einem Verein einen Vertrag geschlossen, in welchem geregelt wurde, dass der Sponsor 200.000 DM zur Anstellung eines bestimmten Trainers zahlen würde. Der Verein stellte daraufhin den gewünschten Trainer an, der Sponsor überwies das „Gehalt“ direkt an den Trainer. Der BGH hat hier entschieden, dass zwischen Sponsor und Trainer kein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist und eine Rechtsbeziehung des Sponsors nur zum Verein besteht.<sup>488</sup>

Bei Individualsportlern ist ein Arbeitsverhältnis zwischen Sportler und Sponsor hingegen unter Umständen denkbar.<sup>489</sup> Allerdings wird man auch dort feststellen, dass Einzelsportler in ihrer Entscheidung größtenteils frei bleiben und selten in den Organisationsbetrieb des Sponsors eingegliedert sein dürften. Zwischen dem Sportler und dem Sponsor müsste ein sehr ausführlicher Vertrag geschlossen werden, der sehr detailliert die Pflichten des Sportlers regelt. Nur hierdurch könnte unter Umständen eine persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit hervorgerufen werden. In der Praxis ist

<sup>480</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 287 ff.

<sup>481</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 293, RN 90.

<sup>482</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 255 und S. 293.

<sup>483</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 295, RN 94.

<sup>484</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 103, RN 103.

<sup>485</sup> Imping, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, 1995, S. 135.

<sup>486</sup> Ähnlich auch Imping, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, 1995, S. 137 bzgl. der Überlegung, wofür der Sponsor bezahlt – Für die Teilnahme an Fototerminen und Autogrammstunden oder vielmehr auch für das sportliche Tätig werden des Sportlers?

<sup>487</sup> BGH NJW 1992, S. 2690.

<sup>488</sup> BGH NJW 1992, S. 2690.

<sup>489</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 103, RN 103.



der Grad der persönlichen Abhängigkeit jedoch eher als gering einzustufen. Dies liegt mitunter auch daran, dass der Sponsor streng genommen nicht allein für die bloße Teilnahme des Sportlers an Foto- oder Presseterminen bezahlt. Vielmehr liegt sein Augenmerk darin, dass der Sportler in Ausübung seines Sports erfolgreich ist und der Sponsor an dessen Image und Erfolg positiv teil haben kann.<sup>490</sup> In der sportlichen Ausübung selbst, ist der Sportler allerdings frei.

Es ist daher nur in absoluten Ausnahmefällen davon auszugehen, dass zwischen Sponsoren und Sportlern ein Arbeitsverhältnis begründet wird, und somit Sponsoren als Arbeitgeber zu behandeln sind.<sup>491</sup>

### *[3]. Zusammenfassung*

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass bei Mannschaftssportarten sowohl die Vereine, als auch die Verbände gleichermaßen Veranstalter bezüglich des Spielbetriebes sind. Arbeitgeber sind allerdings in aller Regel nur die Vereine, da die Verbände meist nur mit der organisatorischen Durchführung betraut sind.

Bei den Individualsportarten ist hingegen eine pauschale Beurteilung nicht möglich. Zum einen liegt dies an dem Umstand, dass Einzelsportler an einer Vielzahl von punktuellen Sportveranstaltungen teilnehmen und dementsprechend mit einer Vielzahl von Veranstaltern in Berührung geraten. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Sportler lediglich einen Dienstvertrag mit den Veranstaltern abschließen, da sie größtenteils in ihrer Entscheidung bezüglich der Teilnahme am Wettkampf, der Trainingsgestaltung und sonstigen Terminen rund um den Wettkampf frei sind. Anders ist die Angelegenheit zu beurteilen, wenn sich der Sportler gegenüber dem Veranstalter vertraglich verpflichtet und der Inhalt des Vertrages maßgebliche Kriterien für eine Arbeitnehmereigenschaft erfüllt. In diesem Fall kann die Vereinbarung zwischen Veranstalter und Sportler unter Umständen einen auf die Veranstaltung befristeten Arbeitsvertrag darstellen. In derartigen Konstellationen ist der Veranstalter als Arbeitgeber zu qualifizieren und somit vom persönlichen Anwendungsbereich nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG erfasst.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man bei der Betrachtung der Arbeitgeber-eigenschaft eines Sponsors. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Sponsoren allein wegen ihren Sponsorenverträgen keine Arbeitgeber sind. Dort bedarf es zwischen Sportler und Sponsor einer besonders ausführlichen Gestaltung des Vertrages, etwa durch die Aufnahme eines ausführlichen Pflichtenkatalogs des Sportlers, um ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Nur hierdurch könnte eine Weisungsgebundenheit hervorgerufen und somit der Grad der persönlichen Abhängigkeit erhöht werden. Eine derartige Ausgestaltung des Vertrages ist eher bei Individualsportlern zu erwarten, da diese in aller Regel noch keinen Arbeitgeber in Form von Vereinen haben und somit in der vertraglichen Ausgestaltung ihrer Verträge freier als Mannschaftssportler sind.

---

<sup>490</sup> Imping, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, 1995, S. 137.

<sup>491</sup> So auch Schimke, Sportrecht, 1996, S. 26.

### c. Selbstständige, § 6 Abs. 3 AGG

Wegen § 6 Abs. 3 AGG werden allerdings nicht nur Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen vom persönlichen Schutzbereich des AGG erfasst, sondern auch Selbstständige.<sup>492</sup>

Wie unter II. 2. a. bb. [2]. [b]. erörtert wurde, sind selbstständige Sportler vor allem im Individualsport zu erwarten. Einzelsportler lassen sich mangels persönlicher Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit in der Regel nicht als Arbeitnehmer einstufen. Vor allem die weitestgehende freie Verfügungsmöglichkeit in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über die eigene Arbeitskraft („ob und wie“), ist eines der stärksten Indizien für deren Selbstständigkeit.<sup>493</sup> Einzelsportler erbringen ihre Tätigkeit daher in aller Regel aufgrund eines reinen Dienstvertrages nach § 611 BGB. Sofern keine Einstufung als arbeitnehmerähnliche Person – vergleiche hierzu II. 2. a. aa. [3]. – zu erfolgen hat, sind Einzelsportler somit als Selbständige im Sinne von § 6 Abs. 3 AGG zu behandeln.<sup>494</sup>

An dieser Stelle sei noch einmal hervorgehoben, dass Selbständige nur soweit vor Benachteiligungen geschützt sind, wie diese den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betreffen. Denn wie unter II. 1. a. aa. [2]. [b]. [bb] im Zusammenhang mit dem sachlichen Anwendungsbereich des AGG ausführlicher erörtert wurde, gelten die Benachteiligungsverbote bei Selbständigen im Hinblick auf Ausübungsbedingungen nicht, da § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses voraussetzt.<sup>495</sup>

### d. Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs, § 18 Abs. 1 AGG

Eine Erweiterung erfährt der persönliche Geltungsbereich mittelbar durch § 18 Abs. 1 AGG.

#### *aa. Monopolistische Sportvereinigungen*

Nach dieser Vorschrift finden die Vorschriften der §§ 6 bis 17 AGG auf die unter § 18 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AGG genannten Vereinigungen entsprechende Anwendung.<sup>496</sup> Mit Verweis auf die Ausführungen unter II. 1. a. cc. [2]. können somit vom Geltungsbereich auch Sportvereinigungen mit überragender Machtstellung erfasst werden.<sup>497</sup> Als mächtige Vereinigungen mit Monopolstellung wurden durch die Rechtsprechung bislang der

<sup>492</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 26 ff. zu § 6; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 4 ff. zu § 6.

<sup>493</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 8 zu § 6.

<sup>494</sup> Schimke, Sportrecht, 1996, S. 21; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 106, RN 111; Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006, S. 29; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 251, RN 17.

<sup>495</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 30 zu § 2.

<sup>496</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 14 zu § 18.

<sup>497</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 10 a zu § 18; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 18.

Deutsche Sportbund e.V.<sup>498</sup>, die Landessportverbände<sup>499</sup>, Sportfachverband<sup>500</sup> und Sportförderdachvereine<sup>501</sup> anerkannt.<sup>502</sup> Die Rechtsprechung zeigt, dass im Bereich des Sports eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich vor allem im Fall von übergeordneten Dachsportverbänden anzunehmen ist. Für diese Verbände gelten – auch wenn sie keine Arbeitgeber sind – die Regelungen zum Benachteiligungsverbot wegen der in § 1 AGG genannten Gründe (§ 7 Abs. 1 AGG), zu den Rechtfertigungsgründen (§§ 8 – 10 AGG), den Organisationspflichten (§ 11, 12 AGG) sowie zu den Rechtsfolgen, einschließlich Schadensersatz, Entschädigung und Maßregelungsverbot (§§ 7 Abs. 2 und 3, 13 – 16 AGG) entsprechend.<sup>503</sup>

Inwiefern sämtliche übergeordnete Verbände im Sport eine „überragende Machtstellung“ im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich inne haben, ist trotz der grundsätzlich weiten Auslegung dieses Begriffes fraglich.<sup>504</sup> Dachverbände, die tragende Regelwerke erlassen, haben sicherlich eine Monopolstellung. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass viele Spitzensportverbände den Spielbetrieb in den höheren Spielklassen wegen dessen Wirtschaftlichkeit ausgegliedert haben. So hat der DFB im Jahr 2000 beispielsweise den Profispielbetrieb und die Vermarktung herausgelöst und die Rechte hieran an den „Die Liga – Fußballverband e.V.“ (nachfolgend als Ligaverband bezeichnet) verpachtet.<sup>505</sup> Der Ligaverband wiederum hat zur Erfüllung seiner Aufgaben und zur Durchführung seines operativen Geschäfts die „Deutsche Fußball Liga GmbH“ (DFL) gegründet. Diesen ausgegliederten Strukturen ist sicherlich eine immense wirtschaftliche Bedeutung zu sprechen. Ob die jeweiligen Verbände jedoch eine überragende Machtstellung inne haben, bedarf einer genauen Prüfung des jeweiligen Einzelfalls. Dass die überragende Machtstellung kritisch zu hinterfragen ist, offenbart ein Beispiel aus der DEL. Wegen einer verspäteten Vorlage von Sicherheitsleistungen wollte die DEL dem EHC München keine DEL-Lizenz erteilen. Der EHC München erwog daher, in die österreichische Profiligena zu wechseln.<sup>506</sup> Nachdem der EHC München der DEL diese Alternative aufgezeigt hatte, erteilte die DEL letztlich die DEL-Lizenz.<sup>507</sup> Das Beispiel zeigt, dass die Kommerzialisierung des Sports zu einem Aufbrechen der traditionellen Strukturen geführt hat und eine überragende Machtstellung der Verbände nicht immer angenommen werden kann.

<sup>498</sup> BGHZ 63, S. 282.

<sup>499</sup> BGH NJW-RR 1986, S. 583.

<sup>500</sup> BGH NJW-RR 1986, S. 583.

<sup>501</sup> BGH NJW 1999, S. 1326.

<sup>502</sup> Vgl. Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 18; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 11 zu § 18.

<sup>503</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 14 zu § 18.

<sup>504</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 11 zu § 18.

<sup>505</sup> Vgl. hierzu auch Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 126 ff.

<sup>506</sup> Handelsblatt-Online, EHC München liebäugelt mit Wechsel nach Österreich, 31.5.2010.

<sup>507</sup> Focus-Online, EHC München erhält DEL-Lizenz, 2.7.2010.

*bb. Mitglieder*

Vom persönlichen Anwendungsbereich des § 18 AGG werden aber auch die Mitglieder der in den § 18 Abs. 1 Nr. 2 AGG genannten Vereinigungen erfasst.

Umstritten ist im Schrifttum, ob sich aus § 18 Abs. 1 AGG eine Anspruchsberechtigung nur für natürliche oder auch für juristische Personen ableiten lässt.<sup>508</sup> Am Ende von § 18 Abs. 1 AGG heißt es, dass die Vorschriften des Unterabschnittes 4 entsprechend für die Mitgliedschaft oder Mitwirkung in einer Vereinigung „sowie deren jeweiligen Zusammenschlüssen“ gelten. Im Schrifttum wird hieraus abgeleitet, dass der Schutz des § 18 AGG somit auch dem Schutz der Vereinigungen selbst gegenüber ihrer Dachorganisation dient.<sup>509</sup> Teils wird im Schrifttum jedoch auch die Auffassung vertreten, dass von § 18 AGG nur natürliche Personen geschützt werden sollen.<sup>510</sup> Begründet wird diese Ansicht damit, dass eine verbotene Benachteiligung nur gegenüber natürlichen Personen begangen werden kann. In der Konsequenz könnte ein Verein die Mitgliedschaft in einem Dachverband nicht über § 18 AGG erzwingen.<sup>511</sup> Für eine derartige Beschränkung finden sich im AGG jedoch keine Anhaltspunkte.<sup>512</sup> Auch könnte durch eine derart restriktive Auslegung von § 18 AGG eine Lücke im Diskriminierungsschutz entstehen, deren Vermeidung gerade stets das Anliegen des Gesetzgebers war, indem er das AGG in seiner Gesamtheit sehr offen formuliert hat.<sup>513</sup> Zwar ist der Ansicht im Schrifttum zuzustimmen, dass letztlich hinter jeder juristischen Person eine natürliche Person steht und grundsätzlich diese vor Diskriminierung geschützt werden soll und nicht die juristische Person. Allerdings hat die bisherige Prüfung gezeigt, dass nicht jeder Sportler in direkter Verbindung mit dem Verband steht.<sup>514</sup> Gerade im Bereich des Sports sind die Vereine faktisch zwischen Verband und Sportler positioniert und üben in Verbandssitzungen die Rechte der Sportler aus. Im Zusammenspiel mit dem Verband schaffen die Vereine größtenteils die Rahmenbedingungen für die Sportausübung. Um einen effektiven Diskriminierungsschutz zu gewährleisten, muss daher § 18 Abs. 1 AGG dahingehend ausgelegt werden, dass es auch den Vereinen als „Repräsentanten“ der Sportler möglich ist, die Mitgliedschaft und Mitwirkung in den jeweiligen Dachverbände nach § 18 AGG erzwingen zu können.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass im Bereich des Profisports immer zu prüfen ist, wer Mitglied des betreffenden Verbandes ist. Hinsichtlich Berufsvereinigungen wie z.B. der Vertragsfußballer e.V. sind dies zweifelsfrei die Berufssportler. Anders stellt sich die Situation hinsichtlich der bislang anerkannten monopolistischen Vereinigungen wie

<sup>508</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 10 zu § 18; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 18; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 3 zu § 18.

<sup>509</sup> So auch Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 3 zu § 18.

<sup>510</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 18.

<sup>511</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 18.

<sup>512</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 3 zu § 18.

<sup>513</sup> Zu denken ist z.B. an die großzügige Definition des Arbeitgeberbegriffs bei der Arbeitnehmerüberlassung in § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG.

<sup>514</sup> II. 2. b. bb. [1]. [c].

dem Deutschen Sportbund e.V., die jeweiligen Landessportverbände und Sportförderdachvereine dar. Ein Blick auf die Definition des Verbandes verdeutlicht, dass dort nicht der jeweilige Sportler, sondern vielmehr die jeweiligen Vereine Mitglieder des Verbandes sind.<sup>515</sup> Wie sich den Ausführungen zu II. 2. b. bb. [1]. [c]. entnehmen lässt, liegt dort eine echte Mitgliedschaft des Athleten in aller Regel nicht vor. Eine vertragliche Bindung des Athleten an die Regelwerke eines Verbandes wird dort durch den Abschluss von Regelaerkenntnis- oder Lizenzverträgen bewirkt.<sup>516</sup> Dass der jeweilige Athlet ein echtes Mitglied des Dachverbandes wird, ist aus organisatorischen und inhaltlichen Gründen nicht gewollt.<sup>517</sup> Im Zusammenhang mit übergeordneten Dachverbänden werden daher in aller Regel nur die jeweiligen Vereine bzw. Landesverbände als Mitglieder betroffen sein.

### e. Benachteiligte im allgemeinen Zivilrechtsverkehr

Wie bereits unter II. 1. a. bb. und cc. [3]. aufgezeigt wurde, gilt der Schutz des AGG nicht nur in Bereichen des Arbeitsrechts, sondern auch für Teile des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs.

So betrifft § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 8 AGG den Sozialschutz (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG), einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste<sup>518</sup>, soziale Vergünstigungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 AGG), Bildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG), sowie den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG). Konkretisierung erfährt dieser Anwendungsbereich weiter durch § 19 AGG. Dort wird der sachliche Anwendungsbereich durch § 19 Abs. 1 und Abs. 2 AGG dahingehend begrenzt, dass in Bezug auf die in § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 7 AGG genannten Sachverhalte nur eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse und wegen der ethnischen Herkunft verboten ist.<sup>519</sup> Auch werden familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse durch § 19 Abs. 4 AGG aus dem Anwendungsbereich heraus genommen; ferner nach § 19 Abs. 5 AGG zivilrechtliche Schuldverhältnisse mit einem besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnis.<sup>520</sup> Der Anwendungsbereich geht somit über den Bereich des Arbeitsrechts hinaus und betrifft nicht nur die Beschäftigung und den Beruf.<sup>521</sup> Somit wird der persönliche Anwendungsbereich nicht nur für Personen aus dem Berufsleben, sondern auch für alle Benachteiligten im allgemeinen Zivilrechtsverkehr eröffnet.

Wie ebenfalls bereits unter II. 1. a. bb. erörtert wurde, sind die in den §§ 2 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 8 AGG genannten Sektoren in Deutschland allerdings entweder ausschließ-

<sup>515</sup> II. 2. b. bb. [1]. [a].

<sup>516</sup> II. 2. b. bb. [1]. [c].

<sup>517</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 79, RN 50.

<sup>518</sup> So Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 14 zu § 2 und Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 43 zu § 2.

<sup>519</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 2.

<sup>520</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 56 und 58 zu § 19; Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2006, S. 98.

<sup>521</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 43 zu § 2.

lich bzw. überwiegend durch öffentlich-rechtliche Vorschriften bestimmt.<sup>522</sup> Gerade diese überwiegende öffentlich-rechtliche Ausgestaltung in Deutschland, und die größtenteils nur zivilrechtlichen Anwendungsbereiche des AGG in diesen Sektoren, führen dazu, dass der Schutz vor Benachteiligungen im allgemeinen Zivilrechtsverkehr durch das AGG keine große Bedeutung in Deutschland erlangt hat. Zu erwähnen ist hier lediglich § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG<sup>523</sup>, der die Diskriminierung bei „Massengeschäften“ verhindern soll.

Noch weniger Bedeutung hat dieser Anwendungsbereich für Sportler. Bei den meisten Verträgen mit den Sportlern handelt es sich nicht um öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse. Selbst der einzig von Bedeutung scheinende § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG hat keine sportspezifischen Auswirkungen. Das in § 19 AGG geregelte zivilrechtliche Benachteiligungsverbot gilt nur für Massengeschäfte (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG) und privatrechtliche Versicherungen (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG).<sup>524</sup> Verträge der Sportler sind jedoch keine Massen- oder Versicherungsgeschäfte. So fordert die Legaldefinition in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, dass derartige Geschäfte „typischerweise ohne Ansehen der Person in einer Vielzahl von Fällen zu gleichen Bedingungen zustande kommen“. Bei Sportverträgen kommt es gerade im Hinblick auf den Sportler auf die jeweilige Person und dessen konkrete sportliche Leistung an, weshalb bereits das Merkmal „ohne Ansehen der Person“ nicht bejaht werden kann. Auch stehen Sportverträge nicht der breiten Öffentlichkeit zur Verfügung, wie dies der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG fordern würde.<sup>525</sup>

Somit ist festzustellen, dass zwar auch Benachteiligte im allgemeinen Zivilrechtsverkehr unabhängig von Ihrem Beschäftigungsverhältnis vom persönlichen Anwendungsbereich umfasst sind. Sport spezifische Bedeutung hat dieser Umstand allerdings nicht.

#### f. Dritte

Sonstige Dritte werden vom persönlichen Anwendungsbereich des § 6 AGG nicht erfasst. Aus diesem Grund ergeben sich gegen diese keine Ansprüche unmittelbar aus dem AGG.<sup>526</sup> Unmittelbare Ansprüche gegen Dritte können allenfalls aus anderen Rechtsvorschriften, etwa aus Delikt nach §§ 823 ff. BGB, resultieren.<sup>527</sup> Hierzu später unter III. 3. c. und IV. 4. mehr.

### 3. Zeitlicher Anwendungsbereich, § 33 AGG

Den zeitlichen Anwendungsbereich des am 18. August 2006 in Kraft getretenen AGG regelt § 33 AGG.<sup>528</sup>

<sup>522</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 15 zu § 2; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 44 zu § 2.

<sup>523</sup> So auch Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 44 zu § 2.

<sup>524</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 ff. zu § 19.

<sup>525</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 56 zu § 2; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 42 zu § 2.

<sup>526</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6 und RN 7 zu § 7; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 145 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7.

<sup>527</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 146 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 7.

<sup>528</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 33.

### a. Anspruchsgrundlagen vor Inkrafttreten

Die Regelung ist überwiegend deklaratorischer Natur und stellt klar, dass für Benachteiligungen, die zeitlich vor dem Inkrafttreten des AGG liegen, nicht nur die außer Kraft tretenden Regelungen, sondern insgesamt die alte Rechtslage Anwendung findet.<sup>529</sup> Denn bereits vor Inkrafttreten des AGG gab es bereits zahlreiche Vorschriften, welche dem Schutz vor diskriminierenden Benachteiligungen dienten.<sup>530</sup> Zu nennen wären hier Art. 3 GG, § 611 a BGB, § 611 b BGB, SGB IX, §§ 75, 80 BetrVG, § 27 SprAuG, § 67 BPersVG, BeschäftigtenschutzG, TzBfG, KSchG, und das BGleIG.<sup>531</sup> Dass in § 33 Abs. 1 AGG selbst nur die §§ 611 a, 611 b, 612 Abs. 3 BGB und das BeschäftigtenschutzG genannt werden, liegt daran, dass auch nur diese Vorschriften durch die Einführung des AGG außer Kraft getreten sind. Inkonsequent ist das Gesetz lediglich in Hinblick auf § 81 Abs. 2 SGB IX.<sup>532</sup> Zwar bleibt diese Vorschrift auch nach Inkrafttreten des AGG weiterhin bestehen. Jedoch verweist § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX nunmehr lediglich auf das AGG, weshalb diese Vorschrift ebenfalls in die Aufzählung in § 33 Abs. 1 AGG mit aufgenommen hätte werden müssen. Dies wird bei einem Blick in die Gesetzesbegründung umso deutlicher. Wird dort gerade auch der § 81 Abs. 2 SGB IX erwähnt.<sup>533</sup>

### b. Übergangsregelung § 33 AGG

Sinn und Zweck von § 33 AGG ist die Schaffung einer Übergangsregelung, welche klarstellt, wann das AGG Anwendung findet.<sup>534</sup>

#### aa. Übergangsregeln zum arbeitsrechtlichen Teil, § 33 Abs. 1 AGG

§ 33 Abs. 1 AGG dient dabei als Übergangsregelung zum arbeitsrechtlichen Teil und regelt das Verhältnis zwischen den außer Kraft getretenen Bestimmungen der §§ 611 a, 611 b, 612 Abs. 3 BGB und des BeschäftigtenschutzG einerseits und dem AGG andererseits.<sup>535</sup> Hiernach findet das AGG keine Anwendung für Benachteiligungen nach den §§ 611 a, 611 b und 612 Abs. 3 BGB oder sexuellen Belästigungen nach dem BeschäftigungsschutzG, welche vor dem 18. August 2006 stattgefunden haben.

#### bb. Übergangsregeln zum zivilrechtlichen Teil, § 33 Abs. 2 und 3 AGG

§ 33 Abs. 2 und 3 AGG enthält hingegen Übergangsbestimmungen für die zivilrechtlichen Benachteiligungsverbote in §§ 19 bis 21 AGG und somit für das allgemeine Zivilrecht.<sup>536</sup> Gem. § 33 Abs. 2 Satz 1 AGG sind für Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft die §§ 19 bis 21 AGG nicht auf Schuldverhältnisse

<sup>529</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 53; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 33.

<sup>530</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in I. 1. a.

<sup>531</sup> Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S.41.

<sup>532</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 33.

<sup>533</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 53.

<sup>534</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 ff. zu § 33; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 33.

<sup>535</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 33; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 zu § 33.

<sup>536</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 14 zu § 33; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 14 zu § 33.

anzuwenden, welche vor dem 18. August 2006 begründet worden sind. Gem. § 33 Abs. 3 Satz 1 AGG sind für Benachteiligungen wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität die §§ 19 bis 21 AGG nicht auf Schuldverhältnisse anwendbar, die vor dem 1. Dezember 2006 begründet worden sind.

*cc. Übergangsregeln für privatrechtliche Versicherungen, § 33 Abs. 4 AGG*

In § 33 Abs. 4 AGG finden sich letztlich Übergangsbestimmungen für privatrechtliche Versicherungen.<sup>537</sup> Nach dieser Vorschrift ist § 19 Abs. 1 AGG nicht auf Schuldverhältnisse, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, anzuwenden, wenn diese vor dem 22. Dezember 2006 begründet worden sind. Dieser Stichtag lässt sich mit dem Hintergrund erklären, dass der Gesetzgeber den Bedürfnissen der Versicherungswirtschaft Rechnung tragen wollte. So sollte den Versicherungsunternehmen mit dieser längeren Umsetzungsfrist ein angemessener zeitlicher Vorlauf ermöglicht werden, um ihre Kalkulation sowie ihre Vertragsmuster und Versicherungsbedingungen an die neue geltende Rechtslage anzupassen.<sup>538</sup>

**c. Maßgeblicher Zeitpunkt**

Hinsichtlich der Frage, welcher Zeitpunkt für die Anwendbarkeit des AGG maßgeblich ist, muss wie folgt unterschieden werden.

*aa. Arbeitsrecht*

Für arbeitsrechtliche Benachteiligungen ist der Zeitpunkt maßgeblich, an welchem die Vornahme der Benachteiligungshandlung erfolgt ist.<sup>539</sup>

Allerdings ist die Bestimmung der Benachteiligungshandlung oftmals nicht einfach vorzunehmen. So ist in der Regel die zugrundeliegende Entscheidung des Arbeitgebers maßgeblich, einen Bewerber nicht einzustellen, einem Beschäftigten die Beförderung zu verweigern oder gar das Arbeitsverhältnis zu beenden.<sup>540</sup> Da dies in der Praxis jedoch zu Nachweisproblemen führen würde, wird teils vertreten, dass es vielmehr darauf ankommen muss, wann diese Entscheidung bekannt gegeben wurde oder zugegangen ist.<sup>541</sup> Bei Belästigungen nach § 3 Abs. 3 und 4 AGG ist entscheidend, wann der Beschäftigte Opfer von dem diskriminierenden Verhalten wurde.<sup>542</sup>

Problematisch sind Sachverhalte, in welchen sich Belästigungen über einen längeren Zeitraum erstrecken und die erste Belästigung vor dem Inkrafttreten stattgefunden hat. Somit also Fälle, in welchen die Diskriminierung einen einheitlichen Lebenssachverhalt bildet. Wenn alle Belästigung vor dem Inkrafttreten des AGG stattgefunden haben, so

---

<sup>537</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 zu § 33; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 22 zu § 33.

<sup>538</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 22 zu § 33.

<sup>539</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 33.

<sup>540</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 3 zu § 33; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 33.

<sup>541</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 4 zu § 33.

<sup>542</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 33.



muss der Sachverhalt nach der alten Rechtslage behandelt werden. Fällt jedoch nur eine dieser Belästigungen in den Zeitraum ab dem Inkrafttreten, so ist das AGG anwendbar.<sup>543</sup>

Probleme ergeben sich ferner im Zusammenhang mit Dauerschuldverhältnissen, da § 33 Abs. 1 AGG im Gegensatz zu den §§ 33 Abs. 2 – 4 AGG keine Regelung zum Umgang mit diesen enthält.<sup>544</sup> Dauerschuldverhältnisse können im Bereich des Arbeitsrechts anhand von Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen oder aber auch Tarifverträge vorliegen. Der Abschluss eines solchen Dauerschuldverhältnisses fällt dabei nicht unter den zeitlichen Anwendungsbereich des AGG, wenn es vor dem 18. August 2006 begründet worden ist.<sup>545</sup> Jedoch kann die Abwicklung und die Ausübung von Rechten und Pflichten eines vor dem 18. August 2006 geschlossenen Dauerschuldverhältnisses nach den Maßstäben des AGG überprüft werden.<sup>546</sup> Denn der Inhalt dieses Dauerschuldverhältnisses kann Ausübungsbedingungen darstellen, welche sich gerade gegenwärtig und somit nach dem 18. August 2006 auswirken können. Auf das Erfordernis einer Änderung des Dauerschuldverhältnisses kommt es hier im Umkehrschluss zu den §§ 33 Abs. 2 Satz 2, 33 Abs. 3 Satz 2 und 33 Abs. 4 Satz 2 AGG gerade nicht an.<sup>547</sup>

#### *bb. Zivilrecht*

Bei Benachteiligungen im Bereich des allgemeinen Zivilrechts ist gem. §§ 33 Abs. 2 Satz 1, 33 Abs. 3 Satz 1 und 33 Abs. 4 Satz 1 AGG grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich.<sup>548</sup> Das bisherige Recht ist daher auf Schuldverhältnisse, welche durch Angebot und Annahme vor dem 18. August 2006 (bei Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft), dem 1. Dezember 2006 (bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität) oder 22. Dezember 2006 (bei Diskriminierungen im Zusammenhang mit einer privatrechtlichen Versicherung) wirksam geschlossen wurden, anwendbar.<sup>549</sup> Das AGG ist hingegen für danach liegende Vertragsschlüsse maßgeblich.

Etwas anderes gilt gem. §§ 33 Abs. 2 Satz 2, 33 Abs. 3 Satz 2 und 33 Abs. 4 Satz 2 AGG für die Änderung dieser Schuldverhältnisse. Wie genau diese Vorschrift verstanden werden muss, ist umstritten.<sup>550</sup> Zwar ist die Intention des Gesetzgebers ersichtlich, das durch den Vertragsschluss begründete Verhältnis von Leistung und Gegenleistung unberührt zu lassen. Immerhin würde ein Eingriff hierin gegen das Rückwirkungsverbot von Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen.<sup>551</sup> Allerdings scheint diese Eingrenzung des Anwendungsbereichs auch zu unbilligen Ergebnissen zu führen. So würden diskriminierende

<sup>543</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 9 zu § 33.

<sup>544</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 33.

<sup>545</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 33.

<sup>546</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 33.

<sup>547</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 33.

<sup>548</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 15 zu § 33.

<sup>549</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 15 zu § 33.

<sup>550</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 15 zu § 33; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, RN 20 zu § 33.

<sup>551</sup> Vgl. auch BT-Drucks. 16/1780 und BR-Drucks. 329/06, S. 58.

Vertragsbedingungen solange Bestandsschutz haben, bis der Diskriminierende diese Bedingungen ändert. Dies ist auch ein Grund dafür, warum in § 33 AGG ein Umsetzungsdefizit der europäischen Richtlinien gesehen wird.<sup>552</sup>

#### **d. Zwischenergebnis**

Wie die vorangegangene Betrachtung gezeigt hat, wird der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des AGG im Sport überwiegend im Bereich des Arbeitsrechts eröffnet. Entsprechend ist für den zeitlichen Anwendungsbereich überwiegend die Übergangsregelung in § 33 Abs. 1 AGG von Bedeutung. Die praktische Bedeutung von § 33 Abs. 1 AGG ist allerdings sehr gering.<sup>553</sup> Von anhängigen Verfahren, welche den zeitlichen Anwendungsbereich des AGG problematisieren, ist nichts bekannt. Auch sind solche Verfahren nicht mehr zu erwarten. Gerade im Jahr 2006 war die Diskussion rund um die Diskriminierung im Arbeitsleben und den Diskriminierungsschutz durch das AGG sehr ausgeprägt. Es ist daher kaum vorstellbar, dass nunmehr noch Klagen bezüglich Dauerschuldverhältnissen erhoben werden, die noch vor Inkrafttreten des AGG geschlossen wurden. Vielmehr muss angenommen werden, dass diese nach Einführung des AGG und nach der Präsenz dieser Thematiken angegriffen worden wären oder gar bereits sind. Dies gilt umso mehr im Bereich des Sports. Sportverträge werden hier immer nur auf einen relativ kurzen und überschaubaren Zeitraum von wenigen Jahren - in der Regel maximal über einen Zeitraum von drei Jahren - geschlossen. Daher ist selbst in Hinblick auf die problematischen Dauerschuldverhältnisse anzunehmen, dass im Sport das AGG wohl nunmehr auf sämtliche Diskriminierungen zeitlich Anwendung findet.

#### **4. Zusammenfassung zur Anwendbarkeit des AGG im Leistungssport**

Insgesamt lässt sich somit feststellen, dass das AGG grundsätzlich im Leistungssport - dort vor allem im Bereich des Arbeitsrechts - Anwendung findet.

Hauptanwendungsfälle des AGG im Leistungssport sind dabei vor allem im Bereich der Mannschaftssportarten zu erwarten, in welchen die Sportler als Arbeitnehmer und die Vereine bzw. deren Sportkapitalgesellschaften als Arbeitgeber zu qualifizieren sind. Einzelsportler sind hingegen in aller Regel keine Arbeitnehmer. Diesen fehlt es mangels Einbindung in einen Organisationsbetrieb und aufgrund ihrer weitgehenden Eigenständigkeit bezüglich des Trainingsablaufes meist an einer persönlichen Abhängigkeit. Neben dem Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages, ist dieses Merkmal eines der Entscheidendsten für die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft. Unter Umständen können jedoch auch bei einem Einzelsportler die vertraglichen Verpflichtungen zu einem Arbeitsverhältnis führen, weshalb eine abschließende Beurteilung erst nach einer umfangreichen Würdigung der Rechtsbeziehungen im Einzelfall möglich ist. Zudem muss § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGG Berücksichtigung finden, wonach vom persönlichen Anwendungsbereich auch arbeitnehmerähnliche Personen erfasst werden. Aus diesem

---

<sup>552</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 33; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 15 zu § 33.

<sup>553</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 7 zu § 33.

Grund können auch Einzelsportler umfangreichen Schutz durch das AGG erlangen, wenn die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft nur wegen geringfügigen Abweichungen vom Arbeitnehmerbegriff abgelehnt werden muss.

Selbstständige Sportler werden ebenfalls vom persönlichen Anwendungsbereich des AGG erfasst. So gelten die Vorschriften für den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung nach § 6 Abs. 3 AGG für Selbstständige entsprechend. Wie allerdings der Wortlaut von § 6 Abs. 3 AGG verdeutlicht, erfährt der Schutz von Selbstständigen Einschränkungen. So gilt der Schutz vor Diskriminierungen für Selbstständige nur hinsichtlich des Zugangs zur Erwerbstätigkeit, sowie den beruflichen Aufstieg. Auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen erstreckt sich der Schutz des AGG hingegen bei selbstständigen Sportlern nicht. Die praktische Bedeutung des AGG ist daher für selbstständige Sportler als gering einzuschätzen. Denn nicht beim Zugang zur Erwerbstätigkeit, sondern gerade bei der Durchführung des Vertrages und der täglichen Sportausübung sind die meisten Diskriminierungen zu erwarten.

Diese Feststellungen bedeuten nicht, dass sonstige Beteiligte wie Verbände, Sponsoren und Veranstalter grundsätzlich vom unmittelbaren Anwendungsbereich ausgeschlossen sind. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass zwischen diesen und dem Sportler kein Arbeitsverhältnis zustande kommt. Hierzu fehlt es meist an vertraglichen Vereinbarungen, welche eine weisungsgebundene Arbeitsverpflichtung begründen würden. So ist der Sportler meist nur zur Erbringung seiner sportlichen Leistung gegenüber dem Verein bzw. der entsprechenden Sportkapitalgesellschaft, nicht aber gegenüber dem Verband verpflichtet. Ferner fehlt es meist - ähnlich wie bei selbstständigen Sportlern - an einer Eingliederung in den Organisationsbetrieb des Verbandes oder des Sponsors. Aber wie im Falle der Einzelsportler, so kann auch hier keine starre Aussage getroffen werden. Auch in diesem Zusammenhang sind die Umstände des Einzelfalls - vor allem die Ausgestaltung der jeweiligen Rechtsbeziehungen - zu berücksichtigen. So kann der Einsatz eines Nationalspielers durch den Verband unter Umständen zu einem Arbeitsverhältnis führen. Maßgeblich für eine derartige Annahme ist mitunter die Ausgestaltung des Lizenzvertrages, in welchem in aller Regel bereits die Verpflichtung des Sportlers zu Nationalmannschaftseinsätzen geregelt wird. Erhält der Sportler für seine Nationalmannschaftseinsätze vom Verband eine Vergütung, so wird man angesichts der zahlreichen Verpflichtungen des Sportlers zur Erbringung seiner Leistungen gegenüber dem Verband nur schwer begründen können, dass zwischen Sportler und Verband kein Arbeitsverhältnis zustande kommt. Ausnahmsweise kann auch die vertragliche Ausgestaltung von Pflichten des Sportlers gegenüber einem Sponsor zu einem Arbeitsverhältnis führen. Befristete Arbeitsverhältnisse können hier vor allem bei Einzelsportlern entstehen, wenn diese zur Teilnahme an bestimmten Veranstaltungen und zur Durchführung bestimmter Leistungen gegenüber einem Sponsor oder privaten Veranstalter verpflichtet werden.

Sportler, die im Rahmen einer Spitzensportförderung durch den Staat als Berufssoldaten tätig sind, unterfallen hingegen nicht dem AGG. Für sie existiert mit dem SoldGG eine Sondervorschrift, die vorrangig zum AGG Anwendung findet. Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich allerdings dort, wo der Spitzensportler den Profisport nicht

nur als Berufssoldat, sondern ferner im Rahmen eines weiteren Beschäftigungsverhältnisses ausübt.

Zuletzt ist im Zusammenhang mit § 18 AGG hervor zu heben, dass Vereine vom persönlichen Anwendungsbereich des AGG nicht nur aufgrund ihrer Arbeitgebereigenschaft als Verpflichtete erfasst werden können. Folgt man der Auffassung im Schrifttum, dass § 18 AGG auch dem Schutz der Vereinigungen gegenüber ihren Dachorganisationen dient, so können Vereine auch als Interessensvertreter der Berufssportler vom Anwendungsbereich erfasst werden.



### **III. DISKRIMINIERUNG IM LEISTUNGSSPORT**

Wie die vorangegangenen Ausführungen gezeigt haben, entfaltet das AGG seine Wirkung überwiegend im Bereich des Arbeitsrechts. Arbeitsverhältnisse, welche dem Schutz des AGG unterstellt sind, finden sich – wie ebenfalls aufgezeigt wurde – im Leistungssport zahlreich.

Nachdem die Anwendbarkeit des AGG im Leistungssport bejaht werden konnte, stellt sich nunmehr die Frage, in welchen Fällen Diskriminierungen vorliegen, die über das AGG sanktioniert werden können. Für die Feststellung von unzulässigen Diskriminierungen im Leistungssport bedarf es mehr als lediglich der Bejahung der Anwendbarkeit des AGG. So gilt es weiter zu klären, aus welchen Gründen eine Benachteiligung nach dem AGG unzulässig sein kann und wann solche Gründe im Leistungssport vorliegen können (hierzu unter III. 1.). Denn nicht alle denkbaren Anknüpfungspunkte für eine Diskriminierung sind von der Zielsetzung des AGG umfasst. Zum anderen ist zur Offenlegung von Diskriminierungen im Leistungssport zu erarbeiten, in welcher Form Benachteiligungen auftreten können (hierzu unter III. 2.). Ferner muss man sich die Frage stellen, an wen sich das Benachteiligungsverbot grundsätzlich richtet und welche Folgen hieraus abzuleiten sind (hierzu unter III. 3.). Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass nicht jede Diskriminierung eine unzulässige Diskriminierung darstellen muss. So sieht das AGG mit den §§ 3, 5, 8, 9 und 10 AGG eine Reihe von Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Insofern gilt es zu klären, ob im Leistungssport womöglich Diskriminierungen gerechtfertigt werden können (hierzu unter III. 4.)).

Folgendes Kapitel wird sich somit schwerpunktmäßig mit der Fragestellung auseinandersetzen, wann im Leistungssport eine Diskriminierung nach dem AGG vorliegt, und ob in bestimmten Fällen Rechtfertigungsmöglichkeiten bestehen.

#### **1. Diskriminierungsgründe nach § 1 AGG**

Zur Beantwortung dieser Fragen ist zunächst genau zu differenzieren, vor welchen Diskriminierungsgründen das AGG grundsätzlich schützen will. Im Bereich des Sports sind aufgrund der vielen Anti-Rassismus-Kampagnen vor allem die Diskriminierungsgründe „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ im Bewusstsein. Das AGG schützt aber vor weitaus

mehr Diskriminierungen. So heißt es in § 1 AGG, Ziel des Gesetzes ist es, 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.

Die in § 1 AGG genannten Diskriminierungsgründe sind mit denen in Art. 13 Abs. 1 EG-Vertrag genannten Gründen identisch und eine Umsetzung der Richtlinien 76/207/EWG, 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG.<sup>554</sup> Durch die explizite Benennung von Diskriminierungsgründen gibt § 1 AGG vor, aus welchen Gründen eine Benachteiligung unzulässig sein soll. Hervor zu heben ist dabei, dass es sich um eine enumerative Aufzählung handelt.<sup>555</sup> Diskriminierungen aus anderen Gründen sind nicht vom Schutzbereich des AGG erfasst.<sup>556</sup> Man muss daher feststellen, dass das AGG streng genommen keinen umfassenden Schutz vor Benachteiligungen gewährt, sondern lediglich nach europarechtlichen Vorgaben den in § 1 AGG genannten Personenkreis vor Benachteiligungen schützt.<sup>557</sup>

#### a. Rasse

Einer dieser in § 1 AGG explizit genannten Diskriminierungsgründe ist die Rasse.

Eine genaue Bestimmung des Begriffes ist schwierig.<sup>558</sup> Ursächlich ist hierfür, dass es streng genommen keine menschlichen Rassen gibt.<sup>559</sup> Wie Überlieferungen aus dem 13. Jahrhundert in romanischer Sprache belegen, bezog sich der Begriff der Rasse bis zum 17. Jahrhundert nicht auf die biologische, sondern auf die soziale Herkunft.<sup>560</sup> Erst gegen Ende des 17. Jahrhunderts wurde der Begriff erstmals verwendet, um unterschiedliche, fremde und unbekannte Populationen fremder Länder zu bezeichnen.<sup>561</sup> Seither steht der Begriff der Rasse im engen Zusammenhang mit Theorien, welche versuchen, die Existenz verschiedener menschlichen Rassen zu belegen.<sup>562</sup> Die Schwierigkeit der Begriffsbestimmung liegt also darin, dass es dieses Merkmal tatsächlich nicht gibt.<sup>563</sup> Die Verwendung dieses Begriffes in der Richtlinie 2000/43/EG bedeutet nicht die Akzeptanz solcher Vorstellungen, sondern lediglich die zur Kenntnisnahme derartiger Ansätze und die Zielsetzung, diese zu verhindern und zu beseitigen.<sup>564</sup> Zur Klarstellung wurde aus diesem Grund bei der Umsetzung in Deutschland nicht die anfänglich geplante Formu-

<sup>554</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 3 und 6 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 6 zu § 1.

<sup>555</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 13 zu § 1.

<sup>556</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 6 zu § 1.

<sup>557</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 1.

<sup>558</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 zu § 1.

<sup>559</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 31.

<sup>560</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 70 und 71, RN 177.

<sup>561</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 71, RN 177.

<sup>562</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 14 zu § 1.

<sup>563</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 71, RN 177.

<sup>564</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 21 zu § 1; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 14 zu § 1.

lierung „wegen der Rasse“, sondern „aus Gründen der Rasse“ verwendet.<sup>565</sup> Hieraus lässt sich auch die Intention des Gesetzgebers entnehmen. Eine Benachteiligung erfolgt also „aus Gründen der Rasse“, wenn das Handeln des Benachteiligenden rassistisch motiviert ist.<sup>566</sup> Dies ist dann der Fall, wenn die Beweggründe hierfür in rassistischen Theorien und Begründungsansätzen wurzeln.<sup>567</sup> Der Begriff der Rasse ist grundsätzlich weit auszulegen.<sup>568</sup>

Ohne derartig rassistische Beweggründe liegt keine Benachteiligung aus Gründen der Rasse vor. So zum Beispiel, wenn die Ungleichbehandlungen allein wegen des „Fremdseins“ der Person aufgrund seiner Herkunft oder aufgrund seiner Hautfarbe ohne rassistische Untermauerung erfolgt.<sup>569</sup> Dieser Grund der Diskriminierung wird durch den Begriff der ethnischen Herkunft erfasst, weshalb die Unterscheidung für die Praxis ohne Bedeutung ist. Allerdings knüpft die Vorstellung von Rassen häufig auch an äußerliche körperliche Merkmale, wie die Hautfarbe, Kopf- und Augenform, Körpergröße oder charakteristische Haartrachten an, weshalb eine Unterscheidung nicht immer eindeutig möglich ist.<sup>570</sup> Abzustellen ist immer auf die Beweggründe des Diskriminierenden. Diese sind jedoch subjektiv und nicht immer ermittelbar.

Setzt die Benachteiligung eine Zuordnung von Menschen zu einer bestimmten Rasse voraus, so liegt hierin in aller Regel eine Diskriminierung wegen der Rasse. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Sportler als „Neger“, „Schwarzer“, „Gelber“ oder „Rothaut“ beschimpft wird; nicht hingegen bei Beschimpfungen als „Ausländer“ oder „Türke“.<sup>571</sup> Diese Zuordnung erfolgt nicht aufgrund rassistischer Theorien, sondern aufgrund der örtlichen Herkunft des Diskriminierten. Allerdings ist in derartigen Fällen zu hinterfragen, ob nicht andere Beweggründe, wie beispielsweise die ethnische Herkunft, der eigentliche Grund für die Diskriminierung sind.

Im Bereich des Sports sind Diskriminierungen aufgrund der Rasse keine Seltenheit. Dies ist nicht nur aufgrund des Engagements der Verbände im Hinblick auf die Durchführung von Anti-Rassismus-Kampagnen wahrnehmbar.<sup>572</sup> So hört man in Stadien immer wieder fremdenfeindliche Sprechgesänge mit rassistischen Hintergründen.<sup>573</sup>

<sup>565</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 31; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 71, RN 177; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 15 zu § 1.

<sup>566</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 16 zu § 1.

<sup>567</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 16 zu § 1.

<sup>568</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 30.

<sup>569</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 16 zu § 1.

<sup>570</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 24 zu § 1.

<sup>571</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 17 zu § 1.

<sup>572</sup> Focus-Online, UEFA intensiviert Anti-Rassismus-Kampagnen, 7.6.2008.

<sup>573</sup> Mustroph, Fußball und Rassismus, FAZ.net, 9.1.2010; Glindmeier, Rassismus im Stadion, Spiegel-Online, 3.10.2006.



## b. Ethnische Herkunft

Eine exakte Definition existiert leider auch nicht für den Begriff der ethnischen Herkunft.<sup>574</sup> So findet sich weder in § 1 AGG, noch in der Antirassismus-Richtlinie und Art. 13 EG-Vertrag eine Legaldefinition.

### aa. Begriffsbestimmung anhand völkerrechtlicher Abkommen

Im Schrifttum wird zur Ermittlung des Begriffes daher auf die Begriffsverwendung in völkerrechtlichen Abkommen zurückgegriffen.<sup>575</sup> Namentlich zu nennen wären hier die „Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination“ (CERD) vom 7. März 1966<sup>576</sup>, „Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ vom 10. Dezember 1948<sup>577</sup> und der „Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte“ vom 19. Dezember 1966<sup>578</sup>. Die Heranziehung dieser Abkommen erscheint nicht nur nützlich, sondern auch konsequent, da aus diesen Übereinkommen die Grundsätze des Gemeinschaftsrechtes entwickelt wurden.<sup>579</sup> Letztere Grundsätze führten gerade zur Einführung des AGG in Deutschland. Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Veröffentlichung des Entwurfes des AGG ferner ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das AGG in Zusammenhang mit den oben genannten Abkommen steht.<sup>580</sup>

In Art. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und in Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte werden Begriffe wie „Rasse“, „Hautfarbe“, „Sprache“ und „nationaler Herkunft“ verwendet; das CERD nennt „Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationalen Ursprung und Volkstum“.<sup>581</sup> Der Begriff der ethnischen Herkunft stellt den Oberbegriff zum Merkmal „Rasse“ dar.<sup>582</sup> Man versteht unter ihm die Abstammung eines Menschen als dessen Herkunft im weitesten Sinne.<sup>583</sup> Die Begriffe Hautfarbe und Sprache verdeutlichen, dass als Unterscheidungskriterien für die Abstammung äußerlich erkennbare Merkmale herangezogen werden können.<sup>584</sup> Aufgrund des Wortes „Volkstum“ kann eine unterschiedliche Herkunft von Menschen auch anhand der Geschichte einer Volksgruppe, deren kultureller Tradition oder deren Gebräuche und Sitten festgemacht werden.<sup>585</sup> Unter diesen Gesichtspunkten wurden von der englischen Rechtsprechung Sikhs und Juden, nicht aber Rastafaris, als eigenständige

<sup>574</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 25 zu § 1.

<sup>575</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 26 zu § 1; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18.

<sup>576</sup> Abrufbar unter [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>577</sup> Abrufbar unter [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>578</sup> Abrufbar unter [www.auswaertiges-amt.de](http://www.auswaertiges-amt.de).

<sup>579</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 135 zu Einleitung.

<sup>580</sup> Vgl. BR-Drucks. 329/06, S. 18.

<sup>581</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 27 zu § 1.

<sup>582</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18 und 19 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 27 zu § 1.

<sup>583</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 19 zu § 1.

<sup>584</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 19 zu § 1.

<sup>585</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 28 zu § 1.

Gruppen anerkannt.<sup>586</sup> In Deutschland dürften hierunter Gruppen wie Sorben, das fahrende Volk oder Sinti und Roma fallen.<sup>587</sup> Umstritten ist hingegen, ob die Zuordnung als „Ossi“ oder „Wessi“ eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft darstellt.<sup>588</sup> Die Arbeitsgerichte tendieren jedenfalls dazu, dass die Bezeichnung als „Ossi“ keine Diskriminierung im Sinne des § 1 AGG darstellt, da unter der ethnischen Herkunft mehr als die bloße regionale Herkunft zu verstehen sei.<sup>589</sup>

Wichtig für die Unterscheidung der in § 1 AGG genannten Diskriminierungsgründe ist dabei das Verständnis darüber, dass äußerlich wahrnehmbare Umstände wie die Hautfarbe oder etwa die Religion zwar Rückschlüsse auf eine unterschiedliche Herkunft und somit auf eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft zulassen können. Zwingend ist diese Annahme bei Vorliegen nur eines einzelnen Merkmales jedoch nicht.<sup>590</sup> So fällt die Diskriminierung allein aufgrund des äußerlichen Merkmals der Hautfarbe meist nicht unter den Begriff der ethnischen Herkunft, sondern richtigerweise unter den Begriff der Rasse.<sup>591</sup> Denn die Hautfarbe muss nicht zwangsläufig eine unterschiedliche Herkunft begründen. Deutlich wird dies, wenn man bedenkt, dass nicht alle Menschen derselben Hautfarbe ein und dieselbe kulturelle Abstammung verbindet.<sup>592</sup> Auch die Diskriminierung allein aufgrund eines religiösen Bekenntnisses fällt allein noch nicht unter den Begriff der ethnischen Herkunft, sondern vielmehr unter den Diskriminierungsgrund der Religion.<sup>593</sup> Diese Merkmale können also nur dann als Indizien und Unterscheidungskriterium herangezogen werden, wenn sie objektive Zusammengehörigkeitsmerkmale einer ganz bestimmten Gruppe sind.<sup>594</sup>

#### *bb. Staatsangehörig nicht umfasst*

Der Begriff der „nationalen Herkunft“ in den Abkommen lässt zunächst die Schlussfolgerung zu, dass auch die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal herangezogen werden kann.<sup>595</sup> Allerdings ist die ethnische Herkunft gerade nicht mit dem Merkmal der Nationalität gleichzusetzen.<sup>596</sup> So heißt es in Art. 3 Abs. 2 der Antirassismus-Richtlinie ausdrücklich:

<sup>586</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 28 zu § 1.

<sup>587</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 1.

<sup>588</sup> Bejahend: Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 23 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 43 zu § 1; ablehnend: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 43 zu § 1; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 73, RN 181.

<sup>589</sup> ArbG Stuttgart, Urteil vom 15.4.2010 – 17 Ca 8907/09; ArbG Würzburg, Urteil vom 23.1.2009 – 3 Ca 664/08.

<sup>590</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 29 zu § 1.

<sup>591</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 29 zu § 1.

<sup>592</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 73, RN 181.

<sup>593</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 29 zu § 1.

<sup>594</sup> Vgl. hierzu Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 1.

<sup>595</sup> Vgl. hierzu Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966

<sup>596</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 72, RN 178.

*„Diese Richtlinie betrifft nicht unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und berührt nicht die Vorschriften und Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenloser Personen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten oder deren Aufenthalt in diesem Hoheitsgebiet sowie eine Behandlung, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenlosen Personen gibt.“*

Nach herrschender Ansicht im Schrifttum ist daher die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder der Nationalität einer Person nicht vom Begriff der ethnischen Herkunft umfasst.<sup>597</sup> Allerdings wird in aller Regel bei einer scheinbar nur allein auf der Staatsangehörigkeit differenzierten Benachteiligung, meist auch eine unmittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft vorliegen, etwa wenn die fragliche ausländische Nationalität durch ein bestimmtes „Staatsvolk“ charakterisiert wird.<sup>598</sup> Eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft wird trotz Bezugnahme auf eine Staatsangehörigkeit also dann vorliegen, wenn die Staatsangehörigkeit vom Benachteiligenden in Zusammenhang mit einer bestimmten Ethnie gebracht wird und eine Diskriminierung somit nicht aufgrund der Nationalität, sondern vielmehr wegen den Eigenheiten, der mit der Staatsangehörigkeit verbundenen Volks- und Kulturgemeinschaften, erfolgt.<sup>599</sup>

#### *cc. Bedeutung im Sport*

Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft sind im Sport nicht nur denkbar, sondern finden täglich - auch teils unbewusst - statt. Ursächlich ist hierfür zum einen, dass sich der Sport mittlerweile bereits in nationalen Wettkämpfen multikulturell darstellt. So agieren im Mannschaftssport selbst bei deutschen Meisterschaften ausländische Athleten. Zum anderen ist nicht erforderlich, dass die Benachteiligung wegen einer ganz bestimmten ethnischen Herkunft erfolgt, sondern es ist ausreichend, dass die Benachteiligung alle Personen betrifft, die beispielsweise nicht als Deutsche zu qualifizieren sind.<sup>600</sup> Gerade letzte Konstellation findet man häufig im Mannschaftssport, wo die Einstellung oder Beschäftigung eines Sportlers oftmals von dessen Nationalität abhängig gemacht wird. In Vereinskreisen hört man oftmals, dass man einen weiteren „Ausländer“ nicht (mehr) beschäftigen wolle. In derartigen Fällen wird man immer differenzieren müssen, ob die Einstellung oder Weiterbeschäftigung aufgrund von Verbandsvorgaben<sup>601</sup> nicht möglich ist, oder aber andere Gründe ursächlich sind. Bei Verbandsvorgaben wird

<sup>597</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 31 ff. zu § 1; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 72 und 91; Schwab, DNotZ 2006, S. 653; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 44 zu § 1.

<sup>598</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 44 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 34 zu § 1.

<sup>599</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 44 zu § 1.

<sup>600</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 44 zu § 1.

<sup>601</sup> Zu denken ist hier an „Nicht-EU-Ausländerregelungen“; z.B. §§ 13, 13 a der Spielordnung der 2. Basketballbundesliga (Stand 5.7.2009).

in aller Regel an die Staatsangehörigkeit des jeweiligen Athleten angeknüpft. Die Staatsangehörigkeit ist allerdings nicht vom Begriff der ethnischen Herkunft erfasst, weshalb in aller Regel dann keine Diskriminierung nach der ethnischen Herkunft vorliegen wird, wenn der Grund für die Benachteiligung allein in den verbandsrechtlichen Vorgaben gründet. Es ist also festzustellen, dass „Ausländerklauseln“, welche wegen Art. 39 EG-Vertrag mit dem Europarecht meist nur schwerlich in Einklang zu bringen sind, hingegen im AGG grundsätzlich keine Probleme bereiten.<sup>602</sup> Das AGG lässt somit im Gegensatz zu Art. 39 EG-Vertrag die Diskriminierung von Ausländern grundsätzlich zu. Anders verhält es sich, wenn weitere oder andere Gründe für die Benachteiligung maßgeblich waren. Beispielsweise, wenn vereinspolitisch nicht erwünscht ist, dass ein „Farbiger“ in der Mannschaft spielt, oder der Trainer ein grundsätzliches Problem mit „Türken“ hat. Auch bei bestehenden Arbeitsverträgen können derartige Diskriminierungen eintreten, wenn etwa ein Trainerwechsel stattfindet und dieser bewusst Spieler einer bestimmten ethnischen Herkunft benachteiligt. Fallkonstellationen im Sport sind dies bezüglich also vielfach denkbar. Dies wird auch von den jeweiligen Dachverbänden erkannt, weshalb zahlreiche Anti-Rassismus-Kampagnen in Stadien durchgeführt werden.<sup>603</sup> Verbände wie der DFB haben eigens hierfür Arbeitsgruppen „Für Toleranz – gegen Rassismus“ gegründet.<sup>604</sup>

### c. Geschlecht

Ein weiterer Diskriminierungsgrund ist nach § 1 AGG das Geschlecht.

#### aa. Begriff und Reichweite

Der Begriff ist dabei im außerjuristischen, sprachgebräuchlichen Wortsinn zu verstehen und bezeichnet die Erscheinungsformen menschlicher Organismen.<sup>605</sup> Umfasst werden in erster Linie sowohl das weibliche, als auch das männliche Geschlecht.<sup>606</sup> Geschützt sind aber auch intersexuelle, zwischengeschlechtliche Formen des Geschlechts.<sup>607</sup> In diesen Zusammenhang spricht man auch von Intersexualität, Hermaphroditismus oder Sexualdifferenzierungsstörung, welche immer dann vorliegt, wenn ein Mensch genetisch (aufgrund seiner Geschlechtschromosomen), anatomisch (aufgrund seiner Geschlechtsorgane) oder hormonell (aufgrund des Mengenverhältnisses der Geschlechtshormone) nicht eindeutig dem weiblichen oder dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Menschen, welche eine derartige Zwischenform aufweisen, werden als Hermaphroditen, Intersexuelle oder Zwitter bezeichnet. Hiervon streng zu unterscheiden sind

<sup>602</sup> Z.B. Fall Bosman: EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505.

<sup>603</sup> Sport1, Anti-Rassismus-Kampagne bei WM, 1.7.2010.

<sup>604</sup> Siehe hierzu [www.buendnis-toleranz.de](http://www.buendnis-toleranz.de).

<sup>605</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 73, RN 182.

<sup>606</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 45 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 45 zu § 1; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 73, RN 182.

<sup>607</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 45 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 45 zu § 1; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 73, RN 182.

Transsexuelle, welche genetisch eindeutig einem Geschlecht zugeordnet werden können. Dennoch fällt nach Ansicht des EuGH die Benachteiligung von Transsexuellen nicht unter die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität.<sup>608</sup> Vielmehr wird auch hier an das Merkmal des Geschlechts angeknüpft, wenn dessen Veränderung und somit die Transsexualität Anlass für eine Benachteiligung ist.<sup>609</sup>

Seit Inkrafttreten des GenDG am 1. Februar 2010 sind im Zusammenhang mit genetischen Untersuchungen und der Verwertung der Ergebnisse bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ferner die in § 4 Abs. 1 GenDG und § 21 GenDG verankerten Benachteiligungsverbote zu berücksichtigen. Das GenDG schließt die Anwendbarkeit des AGG dabei nicht aus, sondern lässt die Geltung von Benachteiligungsverboten oder Geboten der Gleichbehandlung nach anderen Vorschriften und Grundsätzen nach § 4 Abs. 2 Satz 1 GenDG unberührt.

### *bb. Anwendungsfälle im Sport*

#### *[1]. Unterscheidung zwischen Männer- und Frauenwettkampf*

Wie bereits im Rahmen der Einleitung dieser Ausführungen kurz aufgezeigt wurde, stellt die Existenz dieses Diskriminierungsgrundes verfestigte Grundsätze der Sportwelt in Frage. Berücksichtigt man, dass der Leistungssport in einigen Sportarten ein eigener Wirtschaftsbereich geworden ist, so erscheint fraglich, ob der Ausschluss der Frauen aus den finanziell stärker aufgestellten Männerligen unter dem Gesichtspunkt der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts zulässig ist. Der Anwendungsbereich für eine Überprüfung dieser Frage ist durch das AGG zumindest eröffnet. So lässt sich kaum leugnen, dass Frau Prinz damals aufgrund ihres Geschlechts (finanziell) benachteiligt wurde, als sie ein lukratives Angebot des italienischen (Männer-)Fußballvereins AC Perugia ausschlagen musste, weil ihr der Weltverband Fifa die Teilnahme in der Männerliga untersagte.<sup>610</sup>

#### *[2]. Intersexuelle Athleten*

Von Bedeutung ist das AGG im Sport aber auch im Zusammenhang mit intersexuellen Athleten. Gerade Athleten, die nicht einem bestimmten Geschlecht zugeordnet werden können und hieraus Leistungsvorteile ziehen, sorgen für reichlich Diskussionsstoff und bringen die jeweiligen Verbände arg in Bedrängnis. Hier ergeben sich Schwierigkeiten, in welcher Disziplin – Männer- oder Frauen – man einen derartigen Athleten starten lassen soll. Benachteiligungen drohen hier je nach Entscheidung entweder dem zwischengeschlechtlichen Athleten, dem auferlegt wird, in der stärkeren Disziplin zu starten, oder den Konkurrenten, die sich gegen einen gegebenenfalls genetisch bevorteilten Athleten durchsetzen müssen. Derartige Diskussionen dürften jedermann spätestens seit Ca-

<sup>608</sup> EuGH, Urteil vom 7.1.2004 – Rs. C-117/01 = NJW 2004, S. 1440; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 73, RN 182; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 45 zu § 1.

<sup>609</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 48 zu § 1.

<sup>610</sup> Birgit Prinz - Weltfußballerin der Jahre 2003, 2005 und 2006 – soll im Jahr 2003 ein siebenstelliges Angebot des AC Perugia für die Männerliga vorgelegen haben.

ster Semenya bekannt sein. Semenya ist eine Leichtathletin aus Südafrika, welche bei der Leichtathletik-Weltmeisterschaft 2009 in Berlin deutlich schneller als alle anderen Frauen lief. So deutlich, dass sich die ganze Welt fragte, ob die Südafrikanerin nicht zu schnell für eine Frau sei. Nach der Weltmeisterschaft ordnete der Leichtathletik-Weltverband wegen immer größer werdender Zweifel zwei Tests zur Überprüfung des Geschlechts an. Die hiermit verbundenen Anschuldigungen und die Vorgehensweise des Verbandes lösten große Empörung aus und endeten in der Androhung Südafrikas, die UNO-Menschenrechtskommission einzuschalten.<sup>611</sup> Bislang wurden die Ergebnisse nicht veröffentlicht. Allerdings scheint festzustehen, dass die Sprinterin nicht zu 100 Prozent eine Frau ist.<sup>612</sup> Die Auswertung der Untersuchungen zog sich beinahe ein Jahr in die Länge, da es schwierig war, Rückschlüsse aus den Ergebnissen zu ziehen. Ursächlich ist hierfür, dass nicht immer eindeutig geklärt werden kann, welche geschlechtsspezifischen Merkmale überwiegen. Vor allem deswegen, weil eine Zuordnung zu einem Geschlecht nicht gemacht werden kann, spricht man von Intersexualität. Der Versuch der Verbände, einen intersexuellen Sportler in eine bestimmte Kategorie zu stecken, wird daher von den Vereinigungen der Hermaphroditen als schikanös und vor allem als willkürlich angesehen.<sup>613</sup>

Interessant, weil weniger bekannt, ist der Umstand, dass derartige Probleme mit intersexuellen Athleten nicht erst seit Caster Semenya existieren.<sup>614</sup> So waren auch andere intersexuelle Athleten weit vor Caster Semenya überaus erfolgreich. So hatte bereits die polnische Sprinterin, Weltrekordlerin und Olympiasiegerin Ewa Klobukowska, die bei den Olympischen Spielen 1964 in Tokio beim 4 x 100 Meter Staffellauf einen Weltrekord hinlegte und ihrer Mannschaft die Goldmedaille sicherte, einen entscheidenden Vorsprung vor ihren Kontrahentinnen: Sie trug zusätzlich zu ihren beiden X-Chromosomen noch ein Y-Chromosom. Nach Bekanntwerden dieses Umstandes strich der Leichtathletik-Weltverband Klobukowska 1967 aus den Rekordlisten. Ihre Titel durfte sie jedoch behalten. Noch kurioser klingt die Geschichte von Stanisława Walasiewicz, einer Polin, welche auch unter dem Namen Stella Walsh Olson bekannt wurde. Bei den Olympischen Spielen 1932 in Los Angeles holte sie für Polen eine Goldmedaille im Sprint über 100 Meter. Bei den Olympischen Spielen 1936 in Berlin reichte es für Silber. Bei den Europameisterschaften 1938 gewann sie über die Distanz von 100 und 200 Meter und holte zwei Silbermedaillen in der 4 x 100 Meter Staffel, sowie im Weitsprung. Noch im Jahre 1951, im Alter von 40 Jahren, gewann sie ihren letzten Titel in den US-Leichtathletik-Meisterschaften. Insgesamt stellte sie 11 Weltrekorde auf. Nur durch Zufall stellte man am 4. Dezember 1980 fest, dass Walasiewicz intersexuell war. An jenem Tag wurde Walsh als Passantin bei einem bewaffneten Raubüberfall in Cleveland erschossen. Bei

---

<sup>611</sup> Spiegel-Online, Gentest Semenya - Südafrika will UNO einschalten, 21.8.2009.

<sup>612</sup> So äußerte sich zumindest der IAAF-Generalsekretär Pierre Weiss in: Dieterich, Stille Läuferin wird zum Politikum, Financial Times Deutschland, 25.8.2009.

<sup>613</sup> Diskriminierung intersexueller Sportlerinnen weltweit, Pressemitteilung für intersexuelle Menschen e.V. vom 6.8.2008, abrufbar unter [blog.zwischengeschlecht.info](http://blog.zwischengeschlecht.info).

<sup>614</sup> Smith, Caster Semenya sex row, guardian.co.uk, 20.8.2009.

ihrer Obduktion stellte man neben weiblichen auch männliche Geschlechtsorgane fest. Ironie des Schicksals ist, dass Walasiewicz selbst in den 1930er Jahren ihre schärfste Rivalin Helen Stephens verdächtigt hatte, insgeheim ein Mann zu sein. Auch aktuell bestritten viele intersexuelle Athleten Wettkämpfe, ohne dass dies im gleichen Ausmaß wie der Fall von Caster Semenya für öffentliche Aufregung in den Medien sorgt. So wurde beispielsweise die brasilianische Judoka Edinanci Silva als Hermaphrodit geboren. Ihre männlichen Geschlechtsorgane ließ sie sich allerdings im Jahre 1996 entnehmen und bestritt seither überaus erfolgreich drei Olympische Spiele und zahlreiche internationale Wettkämpfe bei den Frauen. Aktuell ist auch der Fall der indischen 800 Meter Läuferin Santhi Soundarajan, welcher derzeit beim indischen Verband für viel Aufregung sorgt und Parallelen zu Caster Semenya aufweist.<sup>615</sup> Der Fall Santhi Soundarajan ist gerade ein Musterbeispiel dafür, wie Funktionäre und Verbände mit einem derartigen Thema gerade nicht umgehen sollten. So ist Santhi nach einem Gentest bei den Asien-Spielen 2006 nach einem erniedrigenden und öffentlichen Verfahren nachträglich die Silbermedaille aberkannt worden. Das Verfahren erschien allen Beteiligten willkürlich<sup>616</sup> und wurde von Rufmordkampagnen der Medien begleitet.<sup>617</sup> Santhi Soundarajan wurde von den Verantwortlichen öffentlich an den Pranger gestellt, obwohl auch dort nicht eindeutig geklärt werden konnte, welche Geschlechtsmerkmale überwiegen und ob daher überhaupt ein Verstoß vorliegt. Bei vorherigen Wettkämpfen hatte sie sogar die Geschlechtstests bestanden und wurde als Frau zu den Wettkämpfen zugelassen.<sup>618</sup> Derartig im Stich gelassen unternahm sie einen Selbstmordversuch. Erst als auch der Fall von Caster Semenya bekannt wurde, setzte eine Sensibilisierung hinsichtlich intersexuellen Athleten ein. So erhielt sie trotz der Aberkennung der Silbermedaille vom Staat Tamil Nadu einen Geldpreis und eine Anstellung als Trainerin. Auch beobachtet der indische Athletikverband AFI das Verfahren um Caster Semenya und erwägt je nach Ausgang eine Beschwerde gegen den Olympic Council of Asia, Santhi Soundarajan zu rehabilitieren und ihr die Medaille zurückzugeben.<sup>619</sup>

Selbst der deutsche Tennissport kann mit Sarah Gronert ein bekanntes, aber auch tragisches Beispiel liefern. So zählte Sarah Gronert zu den verheißungsvollsten Jugendtalenten im Tennissport und arbeitete sich innerhalb eines Jahres von Platz 300 auf Platz 31 der deutschen Rangliste vor. Insider trauten ihr sogar eine Platzierung in der Top 100 der Weltrangliste zu. Nachdem bekannt wurde, dass Sarah Gronert ein Hermaphrodit ist, nahmen trotz eines Gutachtens, das sie eindeutig als Frau auswies, und der Rücken-

<sup>615</sup> Spiegel-Online, Neue Geschlechtstests bei Olympia, 4.8.2008; The Times of India, Semenya and Santhi: A study in contrast, 16.9.2009.

<sup>616</sup> Während für die Auswertung der Testergebnisse im Falle Semenya mehr als ein halbes Jahr angesetzt wurde, so wurden die Untersuchungsergebnisse von Santhi Soundarajan innerhalb von 48 Stunden bewertet.

<sup>617</sup> The Times of India, Semenya and Santhi: A study in contrast, 16.9.2009; The Times of India, The sad story of Santhi Soundarajan, 9.1.2007.

<sup>618</sup> The Times of India, Semenya and Santhi: A study in contrast, 16.9.2009.

<sup>619</sup> BBC News, Santhi medal should be returned, 14.9.2009.

deckung sämtlicher Tennisverbände, die Sticheleien durch Konkurrentinnen derart zu, dass sie ihre Karriere zunächst beenden musste.<sup>620</sup>

Eine Anwendung des AGG auf derartige Sachverhalte ist daher nur eine Frage der Zeit. Auch macht der Fall Sarah Gronert deutlich, dass intersexuelle Sportler Schutz und Unterstützung benötigen, um ihren Beruf, den Leistungssport, weiterhin ausüben zu können. Diesen Sportlern mit dem AGG ein Instrument gegen Diskriminierungen in die Hand zu geben, erscheint nicht nur zweckmäßig, sondern ist gerade im Sinne des Gesetzes. Die Anzahl der möglichen Anwendungsfälle darf dabei nicht unterschätzt werden. Allein bei den Olympischen Spielen in Atlanta 1996 wurde bei acht Athleten eine Intersexualität festgestellt.<sup>621</sup> Allein in Deutschland geht man davon aus, dass 80.000 bis 100.000 Menschen Hermaphroditen sind.<sup>622</sup>

### [3]. *Transsexuelle Athleten*

Zuletzt darf aber auch der Anwendungsbereich für Transsexuelle im Sport nicht außer Acht gelassen werden. Benachteiligungen drohen einem Sportler etwa nach einer Geschlechtsumwandlung, wenn im Anschluss hieran der Zugang zu einer bestimmten Sportart oder Disziplin untersagt wird. Als Beispiel dient hierfür der Fall von Renée Richards, einer Tennisspielerin, welche 1977 ihr Debüt in den US Open bei den Frauen gab; 17 Jahre nachdem sie ihr letztes Spiel bei den Männern hatte. Geboren wurde Richards als Richard Raskind. Im Jahre 1975 ließ sie an sich eine Geschlechtsumwandlung durchführen. Nachdem ihr 1976 die United States Tennis Association die Teilnahme an den US Open der Frauen untersagte, klagte sie das Teilnahmerecht vor dem New York Supreme Court erfolgreich ein und spielte erfolgreich bei den Frauen von 1977 bis 1981. Gleich in ihrem ersten Spiel als Frau schaffte sie es bis ins Finale.

## d. Religion oder Weltanschauung

Einen weiteren Diskriminierungsgrund stellt nach § 1 AGG die Benachteiligung aufgrund der Religion oder Weltanschauung dar.

### aa. *Begriff*

Eine Legaldefinition sieht das AGG für die Begriffe Religion und Weltanschauung nicht vor. Die Beschreibung einer subsumtionsfähigen Definition wäre bei diesen Begriffen aber ohnehin kaum zu gewährleisten und wenig zielführend.<sup>623</sup> Hierfür sind die Religion und die Weltanschauung begrifflich zu schwer zu fassen. Würde man allein auf die subjektiven Überzeugungen der sich auf die Religionsfreiheit berufenden Menschen ab-

<sup>620</sup> Welt Online, Warum Sarah Gronert ihre Karriere unterbricht, 27.7.2008.

<sup>621</sup> Spiegel-Online; Neue Geschlechtstests bei Olympia, 4.8.2008; Pressemitteilung für intersexuelle Menschen e.V. vom 6.8.2008, abrufbar unter [blog.zwischengeschlecht.info](http://blog.zwischengeschlecht.info).

<sup>622</sup> Eckhardt, Wie ein Mann, Süddeutsche Zeitung, Nr. 269, 21./22.11.2009; Le Ker, Wettkampf der Geschlechter, Spiegel-Online, 20.8.2009.

<sup>623</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 75, RN 184.



stellen, so würde der Anwendungsbereich übermäßig weit gespannt.<sup>624</sup> Eine Beschränkung auf objektiv feststellbare, bisherige Religionen und Theorien, würde hingegen den Anwendungsbereich zu sehr einengen.<sup>625</sup> Da es sich beim AGG um eine nationale Vorschrift handelt, kann man allerdings bei der Begriffsbestimmung auf Art. 4 GG und die hiermit in Zusammenhang stehenden Entscheidungen des BVerfG zurückgreifen.<sup>626</sup> Natürlich müssen hierbei auch europäische Maßstäbe beachtet und bei der Auslegung herangezogen werden.<sup>627</sup> Um einen weitreichenden Diskriminierungsschutz gewährleisten zu können, sind die Begriffe nach Ansicht des Schrifttums aber eher weit auszulegen.<sup>628</sup>

Vom Begriff der Religion sind somit zumindest alle großen Weltreligionen wie das Christentum, die jüdische Religionen, der Buddhismus, der Hinduismus und der Shintoismus erfasst.<sup>629</sup> Miteingeschlossen sind auch die jeweiligen Untergliederungen wie die in Katholiken und Protestanten.<sup>630</sup> Allen Glaubensgemeinschaften muss hierbei gemein sein, dass sie einen transzendenten Bezug aufweisen; sie müssen die Welt und die menschliche Existenz mit Gründen erklären, die mit wissenschaftlichen Methoden nicht erschließbar und nachvollziehbar sind, also etwas Überirdisches mit sich bringen.<sup>631</sup> Damit der Diskriminierte den Schutz der Religionsfreiheit erlangt, muss er jedenfalls im Grundsatz an die Aussagen der Glaubensgemeinschaft glauben und deren Verhaltensregeln für sich als bindend ansehen.<sup>632</sup> Gerade zur Religion gehört das Recht, die eigene Lebensführung an den Prinzipien der Glaubensgemeinschaft auszurichten.<sup>633</sup>

In engen Zusammenhang mit der Religion ist auch die Weltanschauung zu verstehen.<sup>634</sup> Wesentliches Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Religion ist hierbei das Fehlen der Transzendenz.<sup>635</sup> Die Weltanschauung beschränkt sich dabei auf innerweltliche Bezüge, ohne dabei auf Gott, das Jenseits oder andere transzendente Bezüge zu verweisen.<sup>636</sup> Aber auch sie muss grundlegende Fragen der menschlichen Existenz beantworten können, weshalb allgemeine Überzeugungen und Tendenzen hierunter nicht fallen.<sup>637</sup> Unter den Begriff der Weltanschauung fallen daher nicht spezielle Hobbies, geistige Techniken, politische Einstellungen und Überzeugungen.<sup>638</sup>

<sup>624</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 51 zu § 1.

<sup>625</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 51 zu § 1.

<sup>626</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 1; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 48 zu § 1.

<sup>627</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 1.

<sup>628</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 51 zu § 1.

<sup>629</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 52 zu § 1.

<sup>630</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 52 zu § 1.

<sup>631</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 54 zu § 1.

<sup>632</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 54 zu § 1.

<sup>633</sup> BVerfG, Urteil vom 19.10.1971 – 1 BvR 307/65; BVerfGE 32, S. 98, 106.

<sup>634</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 24.

<sup>635</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 58 zu § 1.

<sup>636</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 30 zu § 1.

<sup>637</sup> Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 24.

<sup>638</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 30 zu § 1; Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 24; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 69 zu § 1.

Dementsprechend hat das BAG in einer Entscheidung<sup>639</sup> zusammenfassend festgestellt:

*„Unter Religion oder Weltanschauung versteht die Rechtsprechung eine nur mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens. Die Religion legt eine den Menschen überschreitende und umgreifende („transzendente“) Wirklichkeit zugrunde, während sich die Weltanschauung auf innerweltliche („immanente“) Bezüge beschränkt.“*

Grenzen für den durch das AGG gewährleisteten Schutz von Religion und Weltanschauung stellt die freiheitlich-demokratische Grundordnung dar.<sup>640</sup> Nicht geschützt sind daher nationalsozialistische und rechtsradikale Weltanschauungen.<sup>641</sup>

Grundsätzlich ist festzustellen, dass ein Arbeitgeber an die ausgeübte religiöse Betätigung keine negativen Folgen knüpfen darf, solange durch die Ausübung der Religion keinerlei Beeinträchtigungen der arbeitsvertraglichen Leistung drohen.<sup>642</sup> Allerdings können sich Konflikte im Arbeitsleben ergeben, wenn die Religion oder die Weltanschauung mit arbeitsvertraglichen Pflichten kollidieren. In der Praxis treten hierbei meist Probleme im Zusammenhang mit religiös bedingten Bekleidungsregeln<sup>643</sup>, Speiseplänen<sup>644</sup> oder Gebetspausen<sup>645</sup> auf. Hinsichtlich letzterer muss man vorwegnehmen, dass die Untersagung von Gebetspausen während der Arbeitszeit zulässig ist.<sup>646</sup> Durch die Untersagung – vorausgesetzt diese gilt für alle Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Religion gleichermaßen – wird niemand aufgrund seiner Religion benachteiligt, sondern nur wie alle anderen Arbeitnehmer gleich behandelt. Auch wäre die Festlegung einheitlicher Arbeitszeiten für alle Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Religion ein legitimes Ziel i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG.<sup>647</sup> Daher haben Beschäftigte weder Anspruch auf Bereitstellung bestimmter Speisen in einer Betriebskantine, noch auf die Bereitstellung von Räumlichkeiten für Gebetspausen.<sup>648</sup> Unter Umständen wird aber – trotz der zulässigen Untersagung von Gebetspausen nach dem AGG - der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der betrieblichen Belange wegen seiner Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nach § 616 BGB berechtigt sein, kurze Gebetspausen einzulegen, wenn hierdurch keine betrieblichen Störungen zu erwarten sind.<sup>649</sup> Benachteiligungen drohen also in diesem Bereich vor allem dann,

<sup>639</sup> BAG, Urteil vom 22.03.1995 – 5 AZB 21/94 = NZA 1995, S. 823, 827.

<sup>640</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 31 zu § 1; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 60 zu § 1.

<sup>641</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 31 zu § 1.

<sup>642</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 57 zu § 1.

<sup>643</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 56 zu § 1.

<sup>644</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 56 zu § 1.

<sup>645</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 54 zu § 1.

<sup>646</sup> So zumindest Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 54 zu § 1.

<sup>647</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 55 zu § 1.

<sup>648</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 54 zu § 1.

<sup>649</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 1.

wenn bestimmte Gruppen oder Arbeitnehmer allein wegen ihrer religiösen Überzeugung privilegiert oder benachteiligt werden.<sup>650</sup>

### *bb. Bedeutung im Sport*

Als Arbeitgeber im Sport wird man somit kaum Probleme bekommen, wenn man innerhalb des Vereins keine Gebetsstätten errichtet und ein Gebetsverbot ausspricht. Allerdings wird man einen Frank Ribéry arbeitsrechtlich auch nicht belangen können, wenn dieser kurz vor Anpfiff auf dem Spielfeld noch ein Gebet hält.

Unzulässig wäre es hingegen, wenn man bestimmte Athleten aufgrund ihrer religiösen Zuordnung gegenüber anderen Athleten benachteiligt oder bevorteilt. So ist beispielsweise das in der Praxis häufiger zu beobachtende „Ausfallenlassen“ von Trainingseinheiten an nationalen Feiertagen nicht unbedenklich. Existiert dieser Feiertag aufgrund eines religiösen Hintergrundes, oder dient dieser Feiertag zur Ausübung der Religion – etwa Umzügen an Fronleichnam – so steht diese Freistellung zumindest mittelbar mit religiösen Gründen im Zusammenhang. Katholischen Spielern wäre es somit möglich an Fronleichnam an einem Umzug teilzunehmen und somit ihre Religion auszuüben. Versagt man im Gegenzug allerdings einem ausländischen Spieler an einem nationalen, religiös veranlassten Feiertag im Ausland seiner Religionsausübung nachzugehen, so würde hierin eine Benachteiligung aufgrund der Religion vorliegen, da einheimische Sportler hierdurch in ihrer Religionsausübung bevorteilt würden. Allerdings muss man in derartigen Fällen immer darauf abstellen, warum das Training nicht durchgeführt wird. Ist die Durchführung des Trainings aus tatsächlichen oder rechtlichen<sup>651</sup> Gründen an diesem Feiertag nicht möglich ist, und fällt die Trainingseinheit nur aus diesen Gründen aus, so ist die Benachteiligung nicht religiös veranlasst. Ebenso verhält es sich, wenn der Trainer den Feiertag zur Regeneration nutzen möchte. Eine unzulässige Benachteiligung droht also in diesen Fällen nur, wenn Trainer oder Vereinsführung aus religiöser Überzeugung handeln und den benachteiligten Sportlern im Gegenzug kein Ausgleich gewährt wird. Arbeitgeber im Sport sind daher immer gut beraten, die Regeneration – auch als legitimes Ziel – als Grund zu benennen.

Problematisch kann auch die Ernährung eines Sportlers sein. Etwa hinsichtlich der Fragestellung, ob ein Verein von seinem Sportler eine Ernährungsumstellung bzw. die Einhaltung eines Ernährungsplans verlangen kann, wenn dies gegen die religiöse Ausrichtung des jeweiligen Sportlers verstoßen würde. Nach oben Gesagten ist festzustellen, dass eine Benachteiligung bereits ausscheiden muss, wenn die Einhaltung eines bestimmten Ernährungsplanes von allen Athleten, unabhängig von dessen religiöser Zugehörigkeit, verlangt wird. Auch hat der jeweilige Sportler keinen Anspruch auf die Um-

<sup>650</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 56 zu § 1.

<sup>651</sup> Zu denken wäre hier beispielsweise an § 9 Abs. 1 ArbZG, welcher grundsätzlich eine Beschäftigung eines Arbeitnehmers an Feiertagen untersagt; inwiefern § 10 Abs. 1 Nr. 7 ArbZG angewendet werden kann entscheidet sich nach dem jeweiligen Einzelfall bzw. Trainingsplan – vgl. Baeck/Deutsch, ArbZG, 2004, RN 52 zu § 10.

stellung bzw. Anpassung eines Ernährungsplanes, wenn dieser vom Arbeitgeber rein leistungsorientiert und somit „religionsneutral“ erstellt wurde.

Die Verhängung von Sanktionen im Zusammenhang mit rechtsradikalen Äußerungen/Verhaltensweisen innerhalb oder außerhalb des Sportgeschehens ist unproblematisch, da derartige Äußerungen/Verhaltensweisen gegen die freiheitliche- und demokratische Grundordnung verstoßen und vom AGG nicht geschützt werden.

### e. Behinderung

Einen weiteren unzulässigen Diskriminierungsgrund stellt nach § 1 AGG die Behinderung dar.

#### aa. Begriff

Eine Antwort auf die Frage, wie der Begriff „Behinderung“ im Sinne des AGG zu verstehen ist, gibt das Gesetz nicht. Der EuGH versteht den Begriff zumindest dahingehend, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.<sup>652</sup> In der Rechtsprechung<sup>653</sup> und im Schrifttum<sup>654</sup> besteht daher Einigkeit, dass § 81 Abs. 2 SGB IX<sup>655</sup> den Schutz behinderter Menschen nicht auf die Gruppe schwerbehinderter Menschen beschränkt. Daher ist für den Anwendungsbereich des AGG der Grad der Behinderung unerheblich<sup>656</sup>, weshalb alle Behinderten erfasst werden, auch wenn deren Behinderung nur geringfügig ist.<sup>657</sup>

Anknüpfungspunkte für die Begriffsbestimmung liefert mit § 2 Abs. 1 SGB IX und § 3 BGG auch der deutsche Gesetzgeber. So ist im deutschen Recht der Begriff der „Behinderung“ seit wenigen Jahren in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und § 3 BGB wie folgt definiert:

*„Menschen sind 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.“*

Diese Definition hat der deutsche Gesetzgeber von der Weltgesundheitsorganisation übernommen, weshalb davon auszugehen ist, dass auch die Rahmenrichtlinie, auf welcher das AGG mitunter gründet, ebenfalls von einem derartigen Begriffsverständnis aus-

<sup>652</sup> EuGH, Urteil vom 11.7.2006 – C-13/05 = NZA 2006, S. 839, 840.

<sup>653</sup> BAG, Urteil vom 3.4.2007 – 9 AZR 823/06 = NZA 2007, S. 1098.

<sup>654</sup> Mit zahlreichen Nachweisen Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 72 zu § 1; ferner Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 80, RN 203; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 1.

<sup>655</sup> Dort heißt es: „Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen.“

<sup>656</sup> BAG, Urteil vom 3.4.2007 – 9 AZR 823/06 = NZA 2007, S. 1098; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 66 zu § 1.

<sup>657</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 66 zu § 1.

geht.<sup>658</sup> Ferner hat der deutsche Gesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfes des AGG noch einmal betont, dass der Begriff der Behinderung den gesetzlichen Definitionen in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und in § 3 BGG entspricht.<sup>659</sup>

Hervorzuheben ist, dass die Begriffe Krankheit und Behinderung - trotz der grundsätzlich großzügigen Auslegung des Behindertenbegriffes innerhalb des AGG - nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden dürfen.<sup>660</sup> So hat der EuGH beispielsweise entschieden, dass kein von der Richtlinie 2000/78/EG und dem AGG erfasster Sachverhalt vorliegt, wenn ein Bewerber wegen Krankheit nicht eingestellt oder nicht befördert oder ein Arbeitnehmer wegen Krankheit gekündigt wird.<sup>661</sup> Eine Behinderung zeichnet sich nämlich gerade dadurch aus, dass die Teilhabe am Berufsleben über einen längeren Zeitraum eingeschränkt ist.<sup>662</sup> Dies unterscheidet sie von einer Krankheit, für die nur eine vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung charakteristisch ist.<sup>663</sup> Krankheit und Behinderung dürfen also grundsätzlich „nicht ohne Weiteres“ gleichgesetzt werden.<sup>664</sup> Dies schließt jedoch nicht aus, dass eine langwierige und zukünftig zu lang anhaltenden Einschränkungen führende Krankheit nicht auch die Voraussetzungen einer Behinderung erfüllt.<sup>665</sup> Allerdings muss die Krankheit dann in Hinblick auf § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und § 3 BGG zumindest eine prognostizierbare Mindestdauer von sechs Monaten überschreiten.<sup>666</sup>

Blinde, taube und stumme Menschen, aber auch Beinamputierte, sind somit zweifelsfrei unter den Begriff der Behinderung zu subsumieren, da bei ihnen eine medizinisch messbare Funktionsbeeinträchtigung von gewisser Dauer vorliegt.<sup>667</sup> Aber auch graduale Beeinträchtigungen wie solche des Stütz- und Bewegungsapparates, Verschleißerscheinungen der Wirbelsäule, Atemwegserkrankungen sowie körperliche Entstellungen können unter den Begriff der Behinderung fallen.<sup>668</sup>

Für den Sport könnte die neuerdings aufgeworfene Frage von Bedeutung sein, inwiefern ungünstige genetischen Anlagen und Merkmale eines Menschen unter den Begriff der Behinderung unterstellt werden können.<sup>669</sup> Zwar fallen Benachteiligungen, die allein

<sup>658</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 74 und 75 zu § 1.

<sup>659</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 31.

<sup>660</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 75a zu § 1.

<sup>661</sup> EuGH, Urteil vom 11.7.2006 – C-13/05 = NZA 2006, S. 839.

<sup>662</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 41a zu § 1; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 62 zu § 1.

<sup>663</sup> EuGH, Urteil vom 11.7.2006 – C-13/05 = NZA 2006, S. 839; Domröse, NZA 2006, S. 1320, 1321; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 41a zu § 1.

<sup>664</sup> So der Wortlaut in BAG, Urteil vom 3.4.2007 – 9 AZR 823/06 = NZA 2007, S. 1098, 1099; ähnlich EuGH, Urteil vom 11.7.2006 – C-13/05 = NZA 2006, S. 839, 840.

<sup>665</sup> So auch Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 75a zu § 1; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 84, RN 207.

<sup>666</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 65 zu § 1.

<sup>667</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 83, RN 206.

<sup>668</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 83, RN 206.

<sup>669</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 75a zu § 1; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 85, RN 210.

auf genetischen Besonderheiten eines Menschen beruhen, bereits dann unter den Schutz des AGG, wenn diese im Zusammenhang mit dem Geschlecht stehen. Beispielsweise, wenn die genetische Veranlagung eine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht nicht zulässt; die Benachteiligung von Hermaphroditen aufgrund ihrer genetischen Besonderheit fällt somit unter den Diskriminierungsschutz aufgrund des Geschlechtes.<sup>670</sup> Fraglich könnte aber sein, ob nicht auch über den Begriff der „Behinderung“ Fälle erfasst werden könnten, bei welchen die genetische Anomalie nicht in Zusammenhang mit dem Geschlecht steht, jedoch Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit hat. Derzeit geht man allerdings davon aus, dass ungünstige genetische Anlagen nicht vom Begriff der Behinderung umfasst werden.<sup>671</sup> Teilweise wird dies damit begründet, dass eine ungünstige genetische Veranlagung den aktuellen Gesundheitszustand und die Teilhabe am beruflichen Leben nicht beeinträchtigt.<sup>672</sup> Diese Begründung scheint jedoch außer Acht zu lassen, dass es für den Begriff der Behinderung nicht zwingend ist, dass der aktuelle Gesundheitszustand die Mobilität auf dem Arbeitsmarkt oder die Eignung für die Tätigkeit einschränkt.<sup>673</sup> Eine unmittelbare Beeinträchtigung der Teilhabe am beruflichen Leben ist also gerade nicht erforderlich. Dies macht auch die Definition in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und § 3 BGG deutlich, die nur eine Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft verlangt. Daher ist die Teilhabe am Leben auch bereits dann eingeschränkt, wenn sich diese allein im gesellschaftlichen Bereich auswirkt.<sup>674</sup> Es wäre somit unerheblich, ob aufgrund der genetischen Anomalie die berufliche Tätigkeit ausgeübt werden kann oder nicht. Auch kann nicht pauschal angenommen werden, dass sich eine genetische Anomalie aktuell nicht auf den Gesundheitszustand auswirke. Gerade im Bereich des Sports wird diese irrige Annahme umso deutlicher. Hier kann eine genetische Anomalie unter Umständen sogar zu einer Leistungssteigerung führen, die im Grunde genommen den Athleten sogar besonders geeignet für seine berufliche Tätigkeit als Berufssportler macht. Gerade diese (günstige) Anomalie kann aber dazu führen, dass ihm die Teilnahme an Wettkämpfen verboten wird. Richtiger Ansatz ist daher, die genetische Bevorteilung nicht unter den Begriff der Behinderung zu fassen, da hierin gerade nicht zwingend eine Funktionsbeeinträchtigung, sondern unter Umständen sogar eine Funktionssteigerung vorliegen kann. Da nicht mit jeder genetischen Anomalie ein Nach- oder Vorteil einhergehen muss, erscheint es allein aufgrund dieses Umstandes geboten, die genetische Diskriminierung und die Diskriminierung aufgrund der Behinderung begrifflich zu trennen.<sup>675</sup> Dementsprechend differenziert die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in ihren Nichtdiskriminierungsbestimmungen des Art. 21 Abs. 1 ausdrücklich zwischen Benachteiligungen wegen „genetischer Merkmale“ und „einer

<sup>670</sup> Siehe hierzu ausführlich III. 1. c.

<sup>671</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 85, RN 210 und 211; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 75a zu § 1.

<sup>672</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 75a zu § 1.

<sup>673</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 63 zu § 1.

<sup>674</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 63 zu § 1.

<sup>675</sup> So wohl auch Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 85, RN 210.

Behinderung“.<sup>676</sup> Darüberhinaus ist in Portugal am 26. Januar 2005 sogar eigens ein Gesetz gegen Diskriminierungen wegen genetischen Merkmalen im Arbeitsverhältnis in Kraft getreten.<sup>677</sup> In Deutschland existiert seit dem 1. Februar 2010 mit § 21 GenDG ein arbeitsrechtliches Benachteiligungsverbot, wonach die Benachteiligung aufgrund der genetischen Eigenschaft eines Menschen unzulässig ist.

### *bb. Bedeutung im Sport*

Die Benachteiligung von Athleten aufgrund ihrer genetischen Anomalie, fällt somit nicht unter den Schutzbereich, den das AGG durch den Diskriminierungsgrund der Behinderung aufspannt. Dass ein Schutz vor genetischer Diskriminierung derzeit nach dem AGG nur gewährleistet wird, wenn diese Diskriminierung auch im Zusammenhang mit dem Geschlechts steht, erscheint zunächst lückenhaft und unbillig. Allerdings darf an dieser Stelle nicht außer Acht gelassen werden, dass das AGG gerade nur vor Benachteiligungen wegen in § 1 AGG genannten Gründen schützen will. Entgegen seinem populistischen Titel, ist das AGG kein allgemeines Gleichbehandlungsgesetz.<sup>678</sup> Ferner schließt diese Lücke nunmehr das am 1. Februar 2010 in Kraft getretene GenDG, welches für derartige Sachverhalte mit § 4 Abs. 1 GenDG und § 21 GenDG spezielle Benachteiligungsverbote enthält.

Die großzügige Auslegung des Behindertenbegriffes kann allerdings unter Umständen dazu führen, dass vom Begriff der Behinderung auch langwierige Krankheiten erfasst werden. Für den Bereich des Sports bedeutet dies, dass somit rein theoretisch auch langwierige Sportverletzungen erfasst werden könnten. Eine Klagewelle von verletzten Athleten ist allerdings nicht zu befürchten. Zwar ist zu erwarten, dass ein Vertrag mit einem schwer verletzten Profisportler nicht mehr verlängert wird und sich ein neuer Arbeitgeber nur schwer finden lässt. Allerdings erfolgt bei der Entscheidung der Verlängerung bzw. der Neueinstellung in aller Regel keine Anknüpfung an die Behinderung, sondern an die Leistungsfähigkeit des Athleten. Die uneingeschränkte Leistungsfähigkeit des Körpers ist für den sportlichen Erfolg essentiell. Da die Leistungsfähigkeit keinen in § 1 AGG genannten Diskriminierungsgrund darstellt, ist eine Anknüpfung an dieses Merkmal diskriminierungsrechtlich nicht zu beanstanden. Anders ist die Situation lediglich zu beurteilen, wenn aufgrund der schweren Verletzung bzw. der Behinderung pauschale Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit erfolgen.

Problematisch könnte der Diskriminierungsgrund der „Behinderung“ im Leistungssport allerdings dort sein, wo es sich zweifelsfrei um einen behinderten Athleten handelt, dieser seine Leistung trotz der Behinderung voll erbringen kann und dennoch gegenüber anderen – gesunden – Athleten benachteiligt wird. Eine derartige Benachteiligung ist beispielsweise im Fall Pistorius, einem Südafrikanischen Sprinter und Weltrekordhalter, zu sehen, dem aufgrund eines Gendefektes seit Geburt an die Wadenbeine fehlten

<sup>676</sup> Vgl. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C364/1 vom 18.12.2000.

<sup>677</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 85, RN 211.

<sup>678</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 41 a zu § 1.

und daher im Alter von 11 Monaten die Beine amputiert wurden. Pistorius startete zunächst überaus erfolgreich bei den Paralympischen Spielen und bezeichnete sich selbst nie als behindert, sondern immer nur als Sportler ohne Beine. Nachdem er Zeiten aufweisen konnte, die mit gesunden Sprintern durchaus mithalten konnten, fasste er den Entschluss, an den olympischen Spielen in Peking 2008 teilzunehmen. Diesen Wunsch verwehrte der Weltleichtathletikverband IAAF ihm zunächst und verwies ihn auf die Paralympischen Spiele. Anstatt für Pistorius Integrationsmöglichkeiten zu suchen, vertrat der Weltverband die Ansicht, dass die Beinprothesen ihm einen unfairen Vorteil verschaffen würden. Gerade in einem derartigen Unterlassen der Sportverbände, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, um dem behinderten Sportler eine Teilhabe an Wettkämpfen zu ermöglichen, sieht das Schrifttum ein diskriminierendes Verhalten.<sup>679</sup> Erst nach einer Entscheidung des CAS und einem aufwendigen Gutachten, das bestätigte, dass Pistorius keinen Vorteil aus der Verwendung der Prothesen habe, wurde ihm die Teilnahme an den Wettkämpfen von gesunden Athleten gestattet.<sup>680</sup> Ein derartiger Fall ist mit David Behre, einem ebenfalls sehr erfolgreichen unterschenkelamputierten Sprinter, auch in Deutschland denkbar.<sup>681</sup>

Eine Benachteiligung eines behinderten Athleten liegt ferner vor, wenn an die körperliche Konstitution oder die Gesundheit der Athleten angeknüpft wird, obwohl dies für die Ausübung des Sports nicht notwendig ist. Als Behindertendiskriminierung wurde aus diesem Grund beispielsweise eine Regelung der amerikanischen professionellen PGA-Tour eingestuft, welche den Einsatz von Golfwagen bei Golfturnieren untersagte.<sup>682</sup> Diese Regelung machte es dem gehbehinderten Profigolfer Casey Martin unmöglich, an einem PGA-Turnier teilzunehmen, obwohl er grundsätzlich in der Lage war, auf höchstem Niveau zum Golf zu spielen.

Eignungstest werden hingegen im Leistungssport keine Probleme bereiten. So liegt im normalen Arbeitsleben eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nicht vor, wenn ein Arbeitgeber vor Abschluss eines Arbeitsvertrages oder vor Arbeitsaufnahme eine Einstellungsuntersuchung vornehmen lässt.<sup>683</sup> Zweck einer solchen Untersuchung ist die Feststellung, ob der Arbeitnehmer gesundheitlich für die in Aussicht genommene Tätigkeit geeignet ist.<sup>684</sup> Dies gilt umso mehr für den Leistungssport, wo die Leistungsfähigkeit des Körpers des jeweiligen Athleten für die Einstellung entscheidend ist. So kommt es bei der Einstellung eines Leistungssportlers mehr als bei allen anderen Berufsfeldern darauf an, dass der Sportler gesundheitlich in der Lage ist, den jeweiligen Sport auszuüben.

<sup>679</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2002, S. 233.

<sup>680</sup> CAS 2008/A/1480.

<sup>681</sup> Hahn, Ein potentieller Pistorius, Süddeutsche Zeitung, Nr. 17, 22./23.1.2011.

<sup>682</sup> Bröhmer, SpuRt 2002, S. 141.

<sup>683</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 44 zu § 1; Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 35 zu § 7.

<sup>684</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 44 zu § 1.



## f. Alter

Einen weiteren unzulässigen Diskriminierungsgrund nennt § 1 AGG mit dem Begriff des Alters. Das hieraus resultierende Verbot der Altersdiskriminierung wird im Schrifttum als weitreichendste Auswirkung auf bzw. als größte Herausforderung für das deutsche Arbeitsrecht angesehen.<sup>685</sup>

### aa. Begriff

Interessant ist zunächst, dass der Begriff im allgemeinen Sprachgebrauch doppeldeutig verstanden werden kann, da er zum einen das konkrete Lebensalter, zugleich aber auch das hohe, fortgeschrittene Alter bezeichnen kann.<sup>686</sup> Entgegen dieser sprachgebräuchlichen Bedeutung umfasst der Schutzbereich des AGG aber nicht nur Menschen fortgeschrittenen Alters, sondern gerade auch junge Menschen, die wegen ihres „Alters“ benachteiligt werden.<sup>687</sup> Diesbezüglich besteht Einigkeit im Schrifttum.<sup>688</sup> Zurückzuführen ist dies einerseits darauf, dass die Richtlinie 2000/78/EG mit Art. 6 Abs. 1 Satz 2 lit. b) und lit. c) eine Unterscheidung vornimmt, die ohne einen derartigen Umfang des Schutzbereiches keinen Sinn ergäbe.<sup>689</sup> Auch spricht Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie von mittelbarer Diskriminierung wegen eines „bestimmten“ Alters, was ebenfalls für einen unbegrenzten Schutzbereich spricht.<sup>690</sup> Zuletzt auch deswegen, da andere Länder durchaus über Begriffe verfügen, nach denen eine Unterscheidung der verschiedenen Alterszeiträume grundsätzlich möglich wäre, jedoch von dieser Differenzierungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht haben, sondern ebenfalls neutrale und doppeldeutige Begriffe verwendet haben, um die Richtlinie umzusetzen.<sup>691</sup> Vom Begriff umfasst ist daher unstreitig jedes Alter, sei es das niedrigere oder das höhere Alter.<sup>692</sup> Wenngleich zu erwarten ist, dass in einer leistungsorientierten Gesellschaft eine Benachteiligung schwerpunktmäßig im hohen Lebensalter stattfinden wird.<sup>693</sup> Diese Einschätzung teilt auch der deutsche Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung.<sup>694</sup> Eine Diskriminierung wegen jungen Alters ist hingegen seltener der Fall.<sup>695</sup>

### bb. Bedeutung im Sport

Auch im Sport ist eine Diskriminierung eher bei älteren Athleten zu erwarten.

<sup>685</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 86 zu § 1; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 45 zu § 1; Preis, NZA 2006, S. 401, 410; Thüsing, NJW 2003, S. 3441, 3444.

<sup>686</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 69 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 83 zu § 1.

<sup>687</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 46 zu § 1.

<sup>688</sup> Mit ausführlicher Aufzählung Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 84 zu § 1.

<sup>689</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 69 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 84 zu § 1.

<sup>690</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 69 zu § 1.

<sup>691</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 84 zu § 1.

<sup>692</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 84 zu § 1.

<sup>693</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 45 zu § 1, Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 69 zu § 1.

<sup>694</sup> BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

<sup>695</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 86, RN 213.

Zwar sind in der Sportpraxis auch jüngere Athleten gegen Altersdiskriminierungen nicht gefeit. Auffällig ist hier beispielsweise die Tendenz, jüngere Athleten gegenüber ihren älteren Kollegen schlechter zu vergüten. Dies, obwohl sie oft dieselbe Statistik wie ihre älteren Kollegen aufweisen können und somit isoliert betrachtet dieselbe sportliche Leistung erbringen. Auch könnte man denken, dass diese weitaus weniger „verschlissen“ sind und daher gerade leistungsfähiger als ihre älteren Kollegen sind. In den Gehältern spiegelt sich dies allerdings nicht immer wieder. Vor allem in Randsportarten erhalten junge Talente nur eine geringe Vergütung. Resultiert in derartigen Fällen die schlechtere Bezahlung gegenüber Mannschaftskollegen aus der pauschalen Einschätzung, dass ein „jüngerer“ Athlet eben nicht mehr wert sei, so ist hierin eine Benachteiligung aufgrund des Alters zu sehen. Allerdings darf bei dieser Beurteilung nicht außer Acht gelassen werden, dass im Sport auch andere Gründe für die Bemessung des Gehaltes eine Rolle spielen können. So können beispielsweise die Erfahrung und der Marktwert eines Athleten dessen Gehalt maßgeblich beeinflussen. Gerade diese Faktoren dürften bei jüngeren Athleten allerdings in aller Regel wenig ausgeprägt sein.

Da im Sport aber vor allem die Leistung und somit in erster Linie auch die körperliche Fitness des jeweiligen Athleten zählt, werden überwiegend ältere Athleten von Altersdiskriminierungen betroffen sein. So ist in der Praxis oft zu beobachten, dass Verträge mit älteren Athleten, auch wenn diese noch lange nicht vor ihrem Karriereende stehen, nur zaghafte oder nur mit sehr kurzer Laufzeit abgeschlossen werden. Hierin kann im Einzelfall eine Benachteiligung liegen, wenn keine Anhaltspunkte gegeben sind, welche an der Leistungsfähigkeit des jeweiligen Athleten zweifeln lassen. Ferner ist immer wieder zu beobachten, dass Mannschaften in einem bestimmten Zyklus verjüngt werden sollen und in diesem Zusammenhang bevorzugt nur junge Athleten in den Kader aufgenommen werden.<sup>696</sup> Offenkundiger wird dieses Phänomen bei der Zusammenstellung von Nationalmannschaften. Hier wird die gewollte Verjüngung der Mannschaft meist sogar öffentlich propagiert.<sup>697</sup> Hinsichtlich älterer Athleten hat man hier oftmals das Gefühl, sie würden regelrecht aussortiert.<sup>698</sup> Eine nicht unproblematische Feststellung, wenn man bedenkt, dass Nationalspieler unter Umständen normale Arbeitgeber des Verbandes sein können.<sup>699</sup> Derartig radikale Verjüngungsversuche fanden beispielsweise auch innerhalb des Deutschen Leichtathletik-Verbandes (DLV) für die Olympischen Spiele in Peking 2008 statt. Erst nach harscher Kritik von älteren Athleten wie Lars Riedel und Franka Dietzsch, welche sich vom Verband ausgegrenzt und benachteiligt fühlten, wurde der Verjüngungskurs durch den DLV relativiert.

Unter diesen Gesichtspunkten kann man daher Vereinen und Verbänden, welche Profisportler beschäftigen, nur raten, derartige Verjüngungskonzepte nicht öffentlich zu propagieren. Die Benachteiligung aufgrund des Alters ist unzulässig, weshalb die Nicht-

<sup>696</sup> So z.B. beim Perspektivkader 2008 des DLV für die Olympischen Spiele in Peking 2008.

<sup>697</sup> Merkur-Online, Löw zieht die Verjüngung vor, 29.9.2006; Weser Kurier, Weise setzt Verjüngungskurs im Hockey-Team fort, 15.3.2010.

<sup>698</sup> Hahn, Ausmusterung der Alten, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2009.

<sup>699</sup> Hierzu ausführlich II. 2. b. bb. [2].

einstellung, oder die Nichtberücksichtigung bei der Aufstellung zu Wettkämpfen nicht mit dem Alter begründet werden kann. Durch öffentliche Bekenntnisse der Vereine und Verbände zur gezielten Verjüngung würde denselbigen der Gegenbeweis bei einer Erhebung des Vorwurfs der Altersdiskriminierung kaum gelingen. Hier sollten sich die Vereine nicht allzu sehr darauf verlassen, dass Jugendarbeit und Jugendförderung als anerkannte rechtmäßige Ziele unter Umständen Benachteiligungen rechtfertigen können (hierzu später mehr). Dies hat zuletzt die Bosman Entscheidung des EuGH überaus deutlich gezeigt.<sup>700</sup> Dort erkannte der EuGH die Jugendförderung zwar als legitimes Ziel im Sport an, erklärte das Verhalten der Vereine und Verbände allerdings dennoch für unzulässig, da die Mittel zur Erreichung dieses Ziels unverhältnismäßig waren.

Streng genommen ist jede Jugendförderung zugleich eine Altersdiskriminierung. Sie kann nur unter Umständen gerechtfertigt sein kann. Fördermaßnahmen fördern nicht nur die jüngeren Athleten, sondern benachteiligen zugleich auch deren älteren Kollegen, welche die Bevorteilung nicht erfahren. Einfache Beispiele sind etwa, wenn junge Athleten eine Förderung in finanzieller (z.B. Zuschüsse für Ausrüstung, Ausbildungslehrgänge etc.) oder in materieller (z.B. Trainingsbekleidung, Jugendwohnung etc.) Hinsicht erhalten, während älteren Kollegen diese Leistungen ohne Ausgleich nicht erhalten.

Bemerkenswert und neuerdings immer häufiger auftretend, sind zudem Regelwerke der Verbände, die sich umfangreich der Jugendförderung verschreiben. So wurde beispielsweise im österreichischen Eishockey eine Regelung zur Förderung jüngerer Profispieler eingeführt, wonach von den maximal 22 pro Mannschaft auf einem Spielbericht genannten einsatzberechtigten Spielern zumindest sieben Spieler das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben dürfen.<sup>701</sup> Durch eine solche Regelung werden Spieler, die das 24. Lebensjahr bereits überschritten haben, unmittelbar gegenüber denjenigen Spielern, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, benachteiligt, weil den U24-Spielern somit 22 Mannschaftplätze in der gesamten Liga zur Verfügung stehen, während sich die älteren Kollegen um 15 Startplätze in einer Mannschaft streiten müssen. Inwiefern diese Schlechterstellung durch das Ziel der Jugendförderung gerechtfertigt wird, gilt es später zu überprüfen. Ferner gibt es im deutschen Basketball eine Regelung, die eine ähnliche Wirkung hat. So wurde ein U24-Ausbildungsfonds ins Leben gerufen, wonach die Mannschaften am Ende der Saison aus einem Fördertopf Zahlungen je nach Einsatzzeit junger U24-Spieler erhalten sollen.<sup>702</sup> Auch diese Regelung wirkt sich nachteilig für ältere Spieler aus, da ihnen hierdurch Einsatzzeit verloren geht, die sich wiederum in ihrem Marktwert widerspiegelt. Ferner sinkt der Marktwert älterer Spieler allein durch die Existenz einer solchen Regelung, da hierdurch ein Anreiz geschaffen wird, in Spekulation auf spätere Zahlungen eher junge U24-Spieler einzustellen und ältere Spieler unberücksichtigt zu lassen.

<sup>700</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505.

<sup>701</sup> Resch, SpuRt 2007, S. 98.

<sup>702</sup> Mehr Informationen zum U24-Ausbildungsfonds unter [www.beko-bbl.de](http://www.beko-bbl.de).

Die Bedeutung des Diskriminierungsgrundes „Alters“ hat somit auch im Sport nicht zu unterschätzende Bedeutung.

### g. Sexuelle Identität

Als letzten unzulässigen Diskriminierungsgrund nennt § 1 AGG schließlich die sexuelle Identität.

#### aa. Begriff

Auffallend ist, dass der deutsche Gesetzgeber, anders als in Art. 13 Abs. 1 EG und Art. 1 der Rahmenrichtlinie, nicht von „sexueller Ausrichtung“, sondern von der „sexuellen Identität“ spricht. Aus den Gesetzesentwürfen der Bundesregierung ergibt sich jedoch, dass der damalige deutsche Gesetzgeber inhaltlich keinen Unterschied zwischen dem EG-rechtlichen und dem deutschen Ausdruck macht.<sup>703</sup> Vielmehr wurde der Begriff lediglich aus § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG übernommen, einer Vorschrift, mit welcher bereits die Richtlinie 2000/78/EG teilweise im Jahre 2001 umgesetzt wurde.<sup>704</sup> Aus dem Gesetzesentwurf ergibt sich ferner, dass aus Sicht des Gesetzgebers vom Begriff der „sexuellen Identität“ homosexuelle Männer und Frauen, ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen umfasst werden.<sup>705</sup> Dieses großzügige Verständnis des deutschen Gesetzgebers ist im Hinblick auf die Personengruppe der Transsexuellen und zwischengeschlechtlichen Menschen allerdings nicht unproblematisch. Wie bereits beim Diskriminierungsgrund „Geschlecht“ erörtert wurde, hat der EuGH in seinen Entscheidungen bisher hervorgehoben, dass er die Benachteiligung aufgrund der Transsexualität unter den Diskriminierungsgrund des „Geschlechts“, und nicht unter den der „sexuelle Identität“ subsumiert.<sup>706</sup> Das Merkmal „sexuelle Identität“ und das Merkmal „Geschlecht“ schließen sich nach Ansicht des Schrifttums daher wechselseitig aus.<sup>707</sup> Ob diese pauschale Einteilung richtig ist, und der EuGH hiermit zutreffend entschieden hat, ist nicht unumstritten.<sup>708</sup> Richtig erscheint es, die jeweils geschützten Bereiche der Merkmale exakt abzugrenzen und im Einzelfall herauszuarbeiten, welchen Bereich die konkrete Benachteiligung betrifft.<sup>709</sup> In den Kommentierungen findet sich häufig die Beschreibung, dass durch den Begriff der sexuellen Identität vor allem die sexuelle Neigung geschützt wird.<sup>710</sup> Bei genauerer Betrachtung stellt man fest, dass es hierbei in erster Linie nicht um die sexuellen Vorlieben, sondern um die Ausrichtung und Beziehung zu ande-

<sup>703</sup> BT-Drucks. 14/5741 S. 45 und BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

<sup>704</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 88 zu § 1.

<sup>705</sup> BT-Drucks. 15/4538, S. 28.

<sup>706</sup> EuGH, Urteil vom 7.1.2004 – Rs. C-117/01 = NJW 2004, S. 1440; EuGH, Urteil vom 30.4.1996 – Rs. C-13/94 = NZA 1996, S. 695; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 90 zu § 1; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 87, RN 215.

<sup>707</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 89 zu § 1; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 87, RN 215 ff.

<sup>708</sup> Deutliche Stellungnahme in Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 87, RN 215.

<sup>709</sup> So wohl auch Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 72 zu § 1.

<sup>710</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 49 zu § 1; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 73 zu § 1.

ren Personen im sexuellen Bereich geht.<sup>711</sup> Im Hinblick auf die Transsexualität muss man sich somit eigentlich die Frage stellen, weshalb die Diskriminierung erfolgt.<sup>712</sup> Erfolgt diese, weil dem Diskriminierenden missfällt, dass der Transsexuelle nach außen hin als solcher auftritt und seine Sexualität entsprechend auslebt, so betrifft dies wohl die sexuelle Ausrichtung bzw. Identität. Betrifft die Benachteiligung hingegen den geschlechtlichen Status des Transsexuellen, der aus einer Geschlechtsumwandlung resultiert, so liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor. Diese Differenzierung scheint auch mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH vereinbar zu sein, da dieses sich in seinen Entscheidungen bislang nur mit Diskriminierungen beschäftigen musste, die im Zusammenhang mit dem Geschlecht standen; meist mit der Frage, inwiefern Transsexuelle schlechter als Männer und Frauen gestellt werden.<sup>713</sup> Diese soeben ausgeführten Überlegungen kann man auf die Benachteiligung von Zwittern und Hermaphroditen entsprechend anwenden. Im Bereich des Sports wird man bei dieser Gruppe allerdings in erster Linie an dem Merkmal des Geschlechts anknüpfen, da gerade hierin ein (sportlicher) Vorteil für den betroffenen Athleten gesehen wird. Insgesamt handelt es sich bei der genauen Differenzierung zwischen den Merkmalen „Geschlecht“ und „sexueller Identität“ aber ohnehin nur um einen dogmatischen Streit um die richtige Einordnung. Von entscheidender Bedeutung ist dieser Streit nicht, da die Benachteiligung immer, entweder vom Merkmal des „Geschlechts“ oder der „sexuellen Identität“, erfasst sein wird.

Entgegen der Begründung des Gesetzesentwurfes<sup>714</sup> umfasst der Schutzbereich auch die Gruppe der Heterosexuellen, auch wenn bei diesem Personenkreis kaum Benachteiligungen zu erwarten sind.<sup>715</sup> Ferner ist der Schutz der sexuellen Identität - ähnlich wie bei den Merkmalen „Religion“ oder „Weltanschauung“ - durch die Rechtsordnung begrenzt. Strafbare sexuelle Praktiken, die gegen das geltende Recht verstoßen, sind nicht umfasst. Pädophilie, Nekrophilie, Sodomie und sonstige Handlungen, die gegen die sexuelle Selbstbestimmung anderer oder gegen strafbewehrte Vorschriften verstoßen, sind aus diesem Grund nicht vom AGG geschützt.<sup>716</sup>

Zu den Zielen des AGG gehört es auch, physischen und psychischen Druck von homosexuellen Beschäftigten zu nehmen, die bislang ihre sexuelle Identität verschweigen haben. Dies macht die Gesetzesbegründung deutlich, in der es heißt, dass bereits im normalen Arbeitsleben 79 Prozent der Frauen und 69 Prozent der in einer Untersuchung befragten homosexuellen Männer angeben, dass sie im Laufe ihrer beruflichen Laufbahn

<sup>711</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 89 zu § 1.

<sup>712</sup> So auch Schleusener/Suchow/Voigt, AGG, 2008, RN 72 zu § 1.

<sup>713</sup> EuGH, Urteil vom 17.2.1998 – Rs. C-249/96 = NZA 1998, S. 301; EuGH, Urteil vom 7.1.2004 – Rs. C-117/01 = NJW 2004, S. 1440; EuGH, Urteil vom 30.4.1996 – Rs. C-13/94 = NZA 1996, S. 695.

<sup>714</sup> BT-Drucks. 15/4538 S. 28.

<sup>715</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 49 zu § 1, Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 72 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 90 zu § 1.

<sup>716</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 74 zu § 1; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 52 zu § 1; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 94 zu § 1.

es schon einmal für notwendig empfunden haben, ihre Homosexualität am Arbeitsplatz gänzlich zu verschweigen.<sup>717</sup>

*bb. Keine Verpflichtung zur Offenlegung der sexuellen Identität*

Ein Opfer einer Diskriminierung muss seine wahre sexuelle Identität nicht aufdecken, um den Schutz des AGG in Anspruch nehmen zu können.<sup>718</sup>

Zum einen betrifft die sexuelle Identität den Kernbereich der individuellen Persönlichkeit und unterfällt daher dem Schutz der Privatsphäre nach Art. 8 EMRK.<sup>719</sup> Zum anderen ist der Grundgedanke des Opferschutzes dem AGG nicht fremd, sondern wurde mit § 7 Abs. 1 Satz 1 AGG indirekt umgesetzt. So besagt § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG, dass das Benachteiligungsverbot auch dann gilt, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Grundes nur annimmt. Diese Vorschrift ermöglicht dem Opfer die Verlagerung des Benachteiligungsgrunds auf die subjektive Motivationsebene des Benachteiligenden, ohne dass aufgeklärt werden muss, ob der jeweilige Benachteiligungsgrund tatsächlich vorliegt.<sup>720</sup> Ein anderes Ergebnis wäre im Hinblick mit dem Sinn und Zweck des AGG nicht zu rechtfertigen. Das AGG möchte die Außenseiterstellung bestimmter Gruppen verhindern bzw. beseitigen. Würde man beispielsweise von einem Opfer einer Benachteiligung im Hinblick auf dessen Homosexualität verlangen, dass es seine Homosexualität nachweist, so würde dies gerade die nicht gewollte Außenseiterstellung noch weiter verstärken.<sup>721</sup>

Das AGG steht insofern auch im Einklang mit dem GenDG, dessen Zweck gem. § 1 GenDG im Schutz der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und dessen Selbstbestimmungsrechtes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) liegt. Dort regelt das arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot in § 21 Abs. 1 Satz 2 GenDG, dass Beschäftigte nicht benachteiligt werden dürfen, wenn sie sich weigern, genetische Untersuchungen oder Analysen bei sich vornehmen zu lassen oder die Ergebnisse bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen zu offenbaren.

Kein diskriminierter Athlet ist somit gezwungen, seine wahre sexuelle Identität Preis zu geben, um Hilfe durch das AGG in Anspruch nehmen zu können. Dasselbe gilt auch für die sonstigen in § 1 AGG genannten Diskriminierungsgründe, da § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG auf alle dort genannten Merkmale Bezug nimmt. Somit wäre in Deutschland eine Caster Semenya nicht gezwungen, Auskunft über ihr Geschlecht oder Testergebnisse zu geben. Dies ergibt sich auch aus dem seit 1. Februar 2010 geltenden GenDG.<sup>722</sup>

<sup>717</sup> BT-Drucks. 15/4538 S. 21.

<sup>718</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 92 zu § 1.

<sup>719</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 92 zu § 1.

<sup>720</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 7.

<sup>721</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 95, RN 233; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 96 zu § 1.

<sup>722</sup> Die genetische Untersuchung ist hingegen rechtlich nicht zu beanstanden, wenn im Vorfeld im Rahmen von verbandsrechtlichen Anforderungen einen Einwilligung im Sinne von § 8 GenDG erfolgt ist.

*cc. Bedeutung im Sport**[1]. Transsexuelle/Hermaphroditen*

Der dogmatische Streit, unter welches Merkmal die Benachteiligung von Transsexuellen oder Hermaphroditen begrifflich zu fassen ist, spielt auch im Sport keine große Rolle. Schutz vor Benachteiligungen aufgrund dieser Merkmale ist immer gewährleistet, da man die Benachteiligung entweder unter das eine oder das andere Merkmal subsumieren kann. Ferner wird die Benachteiligung bei diesem Personenkreis im Bereich des Sports ausschließlich aufgrund des Geschlechtes erfolgen, da meist nicht die sexuelle Orientierung, sondern gerade die sportlichen Vorteile, welche aus der Zuordnung zu einem bestimmten Geschlecht resultieren, Anlass für Kritik und Streitigkeiten geben werden.

*[2]. Homosexualität im Spitzensport*

Praktische Relevanz hat das Merkmal der „sexuellen Identität“ im Sport vor allem im Zusammenhang mit Bi- und Homosexualität. Das Thema Sexualität ist nicht erst seit der Schiedsrichteraffäre rund um Manfred Amerell und dem DFB eines der beherrschenden Themen in der Fußballwelt. So kündigt sich bereits seit mehreren Jahren ein Coming-Out homosexueller Profifußballspieler an.<sup>723</sup> Forschern und ehemaligen Profispielern sind mindestens drei bis vier aktive und berühmte Fußballspieler der Fußballbundesliga bekannt.<sup>724</sup> Nimmt man die Zahl der Homosexuellen in der Gesellschaft – Schätzungen zufolge rund fünf Prozent – zum Maßstab, so müsste es allein in der Bundesliga etwa 40 homosexuelle Fußballprofis geben.<sup>725</sup> Genaue Zahlen kennt man naturgemäß nicht.<sup>726</sup> Vermutlich wird der Prozentsatz bei den Profisportlern wohl niedriger als bei der Gesamtbevölkerung ausfallen, da wahrscheinlich viele Sportler wegen Drangsalierungen und öffentlichen Druck ihre Karriere vorzeitig beenden.<sup>727</sup>

Trotz den zahlreichen Versuchen der Enttabuisierung und einer offenkundigen Homosexuellen-Bewegung im Fußballsport, ist es allerdings bislang nicht zu einem Coming-Out eines aktiven Erst- oder Zweitligafußballspielers in Deutschland gekommen.<sup>728</sup> Zu groß ist die Angst der Spieler vor Drangsalierungen durch Fans und Mitspieler oder

<sup>723</sup> Lück, Homosexualität im Fußball – Warten auf das Coming-out, Spiegel-Online, 29.10.2004; Bogena, Marcus Urban: Drei homosexuelle Fußballer sind mir bekannt, Welt-Online, 11.11.2007; Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010.

<sup>724</sup> Bogena, Marcus Urban: Drei homosexuelle Fußballer sind mir bekannt, Welt-Online, 11.11.2007; Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010; Lück, John Blankenstein: Ich kenne schwule Nationalspieler, Zeit-Online, 23.11.2006.

<sup>725</sup> Lobe, Die archaische Welt des Fußballs, Zeit-Online, 17.3.2010; Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010.

<sup>726</sup> Süddeutsche Zeitung, Schwulenfeindlichkeit, Nr. 158, 13.7.2009, S. 24.

<sup>727</sup> So auch Tatjana Eggeling in Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010 und Sexualforscherin Hartmann-Tews in Todt, Hartmann-Tews: Schwulen Fußballern droht Drangsalierung, Spiegel-Online, 17.5.2005.

<sup>728</sup> Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010.

gar einem frühzeitigen Karriereende.<sup>729</sup> So beendete Marcus Urban – er galt damals als großes Fußballtalent und stand bis Anfang der 90er Jahre beim Zweitligisten Rot-Weiß Erfurt unter Vertrag – plötzlich seine Karriere, da er dem Druck nicht mehr gewachsen war; erst Jahre später gestand er ein, dass der Grund für sein vorzeitiges Karriereende seine Homosexualität gewesen sei.<sup>730</sup> Als abschreckendes Beispiel geht sicherlich auch das frühe öffentliche Bekenntnis des englischen Profis Justin Fashanu voran, welches letztlich nach Provokationen durch Fans und der Entlassung durch seinen Verein mit dessen Selbstmord im Jahre 1998 endete.<sup>731</sup> Keiner der Betroffenen möchte sich in der Männerwelt des Fußballs angreifbar machen, weshalb homosexuelle Fußballer teils Scheinbeziehungen und Scheinehen führen, aus denen sogar Kinder resultieren sollen.<sup>732</sup> Der psychische und physische Druck, der durch dieses Doppelleben entsteht, ist für die Spieler enorm.

Die Gründe, warum die Athleten nicht offen mit ihrer Sexualität umgehen können, sind vielfältig. Im Sport geht es meist um Stärke, Disziplin, Kraft, Durchsetzungsvermögen und Körpereinsatz.<sup>733</sup> Diese Eigenschaften spricht die breite Bevölkerung allerdings nur heterosexuellen Athleten zu.<sup>734</sup> Homosexuellen ordnet man dagegen Eigenschaften wie Sentimentalität, Weichlichkeit und Schwäche zu.<sup>735</sup> Letzteres hat allerdings nach Ansicht vieler Fans und Verantwortlichen im Männersport nichts zu suchen. Sprechgesänge wie „Schwule Sau“, „Schwuchtel“ und „Spiel nicht so schwul“ sind daher in Stadien keine Seltenheit. Nirgendwo sonst in der Gesellschaft – außer im Sport – wird es toleriert, wenn andere Menschen aufs Übelste beschimpft werden. Nirgendwo anders äußern sich Kollegen und Vorgesetzte diskriminierender als dort. So tätigt der ehemalige Hertha-Profi Axel Kruse Aussagen wie: „Fußball ist echter Männersport, und nichts für Tuntent“. Rudi Assauer, ehemaliger Manager des FC Schalke 04 riet homosexuellen Fußballern, sich einen neuen Job zu suchen. Hierzu führte er in den Medien aus: „Im Fußball funktioniert das nicht. Die, die sich outen, werden plattgemacht. Von ihren Mitspielern und von den Leuten im Stadion. Diese Hetzjagd sollte man sich ersparen.“<sup>736</sup> Auch Trainer wie Christoph Daum äußern sich erniedrigend über Homosexuelle.<sup>737</sup> In ihrer Gesamtheit verdeutlichen die Äußerungen, welche Binnenstruktur im Fußball vorherrscht. Homosexuelle haben also aufgrund der existierenden Homophobie in der Machowelt

<sup>729</sup> Todt, Hartmann-Tews: Schwulen Fußballern droht Drangsalierung, Spiegel-Online, 17.5.2005.

<sup>730</sup> Bogena, Marcus Urban: Drei homosexuelle Fußballer sind mir bekannt, Welt-Online, 11.11.2007.

<sup>731</sup> Heitmann, Kopfgeld für den ersten Schwulen, News.de, 15.7.2009.

<sup>732</sup> Süddeutsche Zeitung, Schwulenfeindlichkeit, Nr. 158, 13.7.2009, S. 24; Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010.

<sup>733</sup> Todt, Hartmann-Tews: Schwulen Fußballern droht Drangsalierung, Spiegel-Online, 17.5.2005.

<sup>734</sup> Todt, Hartmann-Tews: Schwulen Fußballern droht Drangsalierung, Spiegel-Online, 17.5.2005; Lobe, Die archaische Welt des Fußballs, Zeit-Online, 17.3.2010.

<sup>735</sup> Lobe, Die archaische Welt des Fußballs, Zeit-Online, 17.3.2010.

<sup>736</sup> Lobe, Die archaische Welt des Fußballs, Zeit-Online, 17.3.2010.

<sup>737</sup> Theweleit, Daum-Äußerungen verärgern Homosexuelle, Spiegel-Online, 25.5.2008.



des Fußballs schwere Folgen für sich und ihre Karriere zu befürchten.<sup>738</sup> Diskriminierungen drohen ihnen hierbei nicht nur durch homophobe Fans, sondern – dies machen die Äußerungen vieler Trainer und Spieler deutlich - auch durch ihre Mannschaftskollegen und Trainer.

In der „normalen“ Arbeitswelt soll das AGG vor derartigen Benachteiligungen schützen. Im Profisport könnte das AGG selbiges bewirken und homosexuellen Profisportlern helfen, in manchen Bereichen des Sports einen Tabubruch herbeizuführen. Dass ein solcher Tabubruch möglich ist, zeigt ein Beispiel aus einer weitaus körperbetonen Sportart als dem Fußball. So gab beispielsweise der Rugby-Star Gareth Thomas noch während seiner aktiven Karriere bekannt, dass er homosexuell ist.<sup>739</sup> Derartige Coming-Outs kann das AGG mit seinen Mechanismen unterstützen. Ferner stehen homosexuelle Athleten nicht machtlos der Homophobie gegenüber; ist es doch gerade Sinn und Zweck des AGG, derartige Benachteiligungen zu verhindern bzw. diese zu beseitigen. Angesichts dieser Umstände sind im Fußball nicht nur die immer wieder in Szene gesetzten Anti-Rassismus-Kampagnen zu fördern, sondern auch solche, die sich für mehr Toleranz und gegen Homophobie. Viele Verbände wie der DFB oder das Bündnis für Demokratie und Toleranz haben dieses Erfordernis erkannt. Allerdings wird in den dortigen Arbeitsgruppen eine mangelnde Beteiligung und Umsetzung der Vereine beklagt. Die späteren Ausführungen werden zeigen, dass Vereine zur aktiven Beteiligung mitunter wegen den §§ 12 ff. AGG verpflichtet sind, was es in deren Bewusstsein zu bringen gilt.

## 2. Diskriminierungsformen / Begriffsbestimmung, § 3 AGG

Aber nicht jedes Verhalten, das an einen Diskriminierungsgrund nach § 1 AGG anknüpft, muss zwangsläufig eine zu sanktionierende Diskriminierung im Sinne des AGG darstellen. Wie bereits der Wortlaut von § 1 AGG verdeutlicht, muss die Verhaltensweise ferner eine „Benachteiligung“ zur Folge haben.

Eine Zentralnorm stellt in diesem Zusammenhang § 3 AGG dar. Diese Vorschrift definiert die wichtigsten Formen von Benachteiligungen, welche durch das AGG verhindert oder beseitigt werden sollen.<sup>740</sup> So unterscheidet der § 3 AGG zwischen der „unmittelbaren Benachteiligung“ (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG), der „mittelbaren Benachteiligung“ (§ 3 Abs. 2 AGG), der „Belästigung“ (§ 3 Abs. 3 AGG), der „sexuellen Belästigung“ (§ 3 Abs. 4 AGG) und der „Anweisung zur Benachteiligung“ (§ 3 Abs. 5 AGG). Die Begriffsbestimmungen wurden dabei weitgehend aus den Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 76/207/EWG übernommen.<sup>741</sup>

<sup>738</sup> Süddeutsche Zeitung, Schwulenfeindlichkeit, Nr. 158, 13.7.2009, S. 24; Heitmann, Kopfgeld für den ersten Schwulen, News.de, 15.7.2009.

<sup>739</sup> Sotschek, Comingout nach irrer Karriere, Taz.de, 24.12.2009; Wißmann, Ja, ein Fußballer kann sich outen, Zeit-Online, 14.1.2010.

<sup>740</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 1 zu § 3.

<sup>741</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 93, RN 228; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 zu § 3.

## a. Benachteiligung

### aa. Unmittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 1 S. 1 AGG

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Ob eine diskriminierende Ungleichbehandlung vorliegt, hängt somit davon ab, ob die Behandlung einer Person negativ von der einer anderen in vergleichbarer Situation abweicht, und der Diskriminierte dadurch der anderen Person gegenüber nur wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes „zurückgesetzt“ wird.<sup>742</sup>

#### [1]. (Hypothetische) Vergleichbare Situation

Um eine derartige Schlechterstellung bzw. ungünstige Behandlung feststellen zu können, ist zunächst zu ermitteln, ob eine vergleichbare Situation mit anderen Personen vorliegt.<sup>743</sup> Denn allein die Tatsache, dass eine Person eine ungünstige Behandlung erfährt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass diese eine Zurücksetzung darstellt.<sup>744</sup> Der Nachweis einer Benachteiligung kann aus diesen Gründen nur durch Benennung einer Vergleichsperson geführt werden.<sup>745</sup> Dieses Erfordernis der Gegenüberstellung hat der EuGH bereits früh im Zusammenhang mit Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts verlangt.<sup>746</sup> Die Formulierung „erfahren würde“ in § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG macht deutlich, dass die Vergleichsperson dabei nicht tatsächlich existieren muss. Das AGG lässt somit – entsprechend der früheren Rechtsprechung des EuGH zur geschlechtsspezifischen Diskriminierung – einen hypothetischen Vergleich zu, wenn es aus tatsächlichen Gründen eine Vergleichsperson, die sich durch ein in § 1 AGG genanntes Merkmal von dem Benachteiligten unterscheidet, nicht gibt.<sup>747</sup> Ähnlich verhält es sich in der Konstellation, bei der das einer Benachteiligung zugrunde liegende Merkmal nur bei der benachteiligenden Person, nicht aber auch bei der Vergleichsperson, vorliegen kann. Als Beispiel kann die Diskriminierung einer Frau wegen einer Schwangerschaft angeführt werden. Für die Feststellung, ob eine Diskriminierung wegen der Schwangerschaft und somit aufgrund des Geschlechts vorliegt, muss ein Vergleich mit Männern stattfinden, welche ihrerseits nicht schwanger werden können. Dies stellt auch § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG klar, wonach im Falle einer ungünstigen Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts vorliegt.

---

<sup>742</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 2 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 3; BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

<sup>743</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 18 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 4 zu § 3.

<sup>744</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 11 zu § 3.

<sup>745</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 4 zu § 3.

<sup>746</sup> EuGH, Urteil vom 27.3.1980 - 129/79 = NJW 1981, S. 516.

<sup>747</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 6 zu § 3.

Es lässt sich somit zusammenfassend festhalten, dass der tatsächlichen Behandlung der betroffenen Person wegen § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG daher immer eine gegenwärtige („erfährt“), vergangene („erfahren hat“) oder hypothetische („erfahren würde“) Behandlung einer anderen Person in vergleichbarer Situation gegenüber gestellt werden muss.<sup>748</sup>

*[2]. Weniger günstige Behandlung*

Ein weiteres Kriterium für das Vorliegen einer Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG ist, dass die benachteiligte Person eine weniger günstige Behandlung im Verhältnis zu der Person in einer vergleichbaren Situation erfährt. Hierbei muss die Benachteiligung nicht zwangsläufig aus aktivem Tun bestehen.<sup>749</sup> Vielmehr kann sie auch – das lässt sich aus der Begründung des Gesetzesentwurfes entnehmen – in Form von Unterlassen vorliegen.<sup>750</sup> Somit ist es unerheblich, ob sich die weniger günstige Behandlung aus einer repressiven Maßnahme oder der Versagung einer Besserstellung ergibt.<sup>751</sup> Benachteiligungen können sowohl durch rechtsgeschäftliches Handeln und geschäftsähnliche Handlungen, aber auch durch Realakte und tatsächliche Handlungen erfolgen.<sup>752</sup> Ob eine „weniger günstige“ Behandlung erfolgt ist, hat auch anhand von objektiven Kriterien zu erfolgen; die subjektiven Empfindungen der betroffenen Person sind nicht entscheidend.<sup>753</sup>

*[3]. Motivation aus in § 1 AGG genannten Gründen*

Die Benachteiligung muss ferner wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgen. Natürlich können auch mehrere in § 1 AGG genannte Gründe gleichzeitig ursächlich sein.<sup>754</sup> Entscheidend ist, dass die benachteiligende Maßnahme durch Merkmale motiviert wurde, die nach § 1 AGG unzulässig sind.<sup>755</sup> Erforderlich ist also eine gewisse Kausalität zwischen der benachteiligenden Handlung und den in § 1 AGG genannten Gründen.<sup>756</sup> Hierbei muss das Vorliegen des Merkmales nicht alleiniger Grund für die Benachteiligung sein, sondern es ist ausreichend, wenn das Merkmal ein Gesichtspunkt ist, der innerhalb eines Motivbündels eine Rolle spielt und somit nur mitursächlich ist.<sup>757</sup>

<sup>748</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 11 zu § 3.

<sup>749</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 28 zu § 3.

<sup>750</sup> BR-Durcks. 329/06, S. 33 und BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

<sup>751</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 8 zu § 3.

<sup>752</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 9 zu § 3.

<sup>753</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 3.

<sup>754</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

<sup>755</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 37 zu § 3.

<sup>756</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 11 zu § 3.

<sup>757</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 37 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 11 zu § 3.

Nicht erforderlich ist eine irgendwie geartete Benachteiligungsabsicht.<sup>758</sup> Somit können nach dem AGG auch sanktionierbare Handlungen vorliegen, welche unbeabsichtigt zu einer unmittelbaren Diskriminierung geführt haben.<sup>759</sup>

#### [4]. Sport

Im Bereich des Sports sind eine Reihe von unmittelbaren Benachteiligungen denkbar.

##### [a]. Auswahlentscheidungen

So kann eine unmittelbare Benachteiligung im Leistungssport beispielsweise durch eine bestimmte Auswahlentscheidung hervorgerufen werden.<sup>760</sup> Der häufigste Fall im Arbeitsrecht ist die sogenannte Negativauslese, bei der eine positive Auswahlentscheidung bereits im Vorfeld ohne echte Auswahl getroffen wird, und der Betroffene aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmales aussortiert wird.<sup>761</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die sogenannte negative Auswahlentscheidung, bei der eine benachteiligende Maßnahme (z.B. Versetzung, Kündigung etc.) den Benachteiligten trifft, ohne dass eine echte Auswahl unter Einbeziehung anderer Mitarbeiter stattgefunden hat.<sup>762</sup>

Solche Entscheidungen sind beispielsweise im Mannschaftssport zu erwarten, wenn ein bestimmter Spieler wegen dem Bekanntwerden eines in § 1 AGG genannten Grundes durch den Trainer nicht mehr aufgestellt wird. Der diskriminierte Athlet wird bei einer derartigen Entscheidung im Grunde genommen bereits im Vorfeld aussortiert und bei der Mannschaftsaufstellung nicht mehr berücksichtigt; eine echte Auswahl erfolgt dann nicht mehr. Derartige Verhaltensweisen befürchten vor allem homosexuelle Athleten in Mannschaftssportarten, weshalb in Deutschland ein Coming-Out eines aktiven Profis bislang ausgeblieben ist. Die Angst ist zu groß, dass die Vereinsführung oder der Trainer den Athleten nach seinem Coming-Out nicht mehr berücksichtigt. Diese Befürchtungen sind aufgrund der vielen homophoben Aussagen von Trainern, Managern und Spielern in der ersten Fußballbundesliga nachvollziehbar. Sollte eine Nichtberücksichtigung tatsächlich aufgrund der Homosexualität erfolgen, und ist die Motivation durch Äußerungen in den Medien – hierzu können auch vergangene Äußerungen herangezogen werden – belegbar, so steht den Athleten das AGG als Hilfsmittel zur Verfügung. Unmittelbare Benachteiligungen im Zusammenhang mit Auswahlentscheidungen sind aber nicht nur bei homosexuellen Athleten, sondern auch bei älteren Athleten zu erwarten. Etwa, wenn nur noch jüngere Athleten in der Planung des Trainers oder des Vereins/Verbandes eine Rolle spielen, und die Leistungen eines älteren Athleten nicht mehr berücksichtigt werden. Auch derartige Szenarien sind in der heutigen Sportwelt immer häufiger anzutreffen.<sup>763</sup> So geben einige Vereine offen als Zielsetzung vor, den Kader verjüngen zu wollen

---

<sup>758</sup> Schlusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 12 zu § 3; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 38 zu § 3.

<sup>759</sup> Schlusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 12 zu § 3.

<sup>760</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 13 zu § 3; Schlusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 24 zu § 3.

<sup>761</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 14 zu § 3.

<sup>762</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 14 zu § 3.

<sup>763</sup> Hahn, Ausmusterung der Alten, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2009.

oder sich nur noch der Jugendarbeit zu widmen. Ähnliches ist häufig bei der Zusammenstellung von Nationalmannschaften zu erkennen.

Aber auch Sanktionen durch Trainer, Verantwortliche und Sponsoren können als Reakte und tatsächliche Handlungen unmittelbare Benachteiligungen nach § 3 Abs. 1 AGG darstellen. Folge eines Coming-Out können beispielsweise nicht nur die Nichtaufstellung durch den Trainer in den folgenden Spielen (s.o.), sondern auch die Kündigung von Sponsorenverträgen oder gar die Entlassung durch den Verein sein.<sup>764</sup>

### *[b]. Allgemeine Vorgaben*

Eine unmittelbare Benachteiligung kann ferner durch allgemeine Vorgaben in einem Verein erfolgen; z.B. wenn die Vereinsführung vorgibt, dass man mit älteren Spielern nur noch Jahresverträge abschließen werde.<sup>765</sup> Eine derartige Vorgabe knüpft unmittelbar an das Merkmal des Alters an und geht meist mit der Annahme einher, dass ein älterer Spieler verletzungsanfälliger ist und somit in aller Regel nicht mehr über einen längeren Zeitraum auf hohem Niveau sportliche Leistungen erbringen kann. Im Gegensatz zu ihren jüngeren Kollegen bleibt den älteren Athleten in der Folge nichts anderes übrig, als auf eigenes Risiko nur kurze Verträge abzuschließen. Hierin ist die unmittelbare Benachteiligung zu sehen. Dies, obwohl unter Umständen überhaupt keine Zweifel an der längerfristigen Leistungsfähigkeit des älteren Athleten bestehen und dieser gleiche oder gar bessere Leistungen als seine jüngeren Kollegen erbringt. Beispiele für ältere Ausnahmeathleten gibt es zahlreiche.<sup>766</sup> Eine allgemeingültige, pauschale Aussage über die Leistungsfähigkeit von Athleten aufgrund des Alters zu treffen, ist diskriminierungsrechtlich bedenklich. So lehnt die Rechtsprechung beispielsweise die Zulässigkeit einer Differenzierung aufgrund von vermuteten Unterschieden zwischen Männern und Frauen hinsichtlich der körperlichen Kraft ab.<sup>767</sup> Kern dieser Rechtsprechung ist die Aussage, dass die körperliche Leistungsfähigkeit nicht aufgrund des Geschlechts, sondern nur aufgrund der individuellen Konstitution festgestellt werden darf.<sup>768</sup> Verallgemeinert man diese Rechtsprechung, so lässt sich die Aussage treffen, dass die Leistungsfähigkeit nicht abstrakt und pauschal aus dem Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals abgeleitet werden darf.

### *[c]. Maßnahmen*

Auch Maßnahmen von Verbänden gegenüber ihren Mitgliedern können unmittelbare Benachteiligungen im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG darstellen. Hier ist vorrangig an die Verhängung von Sperren und die Versagungen von Teilnahmerechten zu den-

<sup>764</sup> So wie im Fall des englischen Fußballers Justin Fashanu, der nach seinem Coming-Out vom Verein entlassen wurde und sich 1998 das Leben nahm.

<sup>765</sup> Eine derartige Tendenz ist beim FC Bayern zu erkennen, der ältere Stars ab 34 Jahren nur noch mittels 1-Jahresverträge an sich bindet; vgl. hierzu den Fall Zé Roberto.

<sup>766</sup> Oliver Kahn, Michael Schumacher, Zée Roberto und viele mehr.

<sup>767</sup> LAG Köln, Urteil vom 8.11.2000 – 3 Sa 974/00 = NZA-RR 2001, S. 232; ArbG Oberhausen, Urteil vom 8.2.1985 – 4 Ca 1275/84 = NZA 1985, S. 252.

<sup>768</sup> Hey, AGG, 2009, RN 28 zu § 8; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 48 zu § 8.

ken, wenn deren Veranlassung aus Gründen, welche in § 1 AGG genannt sind, erfolgt. Als solche Maßnahme wäre beispielsweise die Entscheidung eines Verbandes zu werten, durch welche einem Hermaphroditen die Teilnahme am Wettkampf der Frauen, oder einem Behinderten die Teilnahme am Wettkampf der Gesunden, untersagt wird.

*[d]. Jugendförderung*

Aber auch die Jugendförderung kann eine unmittelbare Benachteiligung darstellen, wenn hierdurch ältere Athleten gegenüber ihren jüngeren Kollegen schlechter gestellt werden. So erfährt beispielsweise ein älterer Athlet eine Benachteiligung, wenn junge Athleten gezielt durch finanzielle oder sachliche Zuwendungen (Trainingsbekleidung, Essen etc.) unterstützt werden, und der ältere Athlet diese Unterstützung nicht erfährt oder erfahren hat.

Einen Anwendungsfall für unmittelbare Benachteiligungen können im Sport aber auch Regelwerke bilden, deren Sinn und Zweck in der Jugendförderung liegen. Zwar könnte man voreilig annehmen, dass es sich hierbei um einen Fall der mittelbaren Benachteiligung handelt.<sup>769</sup> Denn vielen Beteiligten wird nicht bewusst sein, dass mit der Förderung der Jugend in den allermeisten Fällen zugleich auch eine Schlechterstellung der älteren Athleten einhergeht. Eine unmittelbare Benachteiligung muss jedoch nicht bewusst erfolgen.<sup>770</sup> Für die Qualifikation als unmittelbare Benachteiligung ist vielmehr entscheidend, dass an einem Merkmal nach § 1 AGG angeknüpft wird.<sup>771</sup> Im Falle der Jugendförderung wird dabei immer an das Merkmal des „Alters“ angeknüpft.

Etwa wie beim U24-Ausbildungsfonds der BBL.<sup>772</sup> Nach dieser Regelung sollen Mannschaften am Ende der Saison aus einem Fördertopf Zahlungen je nach Einsatzzeit junger deutscher U24-Spieler erhalten. Die Vorschrift dient der Jugendförderung und soll dazu beitragen, dass in der ersten Basketballbundesliga neben den zahlreichen ausländischen Profis wieder vermehrt deutsche Nachwuchsspieler zum Einsatz kommen. Die Regelung wirkt sich allerdings auch nachteilig für die älteren Spieler aus, da diesen hierdurch Einsatzzeit verloren geht, was sich wiederum in deren Marktwert widerspiegelt. Ferner sinkt allein durch die Existenz einer solchen Regelung der Marktwert älterer Spieler, da hierdurch ein Anreiz geschaffen wird, gerade in Erwartung auf mögliche Zahlungen vermehrt junge U24-Spieler einzustellen und ältere deutsche Spieler unberücksichtigt zu lassen.

Ähnlich verhält es sich bei einer Regelung, welche im österreichischen Eishockey zur Förderung jüngerer Profispieler eingeführt wurde.<sup>773</sup> Nach dieser dürfen von den maximal 22 pro Mannschaft auf einem Spielbericht genannten einsatzberechtigten Spielern zumindest sieben Spieler das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Durch eine solche Regelung werden Spieler, die das 24. Lebensjahr bereits überschritten haben, un-

---

<sup>769</sup> Eine ausführliche Auseinandersetzung erfolgt hierzu auch unter II. 2. a. bb. [3].

<sup>770</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 3.

<sup>771</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 22 zu § 3.

<sup>772</sup> Mehr Informationen hierzu unter [www.beko-bbl.de](http://www.beko-bbl.de).

<sup>773</sup> Resch, SpuRt 2007, S. 98.

mittelbar gegenüber denjenigen Spielern, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, benachteiligt, weil den U24-Spielern somit 22 Mannschaftplätze zur Verfügung stehen, während sich die älteren Kollegen um 15 Startplätze in einer Mannschaft streiten müssen. Inwiefern diese Schlechterstellung durch das Ziel der Jugendförderung gerechtfertigt wird, später unter III. 4. d. mehr.

*[e]. Wettkampfbedingungen*

Unmittelbare Benachteiligungen drohen ferner von Wettkampfbedingungen, die unmittelbar an einem Merkmal nach § 1 AGG anknüpfen.

*[aa]. Ausschluss von intersexuellen Athleten*

So wird der Fall von Caster Semenya aller Voraussicht dazu führen, dass die IAAF Regeln für den Umgang mit hermaphroditen Athleten in ihre Statuten aufnimmt.<sup>774</sup> Es ist zu erwarten, dass mit dem neuen Regelwerk nicht nur Grundlagen und Richtlinien zum Umgang mit intersexuellen Athleten geschaffen werden, sondern unter Umständen auch der Ausschluss von diesen Athleten vom Wettkampf geregelt wird. Ein derartiges Regelwerk würde unmittelbar am Merkmal des Geschlechts anknüpfen und zwischengeschlechtliche Athleten dahingehend benachteiligen, dass sie gegenüber ihren Konkurrenten vom Wettkampf vorübergehend suspendiert oder gänzlich ausgeschlossen werden.

Aber auch ohne ausdrückliche Regelungen drohen intersexuellen Athleten unmittelbare Benachteiligungen. Ursächlich ist hierfür, dass die Wettkampfbedingungen bislang nur zwischen dem Geschlecht der Männer und Frauen unterscheiden, ohne den Umgang mit dem zwischengeschlechtlichen Athleten zu regeln.<sup>775</sup> Derart ausgestaltet sind etwa die Ausschreibung für die Deutschen Meisterschaft des Deutschen Leichtathletik-Verbandes<sup>776</sup> und die Internationalen Wettkampfbedingungen der IAAF<sup>777</sup>. Diese Ausgestaltung erfordert, dass zwischengeschlechtliche Athleten einem Geschlecht zugeordnet werden. Bislang haben die Sportverbände dabei die staatliche Zuordnung zu einem Geschlecht akzeptiert.<sup>778</sup> Der Fall Caster Semenya hat die Verbände allerdings aufgrund des Medienrummels und der plötzlichen Dominanz der bis dahin unbekanntes Athletin zu einem Umdenken bewogen. So hat sich der Leichtathletik-Weltverband IAAF im Fall von Caster Semenya beinahe ein Jahr beraten, wie mit dem Sachverhalt rund um die Athletin umgegangen werden soll.<sup>779</sup> Während dieser Zeit ließ man die Athletin darüber im Ungewissen, ob sie jemals wieder starten dürfe.<sup>780</sup> Wie im Fall von San-

<sup>774</sup> Änderungen sind ab dem 1. Mai 2011 zu erwarten; Süddeutsche Zeitung, Folgen des Semenya-Falles – IAAF ändert die Regeln, Nr. 269, 20./21. November 2010, S. 37.

<sup>775</sup> Teuffel, Digel: Es muss endlich eine Lösung her, Zeit-Online, 30.3.2010.

<sup>776</sup> Vgl. Nr. 13 Ziffer a der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen für Deutsche Meisterschaften 2010 des DLV – Stand 11.12.2009.

<sup>777</sup> Regel 141 der IAAF Competition Rules 2008.

<sup>778</sup> Teuffel, Digel: Es muss endlich eine Lösung her, Zeit-Online, 30.3.2010.

<sup>779</sup> Gernandt, Weltmeisterin Caster Semenya – Ungeklärter Status, Süddeutsche Zeitung, Nr. 72, 27./28.3.2010.

<sup>780</sup> Teuffel, Digel: Es muss endlich eine Lösung her, Zeit-Online, 30.3.2010.

thi Soundarajan drohten Caster Semenya in dieser Zeit die Aberkennung der Medaille und ein Wettkampfvorbot in Form einer Suspendierung.<sup>781</sup> Dies, obwohl intersexuellen Athleten derzeit kein konkreter Regelverstoß vorgeworfen werden kann.<sup>782</sup> Erst im Juli 2010 erteilte die IAAF Caster Semenya wieder ihre Starterlaubnis.<sup>783</sup> Aufschluss darüber, wie mit zwischengeschlechtlichen Athleten zu verfahren ist, gibt die Entscheidung der IAAF allerdings nicht.<sup>784</sup> Wie der Fall von Caster Semenya verdeutlicht, stellen vor allem der „Schwebezustand“ und die Suspendierung eine unmittelbare Benachteiligung dar. So wurde Caster Semenya bis zur Entscheidung das Teilnahmerecht am Wettkampf der Frauen versagt. Dies führte dazu, dass Caster Semenya bis zur Klärung ihres Status nicht an Wettkämpfen teilnehmen konnte. Finanzielle Einbußen und der Verlust der Wettkampfpraxis waren die Folge.

*[bb]. Geschlechtsbezogene Trennung*

Aber auch traditionelle, bislang als „neutral“ empfundene, Regelwerke können eine unmittelbare Diskriminierung darstellen. So stellt im Berufssport die absolute geschlechtsbezogene Trennung von Männern und Frauen in den Mannschaftssportarten eine unmittelbare Benachteiligung der Frauen dar. Auf den ersten Blick erscheint diese Aussage abwegig. Bei einer genauen Betrachtung wird man allerdings feststellen, dass die Trennung ihre Ursache vor allem in traditionellem Denken findet.<sup>785</sup>

Augenscheinlich wird dies am Beispiel von Birgit Prinz, der Weltfußballerin der Jahre 2003, 2004 und 2005. Sie erhielt vom Männerfußballverein FC Perugia ein Angebot in Millionenhöhe, um dort in der italienischen Männerliga zu spielen. Die FIFA teilte sodann dem italienischen Fußballverband (FIGC) umgehend mit: „Die Trennung der Geschlechter auf professionellem Fußball-Level ist in kontinentalen wie in Fifa-Wettbewerben absolut.“<sup>786</sup> Die FIFA signalisierte somit schnell, dass eine Teilnahme der Frauen am Wettkampf der Herren nicht gewünscht und mit den Regeln der FIFA nicht vereinbar sei. Zu einem Vertrag zwischen Frau Prinz und dem FC Perugia kam es aus diesen Gründen nicht, da weder der FC Perugia, noch Frau Prinz gewillt waren, einen Präzedenzfall zu schaffen.<sup>787</sup> Es kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Einnahmequellen (Werbung, Lizenznahmen etc.) in der Männerliga höher als in der Frauenliga sind, weshalb auch einige andere gute Fußballerinnen sicherlich Interesse hätten, in diese finanzstärkere Liga zu wechseln. Diese Einnahmequelle bleibt ihnen jedoch im Fußball verwehrt.

<sup>781</sup> The Times of India, Semenya and Santhi: A study in contrast, 16.9.2009; The Times of India, The sad story of Santhi Soundarajan, 9.1.2007.

<sup>782</sup> Gernandt, Weltmeisterin Caster Semenya – Ungeklärter Status, Süddeutsche Zeitung, Nr. 72, 27./28.3.2010; Spiegel-Online, Geschlechtstest bei Semenya – Südafrika will Uno einschalten, 21.8.2009.

<sup>783</sup> Hahn, Sie darf starten, Süddeutsche Zeitung, Nr. 153, 7.7.2010; Hahn, Rückkehr in Lappeenranta, Süddeutsche Zeitung, Nr. 162, 17./18.7.2010.

<sup>784</sup> Mölter, Geklärt ist nichts, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2010, S. 41.

<sup>785</sup> Ausführlich hierzu unter III. 4. b. aa. [3].

<sup>786</sup> RP-Online, Birgit Prinz wechselt nicht zu AC Perugia, 23.12.2003.

<sup>787</sup> RP-Online, Birgit Prinz wechselt nicht zu AC Perugia, 23.12.2003.



Andere Sportarten wie Eishockey sind insofern toleranter. So spielen in Schweden<sup>788</sup>, in der Schweiz<sup>789</sup> und sogar in Deutschland<sup>790</sup> Frauen bei Erst- und Zweitligisten in der Männerliga, ohne dass es dabei zu Problemen gekommen wäre. Man muss sich daher die Frage stellen, warum es in Sportarten wie dem Fußball nicht möglich sein soll, die Männerliga für Frauen zu öffnen. Man kann also nicht leugnen, dass die Regularien der FIFA bzw. des DFB im Hinblick das Regelwerk im Eishockey – dort ermöglicht Art. 51 Nr. 10 DEB-Satzung die Zulassung von Frauen – für Frauen nachteilig sind. Die Tatsache, dass die Unterteilung von Wettkämpfen in Frauen und Männer nicht bewusst darauf abzielt, Frauen schlechter als Männer zu stellen, ist unerheblich. Für das Vorliegen einer unmittelbaren Benachteiligung kommt es nicht auf eine Benachteiligungsabsicht an.<sup>791</sup>

Für die Qualifizierung als unmittelbare, und nicht als mittelbare, Benachteiligung ist es ferner unerheblich, dass die absolute geschlechtsbezogene Trennung als „neutrale“ Regelung empfunden wird. Zwar sind benachteiligende neutrale Vorschriften nach § 3 Abs. 2 AGG grundsätzlich als mittelbare Benachteiligungen zu qualifizieren. Nach herrschender Ansicht im Schrifttum ist eine Vorschrift allerdings nur dann neutral, wenn sie keine Anknüpfung an einen in § 1 AGG genannten Grund beinhaltet.<sup>792</sup> Da die geschlechtsbezogene Trennung unmittelbar am Merkmal des Geschlechts anknüpft, stellt diese Regelung trotz der subjektiven Empfindung keine neutrale Vorschrift dar. Benachteiligungen, die aus einer derartigen Regelung herrühren, sind daher als unmittelbare Benachteiligung einzustufen.

*[cc]. Staatsangehörigkeit*

Regelwerke, die an der Nationalität des Athleten anknüpfen, sind hingegen diskriminierungsrechtlich nicht zu beanstanden, da die Staatsangehörigkeit nicht vom Begriff der ethnischen Herkunft erfasst wird.<sup>793</sup>

*[f]. Verachtende Verhaltensweisen nicht umfasst*

Verachtende und unerwünschte Verhaltensweisen und Handlungen von Fans, Mitspielern und Betreuern, stellen hingegen keine unmittelbare Benachteiligung dar. Verachtende Äußerungen oder Handgreiflichkeiten sind vielmehr unter den Begriff der Belästigung zu fassen.<sup>794</sup> Ein wesentlicher Unterschied der Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG zur unmittelbaren Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt darin, dass kein Ver-

<sup>788</sup> Kim Martin startete für die männliche U18-Junioren. Die spätere Profikarriere bei den Männern scheiterte nur am Amateurstatus (NCAA).

<sup>789</sup> Dominique Slongo startete für den schweizerischen Erstligisten EHC Brandis.

<sup>790</sup> Maren Valenti startete für den deutschen Erstligisten EHC Berlin und später für den Zweitligisten Freiburg.

<sup>791</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 3.

<sup>792</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 19 zu § 3; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 62 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 22 zu § 3; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 17 zu § 3.

<sup>793</sup> Hierzu ausführlich unter III. 1. b. bb.

<sup>794</sup> Hierzu unter III. 2. b. aa. [2].

gleich zu anderen Personen oder Personengruppen erforderlich ist.<sup>795</sup> Während bei der Belästigung die Verhaltensweise des Benachteiligenden im Fokus der Diskriminierung steht, so ist dies bei der unmittelbaren Benachteiligung hingegen die „Zurückstellung“ bzw. die Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Personen. Bei Äußerungen oder Tätigkeiten gegen den Diskriminierten handelt es sich in aller Regel um Verhaltensweisen, die sich allein gegen den Betroffenen richten, ohne Ansehung oder Bezugnahme auf andere Personen.

*bb. Mittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 2 AGG*

Aber auch auf den ersten Blick neutrale Maßnahmen und Vorschriften können in Wahrheit eine Benachteiligung darstellen.<sup>796</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang von mittelbaren Benachteiligungen, welche in § 3 Abs. 2 AGG geregelt sind. Hiernach liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können.

*[1]. Begriffsbestimmung und Abgrenzung zur verdeckten Benachteiligung*

Dem Anschein nach neutral ist eine Vorschrift, wenn sie nicht an einen in § 1 AGG genannten Grund anknüpft, aber dennoch zu einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes führt.<sup>797</sup> Die mittelbare Benachteiligung ist streng von der verdeckte Benachteiligung zu unterscheiden. Letztere stellt einen Fall der unmittelbaren Benachteiligung dar.<sup>798</sup>

Diese Unterscheidung ist zum einen wichtig, weil für die mittelbare Benachteiligung bereits nach § 3 Abs. 2 AGG ein leichter Rechtfertigungsmaßstab gilt.<sup>799</sup> Hiernach liegt bereits tatbestandlich keine mittelbare Benachteiligung vor, wenn die betreffende Vorschrift, die Kriterien oder das Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind. Zum anderen liegt ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zur unmittelbaren Benachteiligung darin, dass bei der mittelbaren Benachteiligung zumindest die Möglichkeit bestehen muss, dass eine benachteiligende Maßnahme verschiedene Personengruppen erfasst, die sich im Hinblick auf die Merkmale des § 1 AGG unterscheiden.<sup>800</sup> Im Gegensatz zur unmittelbaren Benachteiligung kann daher eine mittelbare Benachteiligung nur in der Aufstellung oder Anwendung einer allgemeinen Regel, nicht hingegen in einer konkreten Einzelmaßnahme liegen.<sup>801</sup>

---

<sup>795</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 3.

<sup>796</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 40 zu § 3.

<sup>797</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 22 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 57 zu § 3.

<sup>798</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 58 zu § 3.

<sup>799</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 23 zu § 3.

<sup>800</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 59 zu § 3.

<sup>801</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 59 zu § 3.

*[2]. Feststellung einer benachteiligenden Wirkung*

Wie bereits dem Wortlaut der beiden Vorschriften zu entnehmen ist, verlangt § 3 Abs. 2 AGG ebenso wie § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG eine Bildung einer Vergleichsgruppe, anhand deren sich eine „Zurücksetzung“ der benachteiligten Person objektiv bestimmen lässt.<sup>802</sup> Die Vorschrift oder Regelung muss somit geeignet sein, Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise zu benachteiligen.<sup>803</sup> Gerade diese Feststellung bereitet in der Praxis regelmäßige Schwierigkeiten.<sup>804</sup> Aus diesem Grund muss zunächst eine Vergleichsgruppe gebildet werden, die aus den von einer Norm bzw. Maßnahme Begünstigten und Benachteiligten besteht. In einem weiteren Schritt muss geprüft werden, ob eine der beiden Gruppen durch die Vorschrift bzw. Maßnahme stärker zahlenmäßig begünstigt bzw. benachteiligt wird. Der Nachweis der zahlenmäßig stärkeren Beeinträchtigung erfolgt dabei durch die Auswertung verfügbarer statistischer Daten.<sup>805</sup> Maßgeblich ist dabei das prozentuale Verhältnis der Verteilung der durch ein Merkmal nach § 1 AGG gekennzeichneten Personen auf die gebildete Vergleichsgruppe.<sup>806</sup> Dadurch soll der Nachweis erfolgen, dass eine Gruppe prozentual wesentlich stärker belastet wird.<sup>807</sup> Von dieser Ermittlungsmethode hat der BAG bislang – ähnlich wie der EuGH – im Zusammenhang mit geschlechtsspezifischen Diskriminierungen Gebrauch gemacht.<sup>808</sup> Der Nachweis einer statistischen Ungleichbehandlung ist allerdings nicht mehr zwingend geboten.<sup>809</sup> Nach einhelliger Ansicht im Schrifttum hat das AGG die Anforderungen an den Nachweis einer mittelbaren Benachteiligung abgesenkt und einen statistischen Nachweis entbehrlich gemacht.<sup>810</sup> Für diese Ansicht sprechen einerseits die Feststellungen der Europäischen Kommission, durch welche Defizite an Statistiken bei anderen Merkmalen als dem Geschlecht ausgemacht wurden; andererseits der Wortlaut der Art. 2 Abs. 2 lit. b) i) der Richtlinie 2000/78/EG, Art 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 2 Abs. 2 2. Spiegelstrich der Richtlinie 2002/73/EG, welche vom deutschen Gesetzgeber wörtlich übernommen wurde.<sup>811</sup> Fehlen statistische Daten oder sind diese nicht aussagekräftig, so kann der Nachweis einer mittelbaren Benachteiligung neben der Darlegung der stärkeren zahlenmäßigen Beeinträchtigung auch

<sup>802</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 33; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 40 zu § 3.

<sup>803</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 24 zu § 3.

<sup>804</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 60 zu § 3.

<sup>805</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 25 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 65 zu § 3; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 43 zu § 3.

<sup>806</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 25 zu § 3.

<sup>807</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 105, RN 257.

<sup>808</sup> BAG, Urteil vom 8.6.2005 – 4 AZR 412/04 = NZA 2006, S. 611; EuGH, Urteil vom 30.11.1993 – Rs. C-189/91.

<sup>809</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 40 zu § 3.

<sup>810</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 67 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 3; mit zahlreichen Nachweisen Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 4 zu § 3; kritisch lediglich Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 257, RN 257.

<sup>811</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 4 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 66 zu § 3.

durch die Darlegung der besonderen Intensität der Beeinträchtigung erfolgen.<sup>812</sup> Bei dieser Vorgehensweise muss im Rahmen einer typisierenden Betrachtung festgestellt werden, dass die betreffende Vorschrift geeignet ist, die durch ein Merkmal nach § 1 gekennzeichneten Personen stärker zu beeinträchtigen als andere Personen.<sup>813</sup>

Die Formulierung „in besonderer Weise“ stellt klar, dass von der mittelbaren Benachteiligung Bagatellen nicht erfasst sein sollen.<sup>814</sup> Allerdings darf aus Gründen des Sinn und Zwecks der Vorschrift eine zu hohe Erheblichkeitsschwelle nicht verlangt werden.<sup>815</sup> Immerhin dient § 3 Abs. 2 AGG als Hilfsinstrument zur Durchsetzung des eigentlichen Verbots unmittelbarer Benachteiligungen und somit überwiegend dem Umgehungsschutz.<sup>816</sup> Wie sich bereits aus der Gesetzesbegründung entnehmen lässt, bedarf es - ebenso wie bei einer unmittelbaren Benachteiligung - bei einer mittelbaren Benachteiligung immer der konkreten Gefahr, dass die durch ein in § 1 AGG genanntes Merkmal gekennzeichneten Personen einen Nachteil erleiden werden.<sup>817</sup> Gefordert wird also eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines Nachteileintritts.<sup>818</sup> Eine bloße abstrakte Gefährdungslage genügt hingegen in aller Regel nicht.<sup>819</sup>

Zuletzt ist hervorzuheben, dass es auch bei der mittelbaren Benachteiligung keines Verschuldens bzw. einer Diskriminierungsabsicht bedarf.<sup>820</sup> Es ist also nicht erforderlich, dass sich der Diskriminierende Gedanken über die Tragweite und die negativen Folgen der Maßnahme oder Vorschrift gemacht hat. Somit können auch Rechte aus dem AGG abgeleitet werden, wenn die Benachteiligung unbeabsichtigt ist.

### [3]. Bedeutung im Sport

Mittelbare Benachteiligungen zeichnen sich also dadurch aus, dass sie auf den ersten Blick eine gewisse Allgemeingültigkeit aufweisen, bei näherer Betrachtung aber eine Diskriminierung aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmals aufweisen. Aus diesem Grund sind sich die Beteiligten bei der Aufstellung solcher Regeln meist der benachteiligenden Wirkung nicht bewusst. Meist zeigt sich diese erst bei der Durchführung der Bestimmungen.

Allgemeine Regeln gibt es im Sport viele: Spielregeln, Wettkampf- und Teilnahmebedingungen, Vereins- und Verbandssatzungen und viele andere Regelwerke, welche die Durchführung des Leistungssports sicherstellen. Eine mittelbare Benachteiligung kann

<sup>812</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 3.

<sup>813</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 28 zu § 3.

<sup>814</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 51 a zu § 3.

<sup>815</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 51 a zu § 3.

<sup>816</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 20 zu § 3; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 103, RN 252; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 51 a zu § 3.

<sup>817</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

<sup>818</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 26 zu § 3.

<sup>819</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 51 zu § 3; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 109, RN 266.

<sup>820</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 63 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 29 zu § 3.

von diesen allerdings nur ausgehen, wenn sie nicht unmittelbar an einem Merkmal nach § 1 AGG anknüpfen.<sup>821</sup>

[a]. *Oscar Pistorius – IAAF Regel 144.2*

Ein Beispiel für eine mittelbare Benachteiligung im Sport liefert der im Rahmen der Einleitung geschilderte Fall von Oscar Pistorius. Diesem behinderten südafrikanischen Sprinter wurde zunächst aufgrund der IAAF-Regel 144.2 die Teilnahme an Wettkämpfen von nichtbehinderten Athleten untersagt.<sup>822</sup> Der Internationale Leichtathletik-Verband führte diese Bestimmung am 26. März 2007 ein, um die Verwendung von technischen Hilfsmitteln grundsätzlich zu verbieten. Dabei verbietet die IAAF-Regel 144.2 folgendes:

*„Den Gebrauch jeder technischen Vorrichtung, welche Sprungfedern, Rollen oder irgend ein anderes Element in den Körper integriert, wodurch der Verwender mit einem Vorteil gegenüber einem anderen Athleten ausgestattet wird, der diese Vorrichtung nicht verwendet.“*

Aufgrund seiner Behinderung – Pistorius ist seit seinem 11. Lebensmonat unterschenkelamputiert - ist der Sprinter jedoch auf derartige technische Hilfsmittel wie Beinprothesen angewiesen. Unter Bezugnahme auf die IAAF-Regel versagte man Pistorius aufgrund der Verwendung von Prothesen die Teilnahme am Wettkampf nichtbehinderter Sportler. Dies gründete in dem Umstand, dass man voreilig Vorteile in der Benutzung derartiger Prothesen sah. Pistorius beklagte, dass die IAAF nach keiner angemessenen Lösung für ihn suche, sondern ihn lediglich auf die Paralympischen Spiele verweise. Nachdem ein Gutachten zu seinen Gunsten ergab, dass die Prothesen keine Vorteile mit sich bringen, entschied der CAS, dass die Versagung der Teilnahme eines Prothesenträgers an einem Wettkampf nichtbehinderter Sportler im Fall Pistorius daher unzulässig sei. Eine Verbandsregelung, wie beispielsweise die IAAF-Regel 144.2, ist somit durchaus in der Lage, eine mittelbare Benachteiligung bei einem Athleten herbei zu führen.

[b]. *Casey Martin*

Ein weiteres Beispiel für eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG stellt der Fall PGA-Tour gegen Casey Martin dar, welcher sich in den Vereinigten Staaten von Amerika ereignete und vor dem dortigen Supreme Court entschieden wurde.<sup>823</sup> Der Kläger des Verfahrens, Casey Martin, ist Profigolfer und leidet unter einer fortschreitenden Gefäßkrankheit, welche es ihm unmöglich macht, längere Distanzen zu Fuß zurück zu legen. Obwohl er auf höchstem Niveau Golf spielen kann, ist er nicht in der Lage, weite Wege auf Golf-Parcours laufend zu bewältigen. Nachdem er sich im Rahmen von Qualifikationsturnieren für die dritte und letzte Runde der PGA-Tour qualifiziert hatte, un-

<sup>821</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 22 zu § 3; Schiek, AGG, 2007, RN 19 zu § 3; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 62 zu § 3; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 17 zu § 3.

<sup>822</sup> TAS/CAS, Schiedsspruch vom 16.5.2008 – CAS 2008/A/1480 Pistorius v/IAAF = SpuRt 2008, S. 152 ff.

<sup>823</sup> Entscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. Mai 2001, PGA TOUR INC. v. Casey Martin (00-24) 532 U.S. 661 (2001) 204 F.3d 994.

tersagte die PGA-Tour Casey Martin den Einsatz eines Golfwagens und bestand darauf, dass er die letzte Runde laufend bewältigen muss. Ursächlich war hierfür eine zunächst neutral erscheinende Regelung des Golfsports. So besagte das Regelwerk „Bedingungen für den Wettbewerb und lokale Regeln“, dass Golfwagen nur bei den Qualifikationsrunden im Vorfeld eines Turnieres, nicht aber während des eigentlichen Turniers benutzt werden dürfen.<sup>824</sup> Diese Regelung machte es dem Casey Martin unmöglich, an der PGA-Tour teilzunehmen. Nicht nur vom Schrifttum wurde diese Regelung als Behinderendiskriminierung eingestuft.<sup>825</sup> So entschied auch der Supreme Court der Vereinigten Staaten, dass die Benutzung eines Golfwagens im Ausnahmefall zu genehmigen sei, da andernfalls ein Verstoß gegen den „Americans with Disabilities Act“ von 1990 und somit eine Behinderendiskriminierung vorliegt.<sup>826</sup>

## b. Belästigung

Mit § 3 Abs. 3 und 4 AGG regelt das AGG, dass die Belästigung und die sexuelle Belästigung als Benachteiligungen gelten und somit ebenfalls dem grundsätzlichen Benachteiligungsverbot unterliegen.

### aa. Belästigung, § 3 Abs. 3 AGG

Dabei definiert § 3 Abs. 3 AGG zunächst den Begriff der Belästigung. Hiernach ist eine Belästigung eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 AGG genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

#### [1]. Allgemeines

Anders als § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 3 Abs. 2 AGG schützt der Begriff der Belästigung nicht vor einer Ungleichbehandlung, sondern vor einer Verletzung der Würde und der Persönlichkeit der beeinträchtigten Person.<sup>827</sup>

Im Gegensatz zur unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligung erfordert die Belästigung daher keinen Vergleich zu anderen Personen.<sup>828</sup> Ausreichend ist allein eine unerwünschte Verhaltensweise, die aus Sicht eines objektiven Dritten geeignet ist, den Betroffenen in seiner Würde zu verletzen.<sup>829</sup> Das belästigende Verhalten kann dabei sowohl

<sup>824</sup> Neben den „Conditions of Competition and Local Rules“ existieren im Golfsport noch die übergeordneten „Regeln des Golfsports“ („Rules of Golf“), die sog. Spielermittelungen („Notices to Competitors“) und die „Qualifying School“.

<sup>825</sup> Bröhmer, SpuRt 2002, S. 141.

<sup>826</sup> Bröhmer, SpuRt 2002, S. 142.

<sup>827</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 112 zu § 3.

<sup>828</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 3.

<sup>829</sup> Däubler/Bertzbacher, AGG, 2008, RN 67 zu § 3.

verbaler als auch nonverbaler Art sein.<sup>830</sup> Es kann in Form von Verleumdungen, Beleidigungen, abwertenden Äußerungen, Anfeindungen, Drohungen aber auch körperlichen Übergriffen vorliegen.<sup>831</sup>

Zusätzlich zur „unerwünschten Verhaltensweise“ muss allerdings ein weiteres Merkmal hinzutreten. So verlangt § 3 Abs. 3 AGG weiter, dass durch die Würde verletzende Verhaltensweise auch ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.<sup>832</sup> In diesem Zusammenhang wird häufig – in Anlehnung an den im US-amerikanischen Recht prägenden Begriff „hostile environment harassment“ – von der Schaffung eines „feindlichen Arbeitsumfeldes“ gesprochen.<sup>833</sup> Das Verwenden des Verbes „bezwecken“ verdeutlicht, dass die Schaffung eines feindlichen Arbeitsumfeldes lediglich angestrebt werden muss, ohne dass der Erfolg tatsächlich eintritt.<sup>834</sup> Wie sich aus der Formulierung „bewirken“ ergibt, genügt es aber auch, dass der Erfolg eintritt, ohne dass er angestrebt worden ist.<sup>835</sup>

Da die unerwünschte Verhaltensweise geeignet sein muss, die Würde der betreffenden Person zu verletzen, fordert die überwiegende Ansicht im Schrifttum die Überschreitung einer gewissen Schwelle.<sup>836</sup> Geringfügige Eingriffe wie z.B. harmlose Witze, sollen daher nicht vom Begriff der Belästigung erfasst werden.<sup>837</sup> Andererseits muss das Verhalten aber nicht die Qualität einer Verletzung der Menschenwürde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG erreichen.<sup>838</sup>

Teilweise wird im Schrifttum aber auch vertreten, dass für die Schaffung eines feindlichen Arbeitsumfeldes eine gewisse Nachhaltigkeit und Dauer der Intensität des unerwünschten Verhaltens notwendig ist, da eine einmalige, kurzfristige oder unerhebliche Belästigung regelmäßig zu keiner Änderung in ein Umfeld führt, das von Einschüchterung, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnet ist.<sup>839</sup> Dies setzt in aller Regel eine Systematik im Handeln bzw. eine sich immer wieder nach außen äußernde Grundeinstellung des Belästigenden voraus.<sup>840</sup> Teilweise wird jedoch auch die Ansicht vertreten, dass eine einmalige Handlung für die Annahme

<sup>830</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 3.

<sup>831</sup> Däubler/Bertzbacher, AGG, 2008, RN 67 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 41 zu § 3.

<sup>832</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 67 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 45 zu § 3.

<sup>833</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 67 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 45 zu § 3.

<sup>834</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 115 zu § 3.

<sup>835</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 115 zu § 3.

<sup>836</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 70 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 43 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 116 zu § 3.

<sup>837</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 33; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 70 zu § 3.

<sup>838</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

<sup>839</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 117 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 45 zu § 3.

<sup>840</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 45 zu § 3.

einer Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG ausreichend sein kann, wenn aufgrund der Schwere der Würdeverletzung ein feindliches Umfeld geschaffen wird.<sup>841</sup>

Die Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG kann ferner den juristisch nicht definierten und kontrovers diskutierten Begriff des „Mobbing“ erfassen. Unter „Mobbing“ versteht man dabei die über einen längeren Zeitraum ausgeübten feindseligen Handlungen eines Arbeitskollegen gegen einen anderen mit dem Ziel, diesen psychisch, gegebenenfalls auch physisch, zu beschädigen und auszugrenzen.<sup>842</sup> Wird beim Mobbing an ein in § 1 AGG genanntes Merkmal angeknüpft, so kann hiermit zugleich eine Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG einhergehen.<sup>843</sup>

## *[2]. Bedeutung im Sport*

Wie bereits im Zusammenhang mit der unmittelbaren Benachteiligung unter III. 2. a. aa. [4]. [f] kurz erörtert wurde, fallen verachtende Äußerungen, Handgreiflichkeiten oder andere unerwünschte Verhaltensweisen von Fans, Trainern, Betreuern oder Sponsoren im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG unter den Begriff der Belästigung. Im Gegensatz zur unmittelbaren Benachteiligung zielt die Belästigung einzig auf die Verletzung der Würde und der Persönlichkeit des einzelnen Sportlers ab. Die Bildung einer Vergleichsgruppe ist bei einer Belästigung gerade nicht notwendig, da es dem Diskriminierenden in dieser Konstellation nicht um die Schlechterstellung des jeweiligen Athleten gegenüber anderen Athleten geht, sondern vielmehr einzig um die Herabwürdigung des Betroffenen.

Homophobe Äußerungen von Trainern oder Vereinsfunktionären innerhalb von Mannschaftsbesprechungen oder Pressekonferenzen sind konkrete Beispiele für Belästigungen im Sport. Belästigungen innerhalb des Arbeitsverhältnisses können aber auch durch Mannschaftskollegen oder Betreuer erfolgen. Einen Hauptanwendungsfall wird dort sicherlich das sogenannte „Mobbing“ darstellen, wenn der betroffene Athlet auf dem Spielfeld, in der Mannschaftsumkleide oder bei sonstigen Aktivitäten der Mannschaft ständig Handlungen durch seine Kollegen erfährt, welche darauf abzielen, ihn physisch und psychisch zu treffen und vom Mannschaftsgefüge auszugrenzen. Beispielsweise, wenn Mannschaftskollegen dem Betroffenen herabsetzende Spitznamen wie „Tunte“, „Schwuckele“, „Transe“ geben, oder ihn mit Streichen drangsalieren.

Aber auch von außenstehenden Dritten können Belästigungen drohen, wenn beispielsweise Fans einen Athleten wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes mittels Sprechgesängen beschimpfen, erniedrigende Spruchbänder aufhängen oder ihm gar am Trainingsgelände oder am Mannschaftsbus auflauern; ferner, wenn sich Sportkollegen anderer Vereine aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmales in der Presse abfällig über den Konkurrenten äußern.

---

<sup>841</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 71 zu § 3; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 116, RN 284.

<sup>842</sup> Berkowsky, in: MünchArbR, 2000, RN 235 zu § 137.

<sup>843</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 72 zu § 3.



Persönlichkeitsverletzungen und somit Belästigungen im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG drohen allerdings ferner im Rahmen von öffentlichen Diskussionen im Zusammenhang mit zwischengeschlechtlichen Athleten. Gerade im Fall Caster Semenya, aber auch im Fall Santhi Soundarajan, wurde dies überaus deutlich. So wurde in den Medien ausgiebig über das wahre Geschlecht der Athletinnen diskutiert. Die Medien mutmaßten über das vom Weltverband IAAF angeordnete Untersuchungsergebnis von Caster Semenya und über dessen intime Details. So wurde beispielsweise öffentliche darüber gemutmaßt, ob die Athletin über innenliegende Hoden verfüge, welche ihr durch die Produktion männlicher Hormone Wettbewerbsvorteile verschaffen. Ferner wurde angeregt, dass sich die Athletin doch einer Geschlechtsumwandlung unterziehen solle. All dies, obwohl zu diesem Zeitpunkt nicht einmal feststand, ob es sich überhaupt um eine zwischengeschlechtliche Athletin handelte. Durch derartige Diskussionen ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und dort insbesondere das Recht der informationellen Selbstbestimmung des jeweiligen Athleten betroffen.<sup>844</sup>

Zwar muss ein Berufssportler aufgrund seiner Bekanntheit und seiner sportlichen Erfolge einige Einschränkungen seines Persönlichkeitsrechtes hinnehmen. So werden herausragende Sportler als absolute Personen der Zeitgeschichte eingestuft, weshalb beispielsweise Bilder von ihnen gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG ohne deren Einwilligung veröffentlicht werden dürfen.<sup>845</sup> Allerdings findet die Berichterstattung dort ihre Grenzen, wo in die Privat- und Intimsphäre des Betroffenen eingedrungen wird.<sup>846</sup> Hier überwiegt das berechnete Interesse des Betroffenen das allgemeine Informationsinteresse der Allgemeinheit, weshalb Einschränkungen in das Persönlichkeitsrecht des Athleten nicht zulässig sind. So hat ein zwischengeschlechtlicher Athlet ein berechtigtes Interesse daran, dass intime Details über dessen genetische Identität nicht in aller Öffentlichkeit diskutiert werden.<sup>847</sup>

Allerdings muss man wegen dem Meinungsstand in Bezug auf die Schaffung eines feindlichen Umfeldes eine gewisse Intensität der unerwünschten Verhaltensweise vorliegen. Diese bestimmt sich bei einer Äußerung aber nicht nur anhand deren konkreten Inhalts, sondern auch durch die äußeren Umstände. So wird eine einmalige homophobe Äußerung eines Trainers oder Mitspielers innerhalb einer vertraulichen Mannschaftsbesprechung noch nicht ausreichen, um ein von Erniedrigungen und Entwürdigungen gekennzeichnetes Umfeld anzunehmen. Finden derartige Äußerungen hingegen mehrmals statt oder werden derartige Äußerungen mit Drohungen verbunden, so wird man hingegen von einem derartigen Umfeld ausgehen dürfen. Eine schwere Würdeverletzung und Schaffung eines feindlichen Umfeldes wird man auch in denjenigen Fällen annehmen können, in welchen der betroffene Athlet vor einer Vielzahl von Menschen erniedrigt wird. So zum Beispiel, wenn ein Spieler im Falle eines Coming-Outs während eines Spiels von den Fans im Stadium auf das Übelste beschimpft wird. Ferner, wenn ein Trai-

<sup>844</sup> Wegmann, SpuRt 2010, S. 102.

<sup>845</sup> Dreier in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008, RN 6 zu § 23 KUG.

<sup>846</sup> Dreier in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008, RN 7 zu § 23 KUG.

<sup>847</sup> So auch Wegmann, SpuRt 2010, S. 102.

ner oder ein Verantwortlicher in einer Pressekonferenz vor laufenden Kameras, für eine Vielzahl von TV-Zuschauern wahrnehmbar, herablassende Äußerungen über einen bestimmten Athleten aufgrund eines in § 1 AGG genannten Grundes tätigt. In diesen Fällen dürfte bereits eine einmalige Äußerung ausreichend sein, um den betroffenen Athleten äußerst schwerwiegend in seiner Würde zu treffen und um ein feindliches Umfeld zu schaffen. Denn nachdem Fans, Trainer oder Verantwortliche ihren Standpunkt derart vehement und offenkundig dargetan haben, wird man schwerlich annehmen können, dass in der Folgezeit ein „friedliches“ Umfeld vorherrschen wird. Gerade in diesem Stadium erscheint es nicht nur hilfreich und förderlich, sondern gerade dem Gesetzeszweck des AGG entsprechend, dem diskriminierten Athleten mittels dem AGG ein Hilfsmittel in die Hand zu geben, um weitere derartige Belästigungen zu verhindern, bevor die Situation endgültig eskaliert.

*bb. Sexuelle Belästigung, § 3 Abs. 4 AGG*

In § 3 Abs. 4 AGG wird explizit die sexuelle Belästigung als Form der Benachteiligung im Sinne des AGG genannt. Nach dieser Vorschrift ist eine sexuelle Belästigung eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

*[1]. Allgemeines*

Bereits anhand des Wortlauts der Vorschrift wird deutlich, dass die Definition der sexuellen Belästigung auf der Struktur des Belästigungsbegriffes nach § 3 Abs. 3 AGG aufbaut.<sup>848</sup> Daher gelten grundsätzlich die Ausführungen zur Belästigung auch für die sexuelle Belästigung.<sup>849</sup>

Zu beachten ist aber, dass der Begriff der sexuellen Belästigung weiter ist, als der der bloßen Belästigung.<sup>850</sup> Dies rührt aus dem Umstand, dass § 3 Abs. 4 AGG im Zusammenhang mit dem von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld die Formulierung „insbesondere“ anstatt in § 3 Abs. 3 AGG von „und“ verwendet. Somit ist die Schaffung eines „feindlichen Umfeldes“ im Hinblick auf die sexuelle Belästigung nur ein Beispiel.<sup>851</sup> Im Hinblick auf die Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG muss dieses Umfeld hingegen kumula-

<sup>848</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 46 zu § 3.

<sup>849</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 76 zu § 3.

<sup>850</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 123 zu § 3; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 77 zu § 3.

<sup>851</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 77 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 123 zu § 3; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 77 zu § 3.

tiv zwingend vorliegen. Somit ist bei der sexuellen Belästigung – ob dies bei der Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG ausreicht, ist umstritten – die Vornahme einer einzelnen Handlung in jedem Fall ausreichend; einer Wiederholungsgefahr bedarf es nicht.<sup>852</sup>

Zudem betrifft § 3 Abs. 4 AGG aufgrund seiner ausdrücklichen Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG nur den Bereich des Arbeitsrechts.<sup>853</sup> Insofern muss bei einer sexuellen Belästigung immer ein betrieblicher Bezug vorliegen.<sup>854</sup> Bei sexuellen Belästigungen, welche allein anlässlich eines privaten Treffens begangen werden, liegt dagegen kein betrieblicher Bezug vor.<sup>855</sup>

Ähnlich den anderen Benachteiligungsformen, muss die sexuelle Handlung nicht tatsächlich vorgenommen werden.<sup>856</sup> Vielmehr genügt allein die Aufforderung zur Vornahme von sexuellen Handlungen.<sup>857</sup> Ausdrücklich genannt werden in § 3 Abs. 4 AGG Bemerkungen sexuellen Inhalts. Darunter sind verbale Äußerungen zu verstehen, die mit dem Willen abgegeben werden, einen anderen zu belästigen.<sup>858</sup> Hierbei müssen die Äußerungen nicht zwingend an den Betroffenen gerichtet sein, sondern es ist ausreichend, wenn tatsächlich ein Klima der Belästigung erzeugt wird.<sup>859</sup> Bemerkungen sexuellen Inhalts können nicht nur bei vulgären oder obszönen Äußerungen angenommen werden<sup>860</sup>, sondern auch bei Bemerkungen über Partnerwahl, sexuelle Neigungen oder die Ausstrahlung und das Erscheinungsbild.<sup>861</sup> Die Aufzählung der möglichen unerwünschten, sexuell bestimmten Verhaltensweisen ist in § 3 Abs. 4 AGG aber nur exemplarisch, wie der Wortlaut „wozu auch“ eindeutig klarstellt.<sup>862</sup> Weitere Beispiele für sexuelle Belästigungen können auch aus § 2 Abs. 2 BeschSchG entnommen werden.<sup>863</sup>

## [2]. Bedeutung im Sport

Sportspezifische Besonderheiten ergeben sich im Zusammenhang mit der sexuellen Belästigung nicht. Wie im normalen Arbeitsleben, so werden auch im Berufssport sexuelle Belästigungen überwiegend in Form von sexuell bestimmten körperlichen Übergriffen erfolgen. Beispielsweise, wenn ein männlicher Damen-Trainer seine weiblichen Athletinnen während des Trainings unsittlich berührt, sich diesen gegenüber obszön oder vulgär äußert oder sie gar zu sexuellen Handlungen auffordert.

<sup>852</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 77 zu § 3.

<sup>853</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 76 zu § 3.

<sup>854</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 50 zu § 3.

<sup>855</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 50 zu § 3.

<sup>856</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 125 zu § 3.

<sup>857</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 125 zu § 3.

<sup>858</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 127 zu § 3.

<sup>859</sup> Zu denken wäre in diesem Zusammenhang etwa an schwulenfeindliche Sprechgesänge in Stadien.

<sup>860</sup> ArbG Lübeck, Urteil vom 2.11.2000 – 1 Ca 2479/00 = NZA-RR 2001, S. 140.

<sup>861</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 127 zu § 3.

<sup>862</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 129 zu § 3.

<sup>863</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 77 a zu § 3.

Finden sexuelle Belästigungen im privaten Bereich des Sportlers statt, beispielsweise, wenn sich zwei Athleten außerhalb des Trainings treffen und es im Rahmen dieses Treffens zu sexuellen Übergriffen kommt, so fehlt es an einem betrieblichen Bezug, weshalb in diesem Fall keine sexuelle Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG vorliegt. Anders jedoch, wenn das Treffen betrieblich veranlasst war.<sup>864</sup> Dies wäre beispielsweise denkbar, wenn sich Athleten gerade deswegen treffen, um eine während der Sportausübung entstandene Streitigkeit beizulegen.

Bei der Benachteiligung bzw. der Belästigung von homosexuellen Athleten bedarf es allerdings einer genauen Differenzierung. Im Hinblick auf die Diskriminierung von homosexuellen Fußballspielern stellt sich die Frage, ob Beschimpfungen und herablassende Äußerungen im Zusammenhang mit dessen Homosexualität ihm gegenüber eine Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG oder eine sexuelle Belästigung nach § 3 Abs. 4 AGG darstellen. Diese Fragestellung rührt aus dem Umstand, dass § 3 Abs. 4 AGG in seiner Aufzählung von unerwünschten, sexuell bestimmten Verhalten, explizit Bemerkungen sexuellen Inhalts nennt. Die bisherige Ansicht im Schrifttum ist der Auffassung, dass derartige Beschimpfungen – etwa als „Schwuchtel“ – begrifflich keine sexuelle Belästigung, sondern vielmehr eine Belästigung wegen der sexuellen Orientierung darstellen und daher unter § 3 Abs. 3 AGG zu subsumieren sind.<sup>865</sup> Anders als man erwarten würde, ist diese Differenzierung aber nicht nur dogmatischer Natur. Diese genaue Unterscheidung hat vielmehr auch weitreichende Auswirkungen. Im Gegensatz zur sexuellen Belästigung, welche wegen dem Wortlaut von § 3 Abs. 4 AGG in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG erfolgen muss, verlangt die Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG einen solchen betrieblichen Bezug gerade nicht. Dies hat zur Folge, dass der betroffene Athlet vor Beschimpfungen als „Schwuchtel“ auch in seinem privaten Bereich geschützt ist; z.B. wenn Fans ihn auf offener Straße anfeinden oder ihn an seinem Wohnsitz aufsuchen. Um ein Ausufern des Diskriminierungsschutzes zu verhindern, genügt § 3 Abs. 3 AGG – hier liegt ein Unterschied zur sexuellen Belästigung – dadurch, dass die Schaffung eines feindlichen Umfeldes zwingend erforderlich ist. Der Gesetzeswortlaut verlangt jedoch nicht, dass das feindliche Umfeld am Arbeitsplatz geschaffen wird. Hätte der Gesetzgeber dies gewünscht, so hätte er beispielsweise eine begriffliche Einschränkung – z.B. durch den Begriff „Arbeitsumfeld“ – vornehmen können. Welche Folgen diese Ausweitung für den Arbeitgeber des jeweiligen Sportlers hat, hängt von den Anspruchsvoraussetzungen der §§ 12 und 15 AGG ab. Eine Überanspruchung des Arbeitgebers droht dabei nicht. So erfordert ein Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG ein Verschulden des Arbeitgebers, was in derartigen Fällen nur selten anzunehmen ist. Insgesamt erscheint das Ergebnis nicht nur vertretbar, sondern auch angemessen. Bedenkt man, dass bei einem Berufssportler wegen der Medienwirksamkeit seiner Tätigkeit der Übergang zwischen privaten und beruflichen Bereich meist fließend ist. Das öffentliche Interesse

<sup>864</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 50 zu § 3.

<sup>865</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 131 zu § 3; Thüsing, in: MüKoBGB, 2007, RN 65 zu § 3 AGG.

an der Person des Sportlers führt häufig dazu, dass auch die Privatsphäre durch die Berufsausübung tangiert wird.

### c. Anweisung zur Benachteiligung, § 3 Abs. 5 AGG

Nach § 3 Abs. 5 Satz 1 AGG gilt ferner die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 AGG genannten Grund als Benachteiligung. Gemäß § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG liegt eine solche Anweisung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 AGG insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann.

#### aa. Allgemeines

Sinn und Zweck von § 3 Abs. 5 AGG ist die Gewährleistung eines nachhaltigen Schutzes vor Benachteiligungen, indem sichergestellt werden soll, dass sich der eigentliche Urheber der Diskriminierung nicht durch die Zwischenschaltung eines Dritten der Verantwortung entzieht.<sup>866</sup> Von § 3 Abs. 5 Satz 1 AGG – die Formulierung ist insoweit missverständlich – wird aber nicht nur die Anweisung zur Benachteiligung, sondern auch die Anweisung zur Belästigung und sexuellen Belästigung erfasst, da diese Begriffe nach § 3 Abs. 3 und 4 AGG mit einer Benachteiligung gleichgestellt werden.<sup>867</sup>

Der Begriff der Anweisung ist im AGG nicht definiert. Allerdings konkretisiert § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG den Begriff dahingehend, dass jemand eine Person zum benachteiligenden Verhalten „bestimmen“ muss. Die Formulierung ähnelt somit dem Begriff der Anstiftung nach § 26 StGB, weshalb im Schrifttum die willentliche Hervorrufung des Tattenschlusses beim Angewiesenen verlangt wird.<sup>868</sup> Die Weisung erfordert somit zumindest Eventualvorsatz beim Anweisenden<sup>869</sup>, nicht jedoch, dass dieser sich der Verbotswidrigkeit seiner Handlung bewusst ist.<sup>870</sup>

Umstritten ist demgegenüber, ob die Anweisung – anders als die Anstiftung im Strafrecht – dem Wortsinn nach eine Anweisungsbefugnis voraussetzt.<sup>871</sup> Während einige Stimmen<sup>872</sup> ein Weisungsrecht im arbeitsrechtlichen Sinn nach § 106 GewO verlangen, lassen dagegen andere Ansichten<sup>873</sup> bereits eine faktische Weisungsbefugnis genügen.

<sup>866</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 79 zu § 3.

<sup>867</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 137 zu § 3; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 95 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 65 zu § 3.

<sup>868</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 84 zu § 3; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 123, RN 303.

<sup>869</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

<sup>870</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 121, RN 298.

<sup>871</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 85 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 139 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 64 zu § 3; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 123, RN 304; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 158 zu § 3.

<sup>872</sup> Mit weiteren Nachweisen Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 64 zu § 3.

<sup>873</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 85 zu § 3; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 123, RN 304; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 53 zu § 3.

Nach letzterer Ansicht ist es ausreichend, dass der Anweisende infolge rechtlicher, sozialer, wirtschaftlicher oder intellektueller Macht, Druck auf den Angewiesenen ausüben kann.<sup>874</sup>

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da eine restriktive Beschränkung nur auf rechtliche – oder gar arbeitsrechtliche – Anweisungsbefugnisse zu eng gefasst wäre.<sup>875</sup> Sinn und Zweck von § 3 Abs. 5 AGG ist es, umfassenden Schutz vor Benachteiligungen zu gewährleisten. So soll die Vorschrift verhindern, dass sich der Anweisende durch die Zwischenschaltung eines Dritten aus der Verantwortung ziehen kann. Gerade dieses Schlupfloch würde man dem Anweisenden jedoch gewähren, wenn man eine arbeitsrechtliche Anweisungsbefugnis als zwingende Voraussetzung verlangt. Auf diese Weise würde man es dem Anweisenden ermöglichen, durch die Zwischenschaltung eines unbeteiligten Dritten, mit welchem er rechtlich in keinerlei Beziehung steht, zu diskriminieren. In dieser Konstellation soll aber nach Sinn und Zweck der Vorschrift Diskriminierungsschutz nicht nur dahingehend gewährleistet werden, dass der diskriminierende Dritte bei der Durchführung der Benachteiligung sanktioniert wird, sondern es soll gerade der Urheber der Benachteiligung sanktioniert werden, um auf diese Weise bereits der Entstehung von Diskriminierungen vorzubeugen. Ferner wäre eine Begrenzung auf eine arbeitsrechtliche Anweisungsbefugnis bereits systematisch verfehlt. Regelt doch § 3 Abs. 5 AGG nicht nur Diskriminierungen im Arbeitsrecht. Deutlich wird dies, wenn man die Ursprünge des AGG begutachtet. Auch die Richtlinie 2000/43/EG beinhaltet in Art. 2 Abs. 2 ein Verbot der „Anweisung zur Diskriminierung“. Allerdings regelt diese Richtlinie im Gegensatz zu den Richtlinien 2000/78/EG und 2002/73/EG nicht nur Bereiche des Arbeitsrechtes, sondern nach Art. 3 Abs. 1 h) auch den diskriminierungsfreien Zugang zu und die Versorgung mit Gütern, Dienstleistungen und Wohnraum. Unter Berücksichtigung der Richtlinie 2000/43/EG wird man die Formulierung „insbesondere“ daher so verstehen müssen, dass vom Wortlaut des § 3 Abs. 5 AGG nicht nur die Anweisung zur Benachteiligung eines „Beschäftigten“ erfasst wird.<sup>876</sup> Dass der Anwendungsbereich nicht auf die Anweisung zur Diskriminierung Beschäftigter beschränkt ist, erkennt auch das Schrifttum.<sup>877</sup> Für den allgemeinen Privatrechtsverkehr das Erfordernis einer arbeitsrechtlichen Anweisungsbefugnis zu fordern, erscheint nicht nur unpassend, sondern würde den Adressaten-Kreis des Diskriminierungsverbotes auch ohne nachvollziehbare Gründe eingrenzen.

Neben der aktiven Anweisung einer Person, wird nach Ansichten im Schrifttum von § 3 Abs. 5 AGG ferner die Duldung einer Benachteiligung erfasst, wenn der Diskriminierende zuvor den Duldenden um Erlaubnis zur Diskriminierung bittet.<sup>878</sup> Ferner muss die Anweisung nicht einzelfallbezogen sein, sondern kann auch in allgemeinverbindli-

<sup>874</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 85 zu § 3.

<sup>875</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 85 zu § 3.

<sup>876</sup> Thüsing, MüKoBGB, 2007, RN 80 zu § 3 AGG; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 87 zu § 3; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 123, RN 305.

<sup>877</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 88 zu § 3.

<sup>878</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 86 b zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 136 zu § 3.

cher Form erfolgen.<sup>879</sup> Beispielsweise, wenn die abstrakte Anweisung erfolgt, keine „Türken“ mehr einzustellen.<sup>880</sup> Oder aber, wenn das Personalbüro angewiesen wird, Bewerbungen von bestimmten Gruppen – etwa Frauen, Behinderte oder Ausländer – bereits im Vorfeld auszusortieren. Zu erwähnen ist ferner, dass die tatsächliche Ausführung der angewiesenen Benachteiligung durch die angewiesene Person nicht gefordert wird.<sup>881</sup> Im Falle einer Anweisung muss der Betroffene somit nicht erst die nachteiligen Folgen über sich ergehen lassen, sondern kann seine Rechte bereits im Vorfeld der drohenden Benachteiligung geltend machen, da im rechtstechnischen Sinne bereits mit der Anweisung eine Benachteiligung vorliegt.<sup>882</sup> Somit kann ein Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG begründet sein, auch wenn nur eine Anweisung erfolgt ist, ohne dass die angewiesene Person die Benachteiligung tatsächlich ausführt.<sup>883</sup>

### *bb. Sport*

§ 3 Abs. 5 AGG dient somit dem umfassenden Schutz vor Benachteiligungen und will in erster Linie den Urheber der Diskriminierung zur Rechenschaft ziehen. Denn bei einer tatsächlichen Ausführung der Anweisung würde bereits in dieser eine Benachteiligung liegen, durch welche zumindest der Ausführende sanktioniert werden könnte. Allerdings will das AGG bereits in einem früheren Stadium, nämlich bereits zum Zeitpunkt der Anweisung, die negativen Auswirkungen für den Betroffenen verhindern, indem es bereits die Anweisung als Benachteiligung einstuft und hierdurch die Beseitigung der Ursache ermöglicht.

Auch im Sport können derart schutzwürdige Situationen vorliegen. Beispielsweise, wenn die Vereinsführung oder der Trainer Anweisungen zur Diskriminierung eines bestimmten Athleten geben. Diese können gegenüber den Betreuern des Betroffenen erfolgen, dass diese einen bestimmten Athleten nicht mehr betreuen brauchen, weil er eh nicht mehr eingesetzt werde, da er zu „alt“ oder „schwul“ sei. Oder, wenn der Trainer angewiesen wird, einen bestimmten Athleten etwas „härter“ ran zu nehmen, weil dieser eine Gebetspause gefordert oder sich als homosexuell geoutet hat.

Aber auch allgemeine, nicht einen bestimmten Athleten betreffende, Anweisungen sind im Sport denkbar. Etwa wenn der Vorstand vorgibt, dass die Verantwortlichen bei der Verpflichtung neuer Athleten keine „Nigerianer“ oder „Türken“ einstellen sollen und die Motivation hierfür nicht nur an der Staatsangehörigkeit anknüpft. Auch hierin kann eine Anweisung an die jeweils zur Einstellung Verantwortlichen gesehen werden.

Ebenso können Anweisungen von Dachverbänden gegenüber ihren Mitgliedern derartige Anweisungen enthalten. Etwa ein Rundschreiben des Dachverbandes an die je-

<sup>879</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 139 zu § 3; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 123, RN 306.

<sup>880</sup> ArbG Wuppertal, Urteil vom 10.12.2003, 3 Ca 4927/03.

<sup>881</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 33; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 121, RN 298; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 90 zu § 3.

<sup>882</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 134 zu § 3.

<sup>883</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 135 zu § 3.

weiligen Vereine, dass man künftig vermehrt die Jugend oder deutsche Athleten fördern soll. Aber auch konkrete Anweisungen von Verbänden sind denkbar. So geschehen im Fall Birgit Prinz, als sich die FIFA mit einem Schreiben an den italienischen Fußballverband (FIGC) wendete, in welchem die FIFA mitteilte, dass die Trennung von Männern und Frauen im Fußball absolut sei und Frau Birgit Prinz daher keine Teilnahmeberechtigung zu erteilen sei.<sup>884</sup> Zwischen dem Verband und dem jeweiligen Mitglied liegt wegen der übergeordneten Stellung des Dachverbandes ein faktisches Abhängigkeitsverhältnis vor. Oftmals auch ein finanzielles, wenn der Dachverband Fördergelder oder Lizenzen verteilt.

Ob Anweisungen zwischen Sportlern zur Diskriminierung eines anderen Sportlers unter § 3 Abs. 5 AGG zu fassen sind, entscheidet sich danach, welcher Ansicht man im Schrifttum hierzu folgt. Folgt man der abzulehnenden Ansicht, welche eine arbeitsrechtliche Anweisungsbefugnis verlangt, so müsste man die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 5 AGG in diesen Konstellationen in aller Regel ablehnen. Eine arbeitsrechtliche Anweisungsbefugnis existiert im Verhältnis der Sportler untereinander nämlich nicht. Im Mannschaftssport sind beispielsweise alle Spieler bei ein und demselben Verein oder dessen Sportkapitalgesellschaft angestellt. Nur der Verein bzw. dessen Sportkapitalgesellschaft, bzw. aufgrund von Aufgabenübertragungen auch der Trainer oder Team-Manager, haben gegenüber den einzelnen Spielern eine arbeitsrechtliche Anweisungsbefugnis.

Anders gestaltet sich dies aber, wenn man der zu bevorzugenden Ansicht folgt, die eine faktische Anweisungsbefugnis ausreichend lässt. Für die Annahme einer solchen wäre ein soziales, finanzielles oder intellektuelles Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Spielern erforderlich. In aller Regel sind Profisportler jedoch untereinander gleichberechtigt. Eine Über- und Unterordnungshierarchie ist dort nicht vorhanden, welche einen Sportler derart unter Druck setzen würde, einer Anweisung seines Kollegen zwingend Folge leisten zu müssen. Sozialen Druck wird nicht einmal ein Team-Kapitän gegenüber seinem Mannschaftskameraden ausüben können. Allen Athleten ist bewusst, dass die Entscheidungskompetenz und die Aussprache von Sanktionen anderen Stellen, wie etwa dem Trainer oder der Vereinsführung, und nicht dem Kapitän obliegen. Eine pauschale Aussage kann jedoch in diesem Zusammenhang nicht getroffen werden. So bedarf es stets einer Prüfung des jeweiligen Einzelfalls. So ist durchaus denkbar, dass ein soziales Abhängigkeitsverhältnis besteht, wenn ein erfahrener und älterer Spieler mit 34 Jahren einen 18-jährigen Kollegen dazu anstiftet, einen anderen unliebsamen Kollegen zu diskriminieren.

Das Spektrum für Anweisungsfälle im Sinne von § 3 Abs. 5 AGG ist somit auch im Sport weit gestreut und keinesfalls eine Seltenheit.

### **3. Personenkreis**

Nachdem aufgezeigt wurde, dass im Leistungssport zahlreiche Diskriminierungsgründe und -formen vorliegen können, gilt es zu klären, an welchen konkreten Personenkreis

---

<sup>884</sup> RP-Online, Birgit Prinz wechselt nicht zu AC Perugia, 23.12.2003.



sich das im AGG statuierte Benachteiligungsverbot richtet. Gilt es nur gegenüber dem Arbeitgeber oder auch Dritten gegenüber? Im Bereich des Sports stellt sich dabei insbesondere die Frage, ob das Benachteiligungsverbot nur an den jeweiligen Verein bzw. Verband als Arbeitgeber gerichtet ist, oder ob es vielmehr auch gegenüber Mitspielern, Fans und Sponsoren gilt.

#### a. Allgemeiner Meinungsstand

Im Schrifttum ist umstritten, ob das Benachteiligungsverbot neben dem Arbeitgeber auch gegenüber Dritten gilt. Wegen dem Wortlaut von § 6 AGG könnte man zunächst annehmen, dass das Benachteiligungsverbot nur im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gilt.<sup>885</sup> Dies deswegen, da § 6 AGG ausdrücklich nur diesen Personenkreis nennt und das in § 7 Abs. 1 AGG normierte Benachteiligungsverbot nur von einer „Person, die die Benachteiligung begeht“ spricht. Aus diesen Gründen vertritt eine Ansicht im Schrifttum, dass wegen § 6 AGG die in § 7 Abs. 1 AGG genannte „Person“ nur der Arbeitgeber sein kann.<sup>886</sup> In der Folge seien daher betriebsangehörige und betriebsfremde Dritte nicht vom Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG erfasst.<sup>887</sup> Diese Ansicht beinhaltet jedoch Widersprüche und steht nicht in Einklang mit der Gesetzesbegründung, in welcher ausdrücklich ausgeführt wird, dass sich das Benachteiligungsverbot „neben dem Arbeitgeber auch gegen Arbeitskollegen und Dritte, wie z.B. Kunden des Arbeitgebers“ richtet.<sup>888</sup> Entgegen dieser Ansicht ist die Gesetzesbegründung weder missverständlich, noch steht sie im Widerspruch mit der Systematik des Gesetzes.<sup>889</sup> § 6 AGG regelt – dies ergibt sich bereits aus seiner Überschrift – den persönlichen Anwendungsbereich für den Schutz von Beschäftigten vor Benachteiligung.<sup>890</sup> Hieraus darf allerdings nicht gefolgert werden, dass die Existenz von § 6 Abs. 2 AGG die Begehung der Benachteiligung in § 7 Abs. 1 AGG nur auf den Arbeitgeber begrenzt. Grundsätzlich hat § 6 AGG nur eine klarstellende Funktion.<sup>891</sup> So werden in § 6 Abs. 1 und 3 AGG lediglich mögliche Anspruchsteller, in § 6 Abs. 2 AGG mögliche Anspruchsgegner bezeichnet.<sup>892</sup> Diese Auffassung teilt auch die ablehnende Ansicht.<sup>893</sup> Allein hieraus zu folgern, dass dadurch auch § 7 Abs. 1 AGG begrenzt wird, ist jedoch verfehlt. § 6 AGG gibt nur Auskunft darüber, in welchem Verhältnis das AGG Schutzwirkungen entfaltet, ohne dabei den Kreis der Benachteiligenden zu nennen.<sup>894</sup> § 6 AGG verdeutlicht insofern, dass sich aus dem AGG primär nur im Verhältnis zwischen dem benachteiligten Beschäftig-

<sup>885</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 3 zu § 6 und RN 8 zu § 7.

<sup>886</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 9 zu § 7.

<sup>887</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 3 zu § 6.

<sup>888</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/1780, S. 34.

<sup>889</sup> So jedoch Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 9 zu § 7.

<sup>890</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 1 zu § 6.

<sup>891</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 1a zu § 6.

<sup>892</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 1a und 1b zu § 6; Adomeit/Mohr, 2007, RN 1 zu § 6.

<sup>893</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 1 zu § 6.

<sup>894</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6.

ten und dem Arbeitgeber Rechtsfolgen ergeben.<sup>895</sup> Unmittelbare Ansprüche gegen einen – nicht zum Personenkreis des § 6 AGG zählenden – Dritten ergeben sich daher nicht aus dem AGG, sondern nur aus Delikt.<sup>896</sup> Erst in einer zweiten Ebene, nämlich durch Sanktionen des Arbeitgebers, geht das AGG gegen den benachteiligenden Dritten vor.<sup>897</sup> Allerdings kann dieser Schutz eben nur im Verhältnis zum Arbeitgeber, und nicht unmittelbar gegenüber dem benachteiligenden Dritten, geltend gemacht werden. Eine Aussage, wer der Benachteiligte ist, nimmt § 6 AGG hingegen nicht vor. Aber auch die Systematik des AGG spricht gegen die Annahme, dass § 7 Abs. 1 AGG nur den Arbeitgeber betrifft. So ergibt sich bereits aus § 7 Abs. 3 und § 12 Abs. 3 AGG, dass gegen das Benachteiligungsverbot nicht nur durch den Arbeitgeber, sondern auch durch Beschäftigte verstoßen werden kann. Aus § 12 Abs. 4 AGG lässt sich entnehmen, dass das Benachteiligungsverbot letztlich auch durch außenstehende Dritte verletzt werden kann. Somit sprechen sowohl die Gesetzesbegründung, als auch die Systematik des AGG gerade gegen die Annahme, dass sich das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG nur gegen den Arbeitgeber richtet. Zu Recht geht daher die herrschende Meinung im Schrifttum davon aus, dass das Benachteiligungsverbot grundsätzlich gegenüber jedermann, und somit auch gegenüber Dritten gilt.<sup>898</sup> Denn § 6 AGG gibt nur Auskunft darüber, in welchem Verhältnis das AGG Rechte und Pflichten begründet. Um ausreichenden Schutz und das in § 1 AGG vorgegebenen Ziel zu erreichen, muss das Benachteiligungsverbot gegenüber jedermann gelten.

## b. Konsequenzen für den Sport

Da sich das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG somit grundsätzlich an Jedermann richtet, ist der Personenkreis, durch welchen Benachteiligungen drohen, groß. Im Folgenden soll kurz und allgemein aufgezeigt werden, welche Gruppen im Bereich des Sports mit dem Benachteiligungsverbot am häufigsten in Berührung geraten werden.

### aa. Arbeitgeber

Auch im Bereich des Berufssports richtet sich das Benachteiligungsverbot in erster Linie an den Arbeitgeber. Dies können der Verein, deren Sportkapitalgesellschaft und unter Umständen Sponsoren, Veranstalter oder Verbände sein.<sup>899</sup> Gerade vom Arbeitgeber drohen die zahlreichsten Benachteiligungen, da er als Dienstherr des Arbeitsverhältnisses dessen Rahmenbedingungen bestimmt. Der Arbeitgeber beeinflusst maßgeblich die Einstellungskriterien, das berufliche Weiterkommen, die Vergütung und die sonstigen Arbeitsbedingungen.

<sup>895</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 1 d zu § 6; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6.

<sup>896</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6.

<sup>897</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 1 d zu § 6; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6.

<sup>898</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 7; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 b zu § 7; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 12 zu § 7; Schiek/Schmidt, AGG, 2007, RN 1 zu § 7; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 1 zu § 7; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7.

<sup>899</sup> Hierzu ausführlich unter II. 2. b.

*bb. Dritte*

Benachteiligungen können aber auch von Personen, die nicht Arbeitgeber sind, drohen. Das AGG will umfassenden Schutz vor Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität gewährleisten, weshalb es auch Dritte, außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses stehenden Personen, in den Wirkungsbereich des Benachteiligungsverbotes nach § 7 AGG einbezieht. Nur so kann eine effektive Umsetzung der in § 1 AGG umschriebenen Zielsetzung erreicht werden. Täter einer Benachteiligung kann daher – wie soeben unter III. 3. a. ausführlich dargestellt wurde, jedermann sein. Gerade im Leistungssport ist der Personenkreis der potentiellen Täter groß. Denn in keinem anderen Beruf ist die Einwirkung von unbeteiligten Dritten auf das Beschäftigtenverhältnis größer als dort. Die Hauptursache liegt mitunter darin, dass Sportler ihren Beruf größtenteils in und für die Öffentlichkeit ausüben.

*[1]. Fans*

So können Benachteiligungen von Beschäftigten im Sinne von § 7 Abs. 1 AGG im Leistungssport vor allem von Fans ausgehen. Sie können dem betroffenen Sportler wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes am Trainingsgelände auflauern, ihn massiv bedrängen oder belästigen, oder während eines Wettkampfes im Stadion mit Hassgesängen beschimpfen oder mittels beleidigenden Spruchbändern öffentlich herabwürdigen. Benachteiligungen drohen von diesen somit überwiegend in Form von Belästigungen im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG.<sup>900</sup>

*[2]. Verband*

Ebenso kann ein Verband, der nicht Arbeitgeber des betroffenen Athleten ist, Benachteiligungen begehen. Dies wird in der Praxis meist in der Form geschehen, dass der jeweilige Verband – unbewusst oder bewusst - Wettkampfbedingungen oder sonstige Regelwerke aufstellt, die einen Athleten aus einem in § 1 AGG genannten Grund unmittelbar oder mittelbar benachteiligen.<sup>901</sup> Aber auch unmittelbare Benachteiligungen durch einen Verband sind möglich, wenn dieser etwa Maßnahmen wie Sperrungen oder Strafen gegen einen bestimmten Athleten verhängt.<sup>902</sup> Anders als die sonstigen Dritten, kann ein Verband unter Umständen aufgrund seiner monopolistischen Stellung jedoch nicht nur Adressat des Benachteiligungsverbotes nach § 7 Abs. 1 AGG, sondern wegen § 18 Abs. 1 AGG zudem auch Anspruchsgegner für die in §§ 11 bis 16 AGG genannten Ansprüche sein.<sup>903</sup>

<sup>900</sup> Hierzu ausführlich unter III. 2. b. aa. [1].

<sup>901</sup> Hierzu ausführlich unter III. 2. a. aa. [4.] [e]. und III. 2. a. bb. [3].

<sup>902</sup> Hierzu ausführlich III. 2. a. aa. [4]. [c].

<sup>903</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 14 zu § 18.

### [3]. Sponsoren

Gegen das Benachteiligungsverbot können zudem auch Sponsoren verstoßen, indem sie einen Athleten wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes diskriminieren. Denkbare Szenarien für Diskriminierungen wären in diesem Zusammenhang beispielsweise, wenn ein Sponsor nach einem Coming-Out eines männlichen Fußballspielers einen Sponsoring-Vertrag auflöst oder die Zahlung von Geldern davon abhängig macht, dass bestimmte Sportler, welche in Zusammenhang mit § 1 AGG stehen, verpflichtet oder entlassen werden. Da Sponsoren nur ausnahmsweise als Arbeitgeber zu qualifizieren sind, gilt es in diesem Zusammenhang stets zu prüfen, ob der Sponsor die Benachteiligung als Arbeitgeber oder Dritter begeht.

### [4]. Trainer

Aber auch der Trainer ist streng genommen ein Dritter. Denn er ist in aller Regel nicht der Arbeitgeber von Athleten, sondern selbst nur zu deren Betreuung angestellt. Ein Trainer fällt daher nicht in den persönlichen Anwendungsbereich von § 6 AGG. Gleichwohl gilt wegen § 7 AGG das Benachteiligungsverbot auch für ihn. Anders als bei den anderen Dritten, können Verstöße durch ihn in beinahe jeder Diskriminierungsform begangen werden. So sind unmittelbare Benachteiligungen denkbar, wenn er Maßnahmen gegen einen Athleten ergreift, um diesen gegenüber seinen Mannschaftskollegen herabzusetzen. Benachteiligt er einen Athleten unbewusst durch eine scheinbar neutrale Maßnahme, so könnte eine mittelbare Benachteiligung vorliegen. Verhält sich ein Trainer gegenüber dem betroffenen Athleten im Hinblick auf einen in § 1 AGG genannten Grund nicht - wie dies § 3 Abs. 3 AGG nennt - wünschenswert, so kann eine Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG, bei sexuell bestimmten Verhalten sogar eine sexuelle Belästigung nach § 3 Abs. 4 AGG, vorliegen. Auch Aufforderungen gegenüber Betreuern und Mannschaftskollegen, einen Athleten wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes härter ran zu nehmen, können einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot im Sinne einer Anweisung zur Benachteiligung nach § 3 Abs. 5 AGG darstellen.

### [5]. Sonstige

Aber auch Sportkollegen und Betreuer können einen beschäftigten Sportler benachteiligen und somit gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen. Meist wird dies in Form von Belästigungen erfolgen, da homophobe oder sonstige verachtende Äußerungen oder Verhaltensweisen unter § 3 Abs. 3 AGG, und nicht unter § 3 Abs. 1 AGG, fallen.<sup>904</sup>

## c. Haftung von Dritten

Somit können im Sport zahlreiche Dritte Adressaten des Benachteiligungsverbot nach § 7 AGG sein. Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot hat aber keine unmittelbare Haftung dieser Personen aus dem AGG zur Folge.<sup>905</sup> Nach den §§ 12, 13, 14 und

<sup>904</sup> Hierzu ausführlich III. 2. a. aa. [4]. [f]. und III. 2. b. aa. [2].

<sup>905</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6 und RN 7 ff. zu § 7; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7.

15 AGG ist Verpflichteter dieser Ansprüche allein der Arbeitgeber.<sup>906</sup> Allein er ist wegen dem persönlichen Anwendungsbereich des § 6 AGG Anspruchsgegner. Für die benachteiligten Beschäftigten oder Dritten ergeben sich bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot hingegen keine unmittelbaren Rechtsfolgen aus dem AGG.<sup>907</sup> Dies wird mitunter damit begründet, dass der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und benachteiligten Beschäftigten keine Schutzwirkung zugunsten des Betroffenen entfaltet.<sup>908</sup>

Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein benachteiligender Dritter gar nicht haften muss und keine Konsequenzen für sein Handeln zu befürchten hat. So ergeben sich für den Betroffenen zwar keine unmittelbaren Ansprüche aus dem AGG gegen den Dritten, wohl aber aus Delikt.<sup>909</sup> Nach § 32 AGG bleiben die allgemeinen Bestimmungen unberührt, weshalb eine Haftung nach § 823 BGB somit grundsätzlich möglich ist. Strittig ist in diesem Zusammenhang lediglich, ob neben § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes, ferner § 823 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung von § 7 Abs. 1 AGG als Schutzgesetz einschlägig ist. Ein Teil des Schrifttums vertritt dabei die Auffassung, dass es sich bei § 7 Abs. 1 AGG um ein Schutzgesetz handeln muss, weshalb ein Verstoß gegen das dort verankerte Benachteiligungsverbot eine Haftung nach § 823 Abs. 2 AGG auslösen kann.<sup>910</sup> Gestützt wird diese Ansicht mitunter auf einer Entscheidung des BAG zu § 2 Abs. 1 BeschFG, einer Vorschrift, die ein Benachteiligungsverbot im Hinblick auf teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer aufstellt.<sup>911</sup> In dieser Entscheidung hat das BAG klargestellt, dass § 2 Abs. 1 BeschFG ein Schutzgesetz ist und daher ein Verstoß gegen das dortige Benachteiligungsverbot zu deliktischen Ansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB führen kann. Ein anderer Teil des Schrifttums bejaht zwar den Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB bei der Verletzung von Strafvorschriften, verneint jedoch die Schutzgesetzzeigenschaft des § 7 Abs. 1 AGG.<sup>912</sup> Dies ergäbe sich aus dem Umstand, dass Adressat der Normen des zweiten Abschnitts des AGG ausschließlich der Arbeitgeber sei und bei einer Annahme eines Schutzgesetzes bezüglich § 7 Abs. 1 AGG diese Systematik unterlaufen würde, da sonst mit § 7 Abs. 1 AGG über den „Umweg“ des § 823 Abs. 2 BGB doch unmittelbare Ansprüche aus dem AGG begründet würden.<sup>913</sup> Bei einer Annahme eines Schutzgesetzes würde also die alleinige Verantwortlichkeit des Arbeitgebers nach § 6 Abs. 2 AGG umgangen.<sup>914</sup> Beide Ansichten haben allerdings gemein, dass sie

<sup>906</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 7.

<sup>907</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 145 zu § 15.

<sup>908</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 u § 6.

<sup>909</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 7; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6 und RN 7 zu § 7; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 zu § 7.

<sup>910</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 7 zu § 7; Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 7; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 zu § 7.

<sup>911</sup> BAG, Urteil vom 25.4.2001 – 5 AZR 368/99 = NZA 2002, S. 1211.

<sup>912</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 7; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 110 zu § 15.

<sup>913</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 7; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7.

<sup>914</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 110 zu § 15.

eine grundsätzliche Haftung nach § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB für möglich halten und der benachteiligende Dritte somit nicht ungeschoren davon kommt.<sup>915</sup> Voraussetzung für eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB ist jedoch, dass der Benachteiligende einen rechtswidrigen Eingriff in ein absolutes Rechtsgut wie etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, verletzt, was allerdings nur bei schwerwiegenden Eingriffen der Fall sein wird.<sup>916</sup>

Eine Inanspruchnahme droht dem Dritten aber nicht nur durch den Betroffenen. Handelt es sich um einen benachteiligenden Beschäftigten, so drohen Konsequenzen auch von dessen Arbeitgeber. Dieser hat nach § 12 Abs. 3 AGG geeignete und erforderliche Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung gegenüber seinem benachteiligenden Beschäftigten zu ergreifen. Ferner stellt § 7 Abs. 3 AGG klar, dass eine Benachteiligung nach § 7 Abs. 1 AGG durch einen Beschäftigten eine Verletzung dessen vertraglicher Pflichten darstellt. Der Arbeitgeber kann somit gegenüber seinem Beschäftigten nicht nur einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot, sondern vor allem auch eine Pflichtverletzung des Arbeitsvertrages rügen. Somit stehen dem Arbeitgeber nicht nur arbeitsrechtliche Sanktionen nach § 12 Abs. 3 AGG zu, sondern er kann den benachteiligenden Beschäftigten sogar seinerseits wegen der Verletzung des Arbeitsvertrages in Regress nehmen.<sup>917</sup> Dies wird immer dann zu erwarten sein, wenn der Arbeitgeber selbst durch den Betroffenen – z.B. im Rahmen von § 15 AGG - in Anspruch genommen wird.<sup>918</sup>

Vereinfacht lässt sich somit zusammenfassen, dass Dritte bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nicht unmittelbar nach dem AGG haften. Da die Hürden zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches aufgrund des Erfordernisses von schwerwiegenden Eingriffen bei der Haftung aus Delikt hoch sind, wird sich bei „normalen“ Benachteiligungen durch einen Dritten in der Regel keine Haftung nach allgemeinen Bestimmungen ergeben. Es sei denn, der Benachteiligende begeht im Rahmen der Diskriminierung eine Strafvorschrift, welche als Schutzgesetz anerkannt ist. Ist der Dritte jedoch ein benachteiligender Beschäftigter, so hat er zumindest Konsequenzen von seinem Arbeitgeber zu befürchten. Denn Letzterer muss nach § 12 Abs. 3 AGG nicht nur Maßnahmen gegenüber seinem benachteiligenden Beschäftigten ergreifen, sondern kann wegen § 7 Abs. 3 AGG auch Regress bei seinem benachteiligenden Beschäftigten nehmen. Dies ist immer dann zu erwarten, wenn der Arbeitgeber selbst dem Betroffenen gegenüber aus § 15 AGG haftet. Inwiefern ein Verstoß durch einen Dritten einen Schadensersatzanspruch nach § 15 AGG gegenüber dem Arbeitgeber begründet, und welche weiteren Konsequenzen ein Fehlverhalten eines Dritten für den Arbeitgeber haben kann, wird später ausführlich unter IV. 1. b. cc. und IV 2. c. aa. [2]. [b]. erörtert werden.

---

<sup>915</sup> Teils wird im Schrifttum somit lediglich die Schutzgesetzzeigenschaft von § 7 Abs. 1 AGG verneint.

<sup>916</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 7; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 7.

<sup>917</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 298 zu § 7.

<sup>918</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 23 zu § 7; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 64 zu § 7.

#### 4. Rechtfertigungsmöglichkeiten

Nachdem festgestellt wurde, dass das AGG in verschiedenen Bereichen des Leistungssports Anwendung findet (hierzu ausführlich II.) und ferner im Berufssport eine Reihe von Diskriminierungen tatsächlich stattfinden (hierzu ausführlich III. 1. und III. 2.), gilt es weiter zu klären, ob nicht Rechtfertigungsmöglichkeiten bestehen, welche unter Umständen Diskriminierungen im Sport erlauben könnten. So scheinen bereits ohne tiefgründige juristische Prüfung die Jugendförderung oder die Wahrung der Chancengleichheit im Wettkampf schutzwürdige Anliegen im Sport zu sein, die unter Umständen eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten. Ob dem wirklich so ist, werden die Ausführungen in folgendem Kapitel klären. Denn eine juristische Rechtfertigung verlangt in aller Regel eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (Erforderlichkeit, Geeignetheit, Angemessenheit etc.) und somit mehr als nur das Vorliegen eines legitimen Grundes.

Welche Voraussetzungen gerade das AGG an eine Rechtfertigung stellt und welche Konsequenzen dies für den Bereich des Sports hat, soll nachfolgend dargestellt werden. Immerhin enthält das AGG mit den §§ 3 Abs. 2, 5, 8, 9 und 10 AGG mehrere Vorschriften, welche aus verschiedenen Gründen unterschiedliche Behandlungen für zulässig erklären.

##### a. Rechtmäßiges Ziel, § 3 Abs. 2 AGG

Eine erste Rechtfertigungsmöglichkeit liefert § 3 Abs. 2 AGG, der grundsätzlich den Begriff der mittelbaren Benachteiligung definiert.<sup>919</sup> Nach dessen Definition liegt eine mittelbare Benachteiligung nicht vor, wenn die diskriminierenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Bereits der Aufbau dieser Vorschrift stellt gesetzestechnisch eine Besonderheit dar.<sup>920</sup> Normalerweise ist es üblich, zunächst einen Verstoß – im Zusammenhang mit dem AGG eine Benachteiligung – festzustellen und in einem weiteren Schritt Rechtfertigungsgründe zu untersuchen. Gerade von dieser üblichen Systematik weicht das AGG in § 3 Abs. 2 AGG ab, indem die Rechtfertigung nach § 3 Abs. 2 AGG bereits eine Tatbestandsvoraussetzung der mittelbaren Benachteiligung ist.<sup>921</sup> Dementsprechend ist bereits bei der Feststellung einer mittelbaren Benachteiligung das Vorliegen von sachlich rechtfertigenden Gründen zu prüfen.<sup>922</sup> Liegen rechtfertigende Gründe vor, so fehlt es bereits an einer mittelbaren Benachteiligung. Diese Vorgehensweise ist selbst für das AGG ungewöhnlich, da die besonderen Rechtfertigungsgründe der §§ 5, 8, 9 und 10 AGG isoliert dargestellt werden und eine Rechtfertigung dort erst in einer zweiten Stufe zu überprüfen ist.<sup>923</sup> Scheidet eine Rechtfertigung nach § 3 Abs. 2 AGG bei einer mittelbaren Rechtfertigung aus, so muss aus diesen

<sup>919</sup> Siehe hierzu ausführlich III. 2. a. bb.

<sup>920</sup> So auch Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 52 zu § 3.

<sup>921</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 31 zu § 3; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 23 zu § 3.

<sup>922</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 73 zu § 3.

<sup>923</sup> Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 52 zu § 3.

Gründen bereits denknotwendig eine Rechtfertigung nach den §§ 8, 9, 10 und 20 AGG ausscheiden.<sup>924</sup>

#### *aa. Mittelbare Benachteiligung*

Dieser niedrigere Rechtfertigungsmaßstab kommt jedoch nicht allen Diskriminierungsformen zugute. So machen bereits die Positionierung in § 3 Abs. 2 AGG und dessen Wortlaut deutlich, dass diese sachliche Rechtfertigung nur für die mittelbare Benachteiligung gilt.<sup>925</sup> Die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG, die Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG, die sexuelle Belästigung nach § 3 Abs. 4 AGG und die Anweisung zur Benachteiligung nach § 3 Abs. 5 AGG können daher nicht über § 3 Abs. 2 AGG gerechtfertigt werden. Für diese finden die besonderen Rechtfertigungsgründe in den §§ 5, 8, 9, 10 und 20 AGG Anwendung.<sup>926</sup> Für die Prüfung der Rechtfertigung ist somit immer zu unterscheiden, in welcher Form diskriminiert wurde.

Für den Bereich des Leistungssports bedeutet dies, dass nur mittelbare Benachteiligungen aufgrund von Wettkampfbedingungen oder sonstigen, auf den ersten Blick neutral erscheinenden, Regelwerken über § 3 Abs. 2 AGG gerechtfertigt werden können. Auswahlentscheidungen, Maßnahmen des Trainers und sonstige, unerwünschte Verhaltensweisen gegenüber dem betroffenen Athleten, die keine mittelbare Benachteiligung darstellen, können hingegen nur im Rahmen der §§ 5, 8, 9 und 10 AGG genannten Rechtfertigungsgründe zulässig sein.

#### *bb. Rechtmäßige Ziele*

Damit eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG gerechtfertigt ist, müssen allerdings die benachteiligenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren ein rechtmäßiges Ziel verfolgen.<sup>927</sup> Der Begriff der Rechtmäßigkeit zeigt bereits, dass das Ziel nicht gegen gesetzliche Verbote verstoßen darf.<sup>928</sup> Das Ziel muss also mit dem Gemeinschaftsrecht und den nationalen Regelungen vereinbar sein.<sup>929</sup> Ferner nimmt das Schrifttum an, dass ein solches rechtmäßiges Ziel nur dann vorliegen kann, wenn es nach objektiven Maßstäben billigenswert ist.<sup>930</sup> Die Zielsetzung muss also ferner auf vernünftigen und einleuchtenden Erwägungen beruhen und darf nicht in Widerspruch zu verfassungsrechtlichen oder sonstigen übergeordneten Wertentscheidungen stehen.<sup>931</sup> Nach vorherrschender Ansicht im Schrifttum können daher unternehmerische Erwägungen, wie z.B. die Steigerung der Produktivität, die Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder der

<sup>924</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 32 zu § 3; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 23 zu § 3.

<sup>925</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 103 zu § 3.

<sup>926</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 52 zu § 3; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 103 zu § 3.

<sup>927</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 33 zu § 3.

<sup>928</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 24 zu § 3.

<sup>929</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 110 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 74 zu § 3.

<sup>930</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 33 zu § 3; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 58 zu § 3; ähnlich auch Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 24 zu § 3.

<sup>931</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 58 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 74 zu § 3.



Wettbewerbsfähigkeit, billigenswert sein, da man dem Arbeitgeber einen gewissen unternehmerischen Gestaltungsraum zugestehen muss.<sup>932</sup> Das Ziel ist dabei nicht auf betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte beschränkt, sondern kann ferner sozialpolitische, beschäftigungspolitische oder arbeitsmarktpolitische Zwecke beinhalten.<sup>933</sup>

### [1]. Anerkannte Ziele

Von der Rechtsprechung wurden bislang beispielsweise die Entlohnung aufgrund eines besonderen Erfahrungswissens<sup>934</sup>, die Berücksichtigung aufgrund spezifischer persönlicher Fähigkeiten<sup>935</sup>, die Honorierung für tatsächlich erbrachte Leistungen<sup>936</sup>, die Entlohnung einer bestimmten Berufsausbildung, soweit die Ausbildung für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenden spezifischen Aufgaben von Bedeutung ist<sup>937</sup>, die Berücksichtigung der Flexibilität bezüglich Arbeitszeit und -ort<sup>938</sup>, die Berücksichtigung der Lage auf dem Arbeitsmarkt<sup>939</sup>, die Produktivität von Beschäftigten im Rahmen von Akkordarbeit<sup>940</sup>, die Förderung von Altersteilzeit<sup>941</sup>, die Gewährung von Überbrückungsbeihilfe im Zusammenhang mit Altersruhegeld<sup>942</sup>, die Berücksichtigung der beruflichen Anforderungen<sup>943</sup>, die Gewährung von Zulagen und Arbeitsfreistellungen nur für Vollzeitbeschäftigte zum Ausgleich besonderer Belastungen<sup>944</sup> und ein vorrangiges Interesse an Vollzeitbeschäftigung<sup>945</sup> als rechtmäßige Ziele anerkannt.<sup>946</sup>

### [2]. Rechtmäßige Ziele im Sport

Betrachtet man die bislang anerkannten rechtmäßigen Ziele, so ist auffällig, dass es sich überwiegend um wirtschaftliche Erwägungen handelt. Lediglich im Zusammenhang mit der Frage, ob im Rahmen einer Kündigung bei der sozialen Auswahl bevorzugt Teilzeit-

<sup>932</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 33 zu § 3; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 24 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 74 zu § 3; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 110 zu § 3.

<sup>933</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 33 zu § 3; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 74 zu § 3; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 110 zu § 3; EuGH, Urteil vom 6.2.1996 – C 457/93 = NZA 1996, S. 319, 321; EuGH, Urteil vom 26.9.2000 – C 322/98 = NZA 2000, S. 1155.

<sup>934</sup> EuGH, Urteil vom 7.2.1991 – C 184/89.

<sup>935</sup> EuGH, Urteil vom 26.6.2001 – C 381/99.

<sup>936</sup> EuGH, Urteil vom 21.10.1999 – C 333/97, EzA Art. 119 EWG Nr. 57.

<sup>937</sup> EuGH, Urteil vom 17.10.1989 – C 109/88.

<sup>938</sup> EuGH, Urteil vom 17.10.1989 – C 109/88.

<sup>939</sup> EuGH, Urteil vom 27.10.1993 – C 127/92.

<sup>940</sup> EuGH, Urteil vom 26.6.2001 – C 381/99.

<sup>941</sup> BAG, Urteil vom 18.11.2003 – 9 AZR 122/03.

<sup>942</sup> BAG, Urteil vom 18.5.2006 – 6 AZR 631/05.

<sup>943</sup> EuGH, Urteil vom 1.7.1986 – 237/85.

<sup>944</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.1989 – 109/88 = NZA 1990, S. 772; BAG, Urteil vom 5.11.2005 – 5 AZR 8/03 = NZA 2005, S. 222, 225.

<sup>945</sup> EuGH, Urteil vom 26.9.2000 – C 322/98 = NZA 2000, S. 1155.

<sup>946</sup> Hierzu auch ausführlich Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 114 zu § 3 und Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 75 zu § 3.

beschäftigte ausgewählt werden dürfen, wurde über die Rechtmäßigkeit einer beschäftigungspolitischen Zielsetzung entschieden.<sup>947</sup>

*[a]. Kollision unternehmerischer und sportlicher Wertvorstellungen*

Die Zielsetzung im Sport – dies wurde unter I. 2. a. kurz skizziert – sollte allerdings auf Gesichtspunkte wie Gemeinnützigkeit, Fairness und Sportgeist ausgerichtet sein. Es stellt sich daher bereits zu Beginn die Frage, ob betriebswirtschaftliche Erwägungen überhaupt im Sport ein rechtmäßiges Ziel darstellen können und billigungswert sind.

Allerdings wurde eingangs der Arbeit auch festgestellt, dass die Zielsetzung im modernen Sport einen Wandel erfahren hat. So sind im Profi- bzw. Leistungssport Aspekte wie die körperliche Ertüchtigung und Gemeinnützigkeit nur noch nachrangig. In den Vordergrund treten hier vielmehr ein Leistungsdenken und ein Streben nach wirtschaftlichem Erfolg. Verstärkt wird diese Verschiebung der Wertvorstellungen auch durch die immer weiter eintretende Kommerzialisierung des Sports.<sup>948</sup> Zwar mögen diese Überlegungen für den Bereich der Nationalmannschaften nicht immer zutreffen, da dort die sportlichen Aspekte überwiegen sollten.<sup>949</sup> Allerdings gewinnt man auch dort zunehmend den Eindruck, als würden die wirtschaftlichen Belange, wie etwa die Einnahmen aus den Europa- und Weltmeisterschaften, das Gehalt des Bundestrainers und die Siegpriämien der Spieler, immer mehr in den Vordergrund rücken.

Gerade diese Kommerzialisierung hat dazu beigetragen, dass die meisten Vereine im Grunde genommen nicht mehr als gemeinnützige und nicht wirtschaftliche Vereine auftreten, sondern vielmehr zu Wirtschaftsunternehmen mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb aufgestiegen sind.<sup>950</sup> Im Leistungs- und Profisport überlagern somit immer mehr die wirtschaftlichen Interessen die eigentlichen Grundsätze des Sports, weshalb auch dort wirtschaftliche Erwägungen ein rechtmäßiges Ziel darstellen können.

Wegen den unterschiedlichen Interessen im Sport gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass im Leistungssport neben wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch andere, nicht-wirtschaftliche Erwägungen ein rechtmäßiges Ziel darstellen können. Die Rechtsprechung hat bereits im normalen Arbeitsleben neben betriebswirtschaftlichen Aspekten auch beschäftigungspolitische Zielsetzungen als rechtmäßige Ziele anerkannt.<sup>951</sup> Im Leistungssport gilt dies umso mehr, da dieser nicht nur von wirtschaftlichen Interessen, sondern eben auch von den Grundwertungen des Sports getragen wird. Dies hat der EuGH in zahlreichen Entscheidungen bestätigt.<sup>952</sup> So betont der EuGH in seinen Entscheidungen,

<sup>947</sup> EuGH, Urteil vom 26.9.2000 – C 322/98 = NZA 2000, S. 1155.

<sup>948</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 6, RN 4; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 57 ff.

<sup>949</sup> So auch EuGH, Urteil vom 12.12.1974 - 36/74 = NJW 1975, S. 1093, 1094.

<sup>950</sup> So auch Schwarze/Hetzel, EuR 2005, S. 581, 602, 603.

<sup>951</sup> EuGH, Urteil vom 26.9.2000 – C 322/98 = NZA 2000, S. 1155.

<sup>952</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 509, RN 76; EuGH, Urteil vom 12.12.1974 - Rs 36/74 = NJW 1975, S. 1093, 1094; EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C-325/08 = EuZW 2010, S. 342; auch EuG, Urteil vom 30.9.2004 – T-313/02 = BeckEuRS 2004, 389656.

dass gerade wegen der nichtwirtschaftlichen Zielsetzung im Sport im Wirtschaftsleben unter Umständen Benachteiligungen zulässig sein können. Voraussetzung für eine derartige Rechtfertigung ist allerdings, dass mit der Benachteiligung die sportlichen Belange, und nicht wirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt werden, und die Mittel zur Erreichung der Ziele nicht weiter gehen, als dies erforderlich ist.

*[b]. Jugend- und Nachwuchsförderung*

Ein rechtmäßiges Ziel im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG könnte im Sport die Jugend- und Nachwuchsförderung darstellen. Betriebswirtschaftliche Überlegungen spielen hier – wenn überhaupt – nur eine untergeordnete Rolle. Augenmerk der Jugend- und Nachwuchsförderung liegt vielmehr darin, junge Sportler zu fördern, um hierdurch die sportliche Zukunft und den Bestand der jeweiligen Sportart langfristig sicher zu stellen.<sup>953</sup> Dadurch, dass inländische Athleten in den frühen Jahren ihrer Sportausbildung intensiv gefördert werden, sollen mitunter die nationalen Auswahlmannschaften gestärkt werden.<sup>954</sup> Auch der EuGH sieht in der Jugend- und Nachwuchsförderung ein rechtmäßiges Ziel. So hat der EuGH beispielsweise im Fall Bosman hervorgehoben, dass im Sport ein berechtigter Zweck darin liegen kann, die „Einstellung und Ausbildung der jungen Spieler zu fördern“.<sup>955</sup> Dass die Förderung von Nachwuchsspielern ein legitimes Ziel darstellt und benachteiligende Regelungen rechtfertigen kann, hat der EuGH ferner in einer weiteren Entscheidung bestätigt.<sup>956</sup> Auch europarechtliche Dokumente erkennen die Jugendförderung als legitime Ziele an.<sup>957</sup>

Als rechtmäßiges Ziel im Rahmen von § 3 Abs. 2 AGG wird die Jugend- und Nachwuchsförderung allerdings gleichwohl keine besondere Bedeutung erlangen. Dies hängt mit dem Umstand zusammen, dass Benachteiligungen im Zusammenhang mit der Jugend- und Nachwuchsförderung in aller Regel in Form von unmittelbaren, und gerade nicht in Form von mittelbaren Benachteiligungen auftreten. Anders als dies bei der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten der Fall ist, knüpft die Jugend- und Nachwuchsförderung immer direkt an das Alter und somit an einen Diskriminierungsgrund nach § 1 AGG an.<sup>958</sup> So wird beispielsweise sowohl beim U24-Ausbildungsfonds im Basketball, als auch bei der U24-Regelung im österreichischen Eishockey an das 24. Lebensjahr des Athleten und somit unmittelbar an das Alter angeknüpft. Bei einer Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten wird hingegen gerade nicht direkt an ein Diskriminierungsmerkmal nach § 1 AGG angeknüpft. Vielmehr ergibt sich dort eine Benachteiligung erst mittelbar durch den Umstand, dass bei einer bevorzugten Kündigung von Teilzeitbeschäftigten

<sup>953</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht 2007, S. 591, RN 20; Conzelmann, Modelle für eine Förderung der inländischen Nachwuchssportler zur Stärkung der Nationalmannschaften, 2008, S. 23.

<sup>954</sup> Conzelmann, Modelle für eine Förderung der inländischen Nachwuchssportler zur Stärkung der Nationalmannschaften, 2008, S. 40.

<sup>955</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 510, RN 106.

<sup>956</sup> EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C-325/08 = EuZW 2010, S. 342.

<sup>957</sup> Weißbuch Sport [Kom(2007) 391 endg. vom 11.7.2007], S. 6 und 7.

<sup>958</sup> So auch Resch, SpuRt 2007, S. 98, 99.

tigten in aller Regel häufiger Frauen betroffen sein werden, da diese prozentual öfter als Männer in Teilzeit arbeiten.<sup>959</sup> Da Jugend- und Nachwuchsförderung somit immer zielgerichtet stattfindet und hierzu am Merkmal des Alters angeknüpft werden muss, sind Diskriminierungen in diesem Zusammenhang immer als unmittelbare Benachteiligungen im Sinne von § 3 Abs. 1 AGG zu qualifizieren. Ein rechtmäßiges Ziel für eine mittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG kann die Jugend- und Nachwuchsförderung daher in aller Regel nicht darstellen.

*[c]. Vergleichbarkeit der Leistungen*

Ein rechtmäßiges Ziel im Rahmen von § 3 Abs. 2 AGG könnte im Sport allerdings die Vergleichbarkeit der sportlichen Leistungen darstellen.

Der Profisport – anders als der Freizeitsport, in welchem überwiegend die Erholung und die körperliche Ertüchtigung im Vordergrund stehen – ist geprägt von dem Leistungsgedanken, die sportlichen Fähigkeiten im unmittelbaren oder mittelbaren Vergleich mit anderen zu messen.<sup>960</sup> Besonders ausgeprägt ist dieses Streben im Profisport bei den Wettkampfsportarten.<sup>961</sup> Dort treten die Sportler meist direkt gegeneinander an, weshalb in diesen Sportarten ein direkter Leistungsvergleich stattfindet.<sup>962</sup>

Für einen derartigen Leistungsvergleich ist es allerdings für alle Beteiligten von entscheidender Bedeutung, dass die Leistungen der jeweiligen Athleten vergleichbar sind. Denn der sportliche Erfolg gebührt nur demjenigen, der aufgrund seines individuellen Leistungsniveaus im sportlichen Wettkampf die bessere Leistung erzielt. Ein fairer Leistungsvergleich ist aber nur in solchen Gruppen möglich, die ohne Berücksichtigung der individuellen Leistungsfähigkeit auf Grund ihrer biologischen Konstitution eine allgemein vergleichbare Ausgangslage aufweisen.<sup>963</sup> Da die Leistung und damit der Erfolg eines Sportlers bei Wettkampfsportarten größtenteils durch die körperliche Konstitution beeinflusst werden, muss gewährleistet sein, dass sämtliche Athleten dieselbe körperliche Ausgangslage haben.

Für eine Vergleichbarkeit muss beispielsweise sichergestellt sein, dass sich kein Athlet Vorteile mittels leistungssteigernden Substanzen verschafft. Andernfalls wäre eine verlässliche Beurteilung, wie nun die Leistungen der jeweiligen Athleten einzustufen sind, nicht möglich. Zum einen, da ohne Dopingtests nicht feststellbar ist, ob überhaupt gedopt wurde. Dem sportbegeisterten Zuschauer ist es nicht möglich, einzuschätzen, ob die Leistung des siegenden Athleten in dessen herausragenden Fähigkeiten oder lediglich in Doping gründet. Zum anderen ist nicht feststellbar, welche Vorteile das Doping konkret bewirkt hat. Man kann beispielsweise nicht feststellen, ob ein Sprinter ohne Doping nun 0,1 oder 0,5 Sekunden langsamer gewesen wäre, weshalb man seine Leistung

<sup>959</sup> EuGH, Urteil vom 26.9.2000 – C 322/98 = NZA 2000, S. 1155, 1156, RN 24.

<sup>960</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 51, RN 1.

<sup>961</sup> Z.B. Leichtathletik, Schwimmen, Radfahren, Skispringen, Skifahren, Fechten etc.

<sup>962</sup> So auch Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 221.

<sup>963</sup> Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 27.

auch nach Feststellung eines Dopingverstoßes nicht mit denen nicht gedopter Athleten gegenüber stellen kann.

Ähnlich gelagert ist die Problematik rund um Hermaphroditen. Auch dort ist kaum bestimmbar, welche Vorteile der zwischengeschlechtliche Athlet gegenüber anderen Athleten allein aufgrund seiner körperlichen Anomalie besitzt. Zwar dürfte in diesem Zusammenhang unstrittig sein, dass Männer im Hinblick auf Muskelkraft und Ausdauer physiologisch gegenüber Frauen bevorteilt sind. Allerdings lässt sich das Geschlecht bei Hermaphroditen nicht eindeutig bestimmen, weshalb Hermaphroditen auch als Zwischengeschlecht bezeichnet werden. Nicht immer gehen mit der Zwischengeschlechtlichkeit aber zwangsläufig physiologische Vorteile einher, weshalb nicht pauschal die Aussage getroffen werden kann, dass der betroffene Athlet bevorteilt ist. Dies macht eine Vergleichbarkeit der Leistungen, ebenso wie beim Doping, beinahe unmöglich.

Der Sport verlangt jedoch beim Vergleich von sportlichen Leistungen eine gewisse Transparenz, die es ermöglicht, die Leistung der Athleten zu beurteilen und in Verhältnis mit Leistungen anderer Athleten zu setzen. Besonders ausgeprägt ist dieses Interesse bei Wettkampfsportarten mit einem direkten Leistungsvergleich, wie dies beispielsweise überwiegend bei Wettkämpfen der Leichtathletik der Fall ist. Würde man hier beispielsweise die geschlechtsbezogene Trennung von Männer und Frauen aufheben, dann könnte man eine Aussage über die Leistungen von weiblichen Athleten nur noch schwerlich vornehmen können. Es wäre zu erwarten, dass die Frauen wegen ihrer körperlichen Nachteile bereits in der Vorrunde ausscheiden, weshalb eine Beurteilung ihrer Leistungen nur noch über eine Analyse der Ergebnistabellen der Vorrunden möglich wäre. Hierdurch würde die Sportart allerdings an Transparenz verlieren.

Es ist somit ein rechtmäßiges Anliegen im Sport, dass die Leistungen der Athleten miteinander vergleichbar bleiben.

*[d]. Chancengleichheit/Unge­wis­sig­keit der Ergebnisse/Ausgewogenheit*

Leistungsvorteile jeglicher Art, seien sie bedingt durch die natürliche Genetik oder durch Doping, betreffen aber nicht nur die Vergleichbarkeit der Leistung. Sie betreffen vor allem auch die Chancengleichheit der jeweiligen Athleten und die Ausgewogenheit des Wettkampfes, weshalb sich die Frage stellt, ob auch diese Aspekte ein legitimes Ziel für Benachteiligungen im Sport darstellen können.

*[aa]. Rechtsprechung des EuGH*

Dass derartige Werte im Sport legitime Ziele darstellen können, hat der EuGH beispielsweise im Fall Bosman entschieden.<sup>964</sup> Dort heißt es in den Entscheidungsgründen mitunter wörtlich:

*„Angesichts der beträchtlichen sozialen Bedeutung, die der sportlichen Tätigkeit und insbesondere dem Fußball in der Gemeinschaft zukommt, ist anzuerkennen, daß die Zwecke be-*

<sup>964</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 510, RN 106.

*rechtigt sind, die darin bestehen, die Aufrechterhaltung eines Gleichgewichts zwischen den Vereinen unter Wahrung einer bestimmten Chancengleichheit und der Ungewißheit der Ergebnisse zu gewährleisten sowie die Einstellung und Ausbildung der jungen Spieler zu fördern.“*

Im Fall Bosman hatte der EuGH zu entscheiden, inwiefern Ausländerklauseln die Freizügigkeit von Berufsfußballspielern im Sinne von Art. 48 EWGV verletzen. Hierzu musste sich das Gericht ausgiebig damit befassen, welchen Sinn und Zweck Ausländerklauseln haben und ob dies unter Umständen Einschränkungen der Freizügigkeit zulässt. Wie der Auszug aus den Entscheidungsgründen zeigt, stellte der EuGH in diesem Zusammenhang fest, dass neben der Jugendförderung gerade auch die Aufrechterhaltung eines Gleichgewichts, die Wahrung der Chancengleichheit und die Ungewissheit der Ergebnisse rechtmäßige Ziele im Sport sein können. Gerade letzterer Zweck, die „Ungewissheit der Ergebnisse“ verdeutlicht, dass im Sport nicht nur Einzelinteressen von Vereinen, Verbänden und Athleten rechtmäßige Zwecke darstellen, sondern auch Interessen der Allgemeinheit.

Aber auch im Zusammenhang mit Doping hat der EuGH entschieden, dass die Gewährleistung der Chancengleichheit, der Ehrlichkeit und der Objektivität des Sports, allgemeine und billigenswerte Ziele sind.<sup>965</sup>

Der EuGH hat mit seinen Entscheidungen verdeutlicht, dass die Chancengleichheit sowohl für die Vereine und Verbände, als auch für die Athleten untereinander, und somit für den Sport im Allgemeinen, entscheidende und wesentliche Bedeutung hat. Der Reiz des Sports zeichnet sich gerade durch seine Objektivität und Fairness seiner Wettkämpfe aus. Hierfür ist die Chancengleichheit unabdingbar, weshalb auch diese als rechtmäßiges Ziel anzuerkennen ist.

*[bb]. Art. 3 Abs. 3 GG*

Bei dem Prinzip der Chancengleichheit handelt es sich aber nicht nur um eine sportliche Wertvorstellung, sondern auch um einen im Grundgesetz verankerten Grundsatz.<sup>966</sup> So darf gem. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG niemand wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Gem. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Das Prinzip der Chancengleichheit ist daher nicht nur als rechtmäßiges Ziel anzuerkennen. Vielmehr stellt der allgemeine Gleichheitssatz eines der tragenden Konstitutionsprinzipien der deutschen freiheitlich-demokratischen Verfassung dar.<sup>967</sup>

<sup>965</sup> EuGH, Urteil vom 18.7.2006 – C-519/04 = BeckEuRS 2006, 429995, RN 43.

<sup>966</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 92.

<sup>967</sup> BVerfGE 6, S. 257, 265 = NJW 1957, S. 584.

[cc]. *Verzichtsmöglichkeit auf Chancengleichheit*

Fraglich ist, ob ein einzelner Athlet auf seine Chancengleichheit verzichten kann, wodurch zumindest dieser Aspekt als legitimes Ziel entfallen würde. Mit dieser interessanten Fragestellung hat sich auch bereits ein Teil des Schrifttums beschäftigt.<sup>968</sup>

So ist beispielsweise denkbar, dass eine Sportlerin auf Grund ihrer persönlichen Leistungsfähigkeit zu ihren Lasten auf das Prinzip der Chancengleichheit verzichtet, um einen Anspruch auf die Teilnahme an einer Veranstaltung für männliche Sportler durchzusetzen. Deutsche Gerichte mussten sich mit dieser Fragestellung bislang noch nicht beschäftigen.<sup>969</sup> US-amerikanische Gerichte haben hingegen im Bereich des High School- und College Sports bereits mehrfach über die Zulassung von Sportlerinnen zu Sportveranstaltungen, welche bis dahin ausschließlich Männern vorbehalten waren, entschieden.<sup>970</sup> Nach dieser Rechtsprechung kann eine Athletin auf das Prinzip der Chancengleichheit verzichten und an Sportveranstaltungen der Männer teilnehmen. Ein Ausschluss kann trotz dieses Verzichtes jedoch sachlich gerechtfertigt sein, wenn die Athletin einer erhöhten Verletzungsgefahr ausgesetzt würde. Denkbar ist dies beispielsweise bei Kontaktsportarten wie Boxen, Ringen oder Football.<sup>971</sup>

Anders verhält es sich, wenn ein, aufgrund des Geschlechts physisch stärkerer, Athlet in einer schwächeren Veranstaltung teilnehmen möchte. Hier müsste ein Verzicht aller schwächeren Athleten stattfinden. So hatte beispielsweise das US-amerikanische Bundesgericht in einem Fall über das Teilnahmerecht eines männlichen Athleten in einer Damenvolleyballmannschaft zu entscheiden.<sup>972</sup> In diesem Zusammenhang stellte es fest, dass Jungen generell eine bessere physische Eignung zum Volleyballspielen hätten als Mädchen. In einer ähnlichen Entscheidung – dort ging es allerdings um die Zulassung zweier Frauen zu Herrenmannschaft im Tennis – stellte ein amerikanisches Gericht fest, dass Männer im Allgemeinen höher gewachsen und aufgrund einer vermehrten Muskelmasse stärker als Frauen sind, und darüber hinaus über ein größeres Herz und intensiveres Atmungsvermögen verfügen, wodurch sie den Sauerstoff wirksamer nutzen können; auch können Männer aufgrund ihres Körperbaus im Bereich des Beckens und der Oberschenkel schneller laufen als Frauen.<sup>973</sup> Diese körperliche Überlegenheit würde bei einer Zulassung im Wettkampf der Frauen zu einer Dominanz der männlichen Athleten führen, so dass die Chancengleichheit der weiblichen Athleten nicht mehr garantiert werden könnte.

<sup>968</sup> Wüterich/Breucker, *Das Arbeitsrecht im Sport*, 2006, S. 151, RN 206; Zinger, *Diskriminierungsverbote und Sportautonomie*, 2002, S. 222.

<sup>969</sup> Zinger, *Diskriminierungsverbote und Sportautonomie*, 2002, S. 222.

<sup>970</sup> *Brenden v. Independent School District*, 342 F.Supp. 1224 (D.Minn. 19972); 477 F.2d 1292 (8<sup>th</sup> Cir. 1973); *Reed v. Nebraska Activities Association*, 341 F.Supp. 258 (D.Nebraska 1972); *Haas v. South Bend Community School Corporation*, 289 N.E.2d 495 (Ind. 1972).

<sup>971</sup> Zinger, *Diskriminierungsverbote und Sportautonomie*, 2002, S. 222.

<sup>972</sup> *Clark v. Arizona Interscholastic Association*, 695 F.2d 1126 (9<sup>th</sup> Cir. 1982).

<sup>973</sup> *Brenden v. Independent School District*, 342 F.Supp. 1224 (D.Minn. 1972); 477 F.2d 1292 (8<sup>th</sup> Cir. 1973).

Dies führt zu dem Ergebnis, dass Frauen durchaus auf ihre Chancengleichheit verzichten können, wenn sie am Wettkampf der Herren teilnehmen wollen. Einem männlichen Athleten bleibt diese Möglichkeit hingegen verwehrt. Aufgrund seiner körperlichen Veranlagung besitzt er in beinahe jeder Sportart einen Wettbewerbsvorteil. Zur Teilnahme am Wettkampf der Frauen wäre es daher erforderlich, dass sämtliche weibliche Konkurrentinnen auf ihre Chancengleichheit verzichten. Dies ist jedoch nicht zu erwarten, weshalb Männer nicht zu Wettkämpfen der Frauen zuzulassen sind.

*[e]. Körperliche Unversehrtheit der Athleten*

Ein rechtmäßiges Ziel kann im Sport ferner die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit der Athleten darstellen. So kann beispielsweise der Ausschluss eines Athleten von bestimmten Wettkämpfen gerechtfertigt sein, um hierdurch absehbare Verletzungen zu vermeiden.

*[aa]. Anerkanntes Ziel*

Dass es sich bei der Gesundheit des Athleten um ein besonders schützenswertes Rechtsgut handelt, macht bereits der Umstand deutlich, dass in Deutschland das Recht auf körperliche Unversehrtheit durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert wird. Durch dieses Grundrecht soll vor allem der Körper im biologisch-physischen Sinn, welcher für den Athleten gerade dessen Kapital darstellt, geschützt werden.<sup>974</sup> Bereits aus diesem Grund ist die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit der Athleten als rechtmäßiges Ziel anzuerkennen.

Ferner hat der EuGH im Zusammenhang mit Doping entschieden, dass die Gewährleistung der körperlichen Gesundheit<sup>975</sup> der Athleten gerade im Sport einen rechtmäßigen Zweck darstellt. So hat es in seinen Entscheidungsgründen hervorgehoben, dass zu den nichtwirtschaftlichen Zielen im Sport neben dem Fair-Play gerade auch die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit gehört.<sup>976</sup> Diese Feststellung hat der EuGH in einer weiteren Doping-Entscheidung bestätigt, weshalb die Gewährleistung der körperlichen Gesundheit auch aus diesen Gesichtspunkten als rechtmäßiges Ziel anzuerkennen ist.<sup>977</sup> In diesem Zusammenhang ist beachten, dass die Bedeutung des Sports auf europarechtlicher Ebene immer mehr zunimmt. Der Sport hält daher auch Einzug in einige europarechtliche Dokumente.<sup>978</sup> So heißt es beispielsweise im Entwurf des Vertrages vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa in Art. III-282 Abs. 1 g), dass ein Ziel der Union der „Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit der Sportler, insbesondere junger Sportler“ ist.<sup>979</sup> Aufgrund der „Dimensionen des Sports“ wurde

<sup>974</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 57. Auflage 2010, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 RN 55.

<sup>975</sup> Streng genommen darf der Begriff der „Gesundheit“ nicht mit dem Begriff der „körperlichen Unversehrtheit“ gleichgesetzt werden, da diese unterschiedliche Bedeutung haben; vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 57. Auflage 2010, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 RN 57.

<sup>976</sup> EuGH, Urteil vom 30.9.2004 – T-313/02 = BeckEuRS 2004, 389656, RN 44.

<sup>977</sup> EuGH, Urteil vom 18.7.2006 – C-519/04 = BeckEuRS 2006, 429995, RN 43.

<sup>978</sup> Z.B. Weißbuch Sport [Kom(2007) 391 endg. vom 11.7.2007].

<sup>979</sup> Abgedruckt in BT-Drucks. 15/4900.



diese Zielsetzung auch in Art. 165 AEUV niedergeschrieben. Die Vorschrift entspricht dem ehemaligen Art. 149 EGV, der diese Zielsetzung rund um den Sport noch nicht beinhaltete.

Die Gewährleistung der körperlichen Unversehrtheit im Bereich des Sports ist somit auf europarechtlicher und nationaler Ebene als rechtmäßiges Ziel anerkannt. Gerade für den Ausschluss behinderter Athleten von bestimmten Wettkämpfen oder bei der Rechtfertigung der geschlechtsspezifischen Trennung wird die Wahrung der Gesundheit der jeweiligen Athleten immer wieder als Rechtfertigungsgrund angeführt.<sup>980</sup> Bei gefährlichen Kontaktsportarten und gravierenden physiologischen Unterschieden sind derartige Vorgehensweisen sicherlich angebracht. Allerdings erscheint es oftmals so, als würde die körperliche Unversehrtheit in einigen Sportarten nur als Vorwand für die Beibehaltung traditioneller Strukturen benutzt. So mutet es seltsam an, dass Frauen im Eishockey trotz der körperbetonten Spielweise zum Wettkampf der Männer zugelassen werden und es dort zu keinen Problemen kommt, während hingegen die Zulassung der Frauen im Männerfußball wegen einem erhöhten Verletzungsrisiko und zu deren Schutz ausgeschlossen sein soll. Die strikte Trennung ohne Ausnahmemöglichkeiten scheint jedenfalls im Hinblick auf das AGG problematisch.<sup>981</sup> Hierbei handelt es sich allerdings um eine Problematik, die es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung für die jeweilige Sportart im Wege einer Einzelfallprüfung zu klären gilt. Die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit stellt jedenfalls grundsätzlich ein rechtmäßiges Ziel im Sinne des AGG dar und kann daher unter Umständen Einschränkungen rechtfertigen.

*[bb]. Verzichtsmöglichkeiten – Selbstbestimmungsrecht des Sportlers*

Fraglich könnte sein, ob Athleten im Vorfeld wirksam auf den Schutz ihrer eigenen Gesundheit verzichten können und ihnen insofern ein Selbstbestimmungsrecht zur sog. „freiverantwortlichen Selbstgefährdung“ zusteht. Hierdurch könnten die betroffenen Athleten den Vereinen und Verbänden die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit als Rechtfertigungsgrund entziehen.

Grundsätzlich steht es jedem Athleten frei, eigenverantwortlich und selbstständig darüber zu entscheiden, ob er sich einer Verletzungsgefahr aussetzen möchte oder nicht.<sup>982</sup> In Deutschland umfasst die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG das Recht auf Selbstgefährdung.<sup>983</sup> Ferner ist die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG im Rahmen sozialadäquater Handlungen disponibel.<sup>984</sup> Die Sportausübung ist als solches sozialadäquates Verhalten einzustufen, weshalb der Staat weder im Bereich des Hochleistungssports, noch bei besonders gefährlichen Sportarten eingreifen

<sup>980</sup> Haas in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts, Juli 2005, B.2. S. 46, RN 73; Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 221; Zinger, Spektrum des Sportrecht, 2003, S. 13.

<sup>981</sup> So auch Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 151, RN 206.

<sup>982</sup> Lang, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand:1.6.2010, Art. 2, RN 63.

<sup>983</sup> Würtenberger, Risikosportarten, 1991, S. 31, 33.

<sup>984</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 57. Auflage 2010, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 RN 61.

muss.<sup>985</sup> Andernfalls wären auch sämtliche Sportarten – insbesondere Risikosportarten – zu verbieten, da sich in kaum einer Sportart das Verletzungsrisiko gänzlich ausschließen lässt. Vor allem behinderten Athleten ist ein derartiges Selbstbestimmungsrecht zuzusprechen, da der Entzug eines solchen andernfalls einer „Bevormundung“ durch Dritten gleichkommen und somit der Zielsetzung des AGG entgegenlaufen würde.<sup>986</sup> Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und der freien Entfaltungsmöglichkeit stellen Kernelemente zur Integration und Gleichstellung dar.<sup>987</sup>

Allerdings ist das Bestimmungsrecht der Athleten dort eingeschränkt, wo das Risiko einer Verletzung über das allgemeine bestehende Risiko einer Selbstgefährdung hinausgeht und somit nicht mehr sozialadäquat ist.<sup>988</sup> So ist ein legitimes Bedürfnis eines verantwortlichen Verbandes zum Ausschluss eines Athleten von Wettkämpfen etwa dann anzunehmen, wenn ein medizinisches Gutachten lebensbedrohende Risiken bestätigt. So geschehen im Fall Knapp gegen Northwestern University.<sup>989</sup> Dort erlitt Knapp, ein begabter Basketballspieler, im letzten High-School-Jahr während eines Basketballspiels einen plötzlichen Herzstillstand, der beinahe zu dessen Tod geführt hätte. Aufgrund des Vorfalles wurde ihm ein Herzschrittmacher eingesetzt; in ärztlichen Bescheinigungen wurde mehrfach von einer Teilnahme am wettkampfmäßig betriebenen Basketball abgeraten. Daraufhin versagte der leitende Teamarzt der Universität Knapp die Teilnahme an der universitären Basketballmannschaft. Knapp hingegen begehrte die Zulassung zur Basketballmannschaft und zog vor Gericht. Dass die Gefahr einer Gesundheitsschädigung bei Knapp höher zu bewerten ist, als bei einem normalen männlichen Basketballspieler, war unstrittig.<sup>990</sup> Das Berufungsgericht beanstandete den Ausschluss von Knapp nicht.<sup>991</sup> Es betonte, dass die Entscheidung der Universität zur Nichtzulassung von Knapp der Billigkeit entspreche und auf qualifizierten medizinischen Tatsachen beruhe. Das Berufungsgericht gewährte der Universität hiermit nicht nur einen Beurteilungsspielraum, sondern es stellte auch klar, dass die Gesundheit des Athleten nicht allein in dessen Entscheidungsfreiheit steht.<sup>992</sup> Vielmehr haben auch die sportlichen Vereinigungen ein berechtigtes und anerkanntes Bedürfnis, teilnehmende Sportler vor Verletzungen und Schäden bei der sportlichen Ausübung zu bewahren.<sup>993</sup>

<sup>985</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 57. Auflage 2010, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 RN 84.

<sup>986</sup> Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 18.

<sup>987</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 230.

<sup>988</sup> Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 19; Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 189 ff. und S. 212 ff.

<sup>989</sup> 938 F.Supp. 508 (N.D.III. 1996) – einstweiliges Verfügungsverfahren; 942 F.Supp. 1191 (N.D.III. 1996) – Hauptsacheverfahren erste Instanz; 101 F.3d 473 (7th Cir. 1996) – Berufungsverfahren.

<sup>990</sup> Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 17.

<sup>991</sup> 101 F.3d 473 (484).

<sup>992</sup> Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 17.

<sup>993</sup> Diese Zielsetzung findet sich im amerikanischen College-Sport beispielsweise in: NCAA Manual, Constitution 2.2.3.: „(...) it is responsibility of each member institution to protect the health of and provide a safe environment for each of its participating student-athletes (...)“

Für eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Athleten ist somit erforderlich, dass eine vernünftige Wahrscheinlichkeit für eine gravierende, über das allgemeine Risiko hinausgehende, Gesundheitsverletzung besteht.<sup>994</sup> Die Feststellung eines solchen erheblichen Verletzungsrisikos kann im konkreten Fall durch medizinische Gutachten oder übliche Sporteignungstest erfolgen. Allerdings wird sich eine derartige Feststellung oftmals als schwierig herausstellen. Nicht immer sind erhebliche Gesundheitsrisiken wie im Fall Knapp durch medizinische Gutachten feststellbar. Ein Herzfehler und dessen Risiken können noch diagnostiziert werden. Auch wird man bei gefährlichen Sportarten ein erhöhtes Risiko feststellen können, wenn es dort auf die physiologische Konstitution ankommt, und der jeweilige Athlet die physischen Anforderungen an den Sport nicht erfüllt. So verlangt das Reglement der Formel 1 beispielsweise, dass sich ein Fahrer im Falle eines Fahrzeugbrandes selbstständig in kurzer Zeit aus dem Fahrzeug befreien kann. Diese Befähigung fehlt einem querschnittsgelähmten Fahrer, weshalb für ihn ein erhöhtes Risiko besteht, was es wiederum rechtfertigt, ihn auszuschließen. Ähnlich verhält es sich bei Kampfsportarten, bei welchen der sportliche Erfolg vor allem durch die körperliche Konstitution beeinflusst wird.<sup>995</sup> Dort kann ein erhöhtes Risiko einer Gesundheitsgefährdung immer dann festgestellt werden, wenn die physiologischen Unterschiede so gravierend sind, dass erhebliche Verletzungsrisiken wie schwere Gehirnerschütterungen, Gehirnblutungen etc. bereits im Vorfeld zu erwarten sind. Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, dass ein männlicher Schwergewichts-Boxer nicht gegen eine weibliche Kollegin antritt.<sup>996</sup> Problematisch ist die Feststellung einer über das allgemeine Verletzungsrisiko hinausgehenden Gefährdung allerdings dann, wenn gerade keine signifikanten biologischen Unterschiede bestehen oder die Kraft und Körpergröße des Athleten keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen. Letzteres trifft bei Sportarten zu, bei welchen es mehr auf Geschick, Beweglichkeit, Koordination, Zeiteinteilung und Konzentration ankommt.<sup>997</sup> Als Beispiele sind hierfür die Ballsportarten wie Volleyball, Handball, Fußball, Basketball oder Hockey zu nennen.

Aus diesen Gründen ist die Argumentationsweise im Fußball, dass man mit einer geschlechtsbezogenen Trennung von Frauen und Männern vor allem den gesundheitlichen Schutz der weiblichen Athletinnen gewährleisten wolle, mehr als problematisch. Dies vor allem deswegen, wenn man bedenkt, dass die Fußballverbände ansonsten weit aus höhere Gesundheitsgefährdungen tolerieren. So lässt man beispielsweise den Fußball-Profi Gerald Asamoah trotz seines angeborenen Herzfehlers und dem erheblichen Risiko eines lebensbedrohlichen Herzinfarkts weiterhin Fußballspielen; das Risiko ist sogar derart groß, dass der Verein bei allen Trainingseinheiten extra für Asamoah einen Defibrillator bereit hält.<sup>998</sup> Im Fall Knapp war die Diagnose eines Herzfehlers hin-

<sup>994</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 215.

<sup>995</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 221.

<sup>996</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 150, RN 205.

<sup>997</sup> Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 23; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 151, RN 205.

<sup>998</sup> Willeke, Mit vollem Risiko, Zeit-Online, 1.6.2006.

gegen ausreichend, um ihm ein Teilnahmerecht zu versagen.<sup>999</sup> In der Konsequenz bedeutet dies, dass man bei männlichen Fußballspielern hohe Gesundheitsgefährdungen mit schweren gesundheitlichen Folgen zulässt Frauen möchte man hingegen bereits vor allgemeinen und sporttypischen Verletzungen, welche mangels körperlicher Durchsetzungskraft gegebenenfalls aus harten Zweikämpfen durch Ellbogeneinsatz etc. herrühren könnten, schützen.

Faktisch bedeutet dies, dass man männlichen Athleten ein weiterreichenderes Selbstbestimmungsrecht als Frauen zuspricht. Gerade hierin ist eine Diskriminierung zu sehen. Würde man in der Männerdomäne Fußball denselben Maßstab zum Schutz der Gesundheit anlegen, so müsste man einem zierlichen Spieler wie Marko Marin - 64 kg Körpergewicht auf 1,70 m – den Einsatz in der Fußballbundesliga versagen, da Zweikämpfe mit Abwehrspielern wie Daniel van Buyten – 98 kg Körpergewicht auf 1,97 m – unvermeidlich sind. Das Beispiel zeigt offenkundig, dass die Gefährdung aufgrund individueller Unterschiede zwischen einzelnen Sportlern innerhalb eines Geschlechts weitaus größer sein kann, als diejenige, welche sich aus den durchschnittlich festgestellten Unterschieden zwischen den Geschlechtern ergibt.<sup>1000</sup>

*[cc]. Zwischenergebnis*

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit der Athleten grundsätzlich ein billigenwertes und rechtmäßiges Ziel im Sport darstellt. Allerdings haben Vereine und Verbände bei der Umsetzung dieses Ziels zu beachten, dass den Athleten ein auf das sozialadäquate Verletzungsrisiko beschränktes Selbstbestimmungsrecht zusteht, was es dem einzelnen Sportler erlaubt, sich in gewissen Umfang eigenverantwortlich selbst zu gefährden. Macht ein Athlet von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch, und liegt keine Gefährdungslage vor, welche über dem sozialadäquaten Verletzungsrisiko liegt, so scheidet die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit als Rechtfertigungsgrund aus. Gerade in der Nichtbeachtung bzw. unterschiedlichen Behandlung des Selbstbestimmungsrechts eines Athleten, ist eine Diskriminierung zu sehen. In diesem Zusammenhang erscheint es willkürlich, einzig auf die allgemeinen physiologischen Unterschiede zwischen den Geschlechtern abzustellen, ohne die individuellen Unterschiede innerhalb eines Geschlechts angemessen zu berücksichtigen.

*[f]. Durchführbarkeit der Wettkämpfe*

Im Bereich des Arbeitsrechtes wird mitunter das bessere Funktionieren eines Unternehmens als ein legitimes Ziel anerkannt.<sup>1001</sup> Fraglich könnte sein, ob sich diese Überlegungen auch auf den Sport übertragen lassen.

<sup>999</sup> Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 16 ff.

<sup>1000</sup> Dieselbe Feststellung machte ein amerikanisches Gericht im Fall Hoover v. Meiklejohn, 430 F.Supp. 164 (D.Colorado 1997); ausführlich hierzu Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 23.

<sup>1001</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 33 zu § 3; Däubler, ZfA 2006, S. 476, 488.

Im Fall von Caster Semenya hatten beispielsweise einige Konkurrentinnen und Fans mit einem Boykott der Disziplin über 800 m gedroht.<sup>1002</sup> In der Tat gewährt die Verbandssautonomie nach Art. 9 Abs. 1 GG den Vereinen und Verbänden eine funktionsgerechte Betätigung.<sup>1003</sup> Im Bereich des Sports liegen der Vereins- und Verbandszweck in dessen Organisation, der Regelbildung sowie dem Statutenerlass, weshalb der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 AGG nach Ansichten im Schrifttum auch die Durchführung des jeweiligen Wettkampfes umfasst.<sup>1004</sup> Auch hat der EuGH anerkannt, dass Auswahlregelungen zulässig sind, wenn diese für die Durchführbarkeit des Wettkampfes notwendig sind.<sup>1005</sup> Somit ist ferner die Durchführbarkeit des Wettkampfes als Grundlage für das Bestehen der Sportart und seiner Vereinigungen als rechtmäßiges Ziel einzustufen.

Allerdings ist zu beachten, dass Art. 9 Abs. 1 GG als kollektives Freiheitsrecht mit dem individuellen Freiheitsrecht der einzelnen Sportler kollidieren kann. Im Rahmen dieser Kollision ist seitens der Verbände ein Eingriff in die Freiheitsrechte der Sportler jedoch nur dann zulässig, wenn dies zur Durchführung von Wettkämpfen zwingend geboten ist.<sup>1006</sup> Es ist daher bereits im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung in einer ersten Stufe zu prüfen, ob im jeweiligen Fall die entsprechende Maßnahme überhaupt zur Aufrechterhaltung der Durchführbarkeit notwendig ist. Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung später mehr.

*[g]. Tradition und Praxis*

Man könnte auch daran denken, dass die Verfolgung der Tradition und der jahrelangen Praxis rechtmäßige Ziele im Sport darstellen. Mit einer ähnlichen Argumentation hatten beispielsweise die Verbände im Fall Bosman versucht, die Ausländerklausel zu rechtfertigen. Sie trugen damals vor, dass bereits der Vertrauensschutz den Bestand der „3+2“-Regel gewährleisten müsse, da andernfalls eine Spaltung der Verbände FIFA und UEFA drohen würde.<sup>1007</sup> Ähnlich gravierende Auswirkungen könnten sich ergeben, wenn man die bisherige Regelung zur geschlechtsbezogenen Trennung ändern würde.<sup>1008</sup> Sämtliche Mannschaftssportarten weisen eine solche Regelung zur Trennung von Frauen und Männern auf. Es ist daher zu befürchten, dass die Aufhebung dieser bisherigen Trennungspraxis einen immensen organisatorischen Aufwand hervorruft. Verbände müssten sich neu organisieren, Vereine müssten sich auf die Durchführung von gemischten Wettkämpfen oder die Zulassung von Frauen bei Männerwettkämpfen einstellen und entsprechende Vorkehrungen (Umkleiden, Betreuer etc.) treffen. Die praktischen Folgen einer Aufhebung der bisherigen Regelung wären somit immens und würden eine

<sup>1002</sup> Hahn, Ein Sieg ohne Gewinner, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2010.

<sup>1003</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 57. Auflage 2010, Art. 9 RN 43.

<sup>1004</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 41, RN 23 und S. 35, RN 13.

<sup>1005</sup> EuGH, Urteil vom 11.4.2000 – C 51/96; Resch, ZESAR 9/07, S. 354, 355.

<sup>1006</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 35, RN 13.

<sup>1007</sup> Scholz/Aulehner, SpuRt 1996, S. 45 ff.; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 603, RN 69.

<sup>1008</sup> In diesem Zusammenhang sei noch einmal betont, dass die geschlechtsbezogene Trennung eine unmittelbare Benachteiligung darstellt; eine Erörterung erfolgt an dieser Stelle lediglich zur Illustration.

schwerwiegende Änderung des bisherigen Mannschaftssports bewirken. Somit könnte man auch hinsichtlich der geschlechtsbezogenen Trennung argumentieren, dass die Beibehaltung der bisherigen Praxis zur Wahrung der sportlichen Kultur zulässig sein muss. Allerdings dürfen Verbände nur so weit in die Freiheitsrechte der Sportler eingreifen, als dies zur Aufrechterhaltung der Sportrechtsorganisationen auch tatsächlich zwingend geboten ist.<sup>1009</sup>

Im Fall Bosman hat der EuGH dieser Rechtfertigungsmöglichkeit eine Abfuhr erteilt, indem er in seinen Entscheidungsgründen ausführte, dass etwaige praktische Folgen eines Urteils für die Organisation des Sports zwar in jedem Urteil zu berücksichtigen sind, dies allein aber nicht dazu führen darf, dass die Auswirkungen die Objektivität des Rechts beugen und dessen Anwendung beeinträchtigen.<sup>1010</sup>

Ähnlich gelagert sind auch die Entscheidungen des BAG zur Befristung von Arbeitsverträgen im Bereich des Sports. Dort hat das BAG entschieden, dass die Üblichkeit der Befristung von Sportverträgen in der Praxis allein noch keinen Sachgrund darstellt, um derartige Befristungen zu rechtfertigen.<sup>1011</sup> Der BAG hat dies in einer weiteren Entscheidung hinsichtlich der Befristung von Trainerverträgen bestätigt.<sup>1012</sup> Hierbei hat es hervorgehoben, dass die Üblichkeit von Befristungsvereinbarungen lediglich Indiz für das Vorliegen eines Sachgrundes sein kann, jedoch nicht konstitutiv einen solchen begründen darf. Die Üblichkeit von Regelungen wie der geschlechtsbezogenen Trennung stellen daher selbst keine legitimen Ziele dar, sondern sind allenfalls ein Indiz dafür, dass solche – etwa wie der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der Vergleichbarkeit der Leistungen – existieren.

Ähnliche Feststellungen hat das BVerfG im Zusammenhang mit dem in Art. 3 GG verankerten Gleichheitssatz gemacht.<sup>1013</sup> Auch nach Ansicht des BVerfG kann die Tradition als solche keinen Rechtfertigungsgrund darstellen, sondern allenfalls ein Indiz für sein Vorliegen in der Vergangenheit sein.<sup>1014</sup> Das BVerfG geht sogar einen Schritt weiter und stellt fest, dass durch die Berufung auf die Tradition sogar die Gefahr eines Außerkraftsetzens des Gleichheitssatzes besteht.<sup>1015</sup>

Die gängige Praxis solcher Regelungen kann somit nicht als eigener Rechtfertigungsgrund angeführt werden. Etwas anderes kann sich nur aufgrund der in Art. 9 Abs. 1 GG verankerten Verbandsautonomie ergeben, wenn die Maßnahme tatsächlich zur Aufrechterhaltung der Sportrechtsorganisation zwingend geboten ist.<sup>1016</sup> Der Fall Bos-

<sup>1009</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 35, RN 13.

<sup>1010</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 510, RN 77.

<sup>1011</sup> BAG AP, Nr. 16 zu § 620 BGB – Befristeter Arbeitsvertrag; BAG SpuRt 1996, S. 19 ff.; BAG AP, Nr. 92 und Nr. 158 zu § 620 BGB; Nolte/Horst, Handbuch Sportrecht, 2009, S. 174.

<sup>1012</sup> BAG AP, Nr. 14 zu § 611 BGB – Berufssport.

<sup>1013</sup> Vgl. hierzu Kischel, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 1.6.2010, RN 61 zu Art. 3 GG.

<sup>1014</sup> BVerfGE 99, S. 367, 393 = NJW 1999, S. 1535, 1537; BVerfGE 120, S. 1, 32 ff. = NVwZ 2008, S. 1102, 1105; BVerfGE 95, S. 322, 333 = NJW 1997, S. 1497, 1499.

<sup>1015</sup> BVerfGE 122, S. 1, 30 ff. = NVwZ-RR 2009, S. 655, 658 ff.

<sup>1016</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 35, RN 12 und 13.

man belegt allerdings, dass die Aufhebung einzelner diskriminierender Bestimmungen - entgegen den Befürchtungen der Verbände - nicht den Zusammenbruch der jeweiligen Sportrechtsorganisation zur Folge hat. So ist auch nicht zu befürchten, dass die Zulassung einzelner Athleten zur Auflösung der gesamten Verbandsstruktur führen wird.

*[h]. Natur des Wettkampfes*

Zuletzt könnte die Beibehaltung der Natur des Wettkampfes ein legitimes Ziel im Sport darstellen.

Zu einer solchen Annahme könnten die Überlegungen im Rechtsstreit zwischen dem gehbehinderten Profigolfer Casey Martin und der PGA Tour Inc. um die Nutzung eines Golfwagens während Golfturnieren führen.<sup>1017</sup> Dort befassten sich die amerikanischen Gerichte mit der Fragestellung, inwiefern eine diskriminierende Regelung zur Beibehaltung der Natur des Wettkampfes zulässig sein könnte.<sup>1018</sup> Sie prüften, ob die bestehende Verpflichtung der PGA Tour Inc. zur Anpassung ihres Regelwerkes evtl. deswegen ausgeschlossen sein könnte, da die beantragte Änderung, nämlich die Zulassung von Golfwägen in der finalen Turnierrunde, die Natur des Wettkampfes verändern könnte. Das erstinstanzliche Gericht ging bei seiner Prüfung davon aus, dass eine Teilnahme Martins unter veränderten Bedingungen den Wettkampf nicht grundlegend verändere.<sup>1019</sup> Ziel der in Frage stehenden Regelung sei es zwar, durch das Laufen das Element der körperlichen Ermüdung in den Wettkampf mit einzubeziehen. Eine Veränderung bzw. Vorteil vermochte das erstinstanzliche Gericht jedoch durch die Zulassung des Golfwagens nicht erkennen. So trete die körperliche Ermüdung auf dem Parcours auch bei Casey Martin ein, da die Anstrengungen, die Casey Martin auf Grund seiner Behinderung erfahre, sichtlich größer sei, als diejenige, die das Laufen bei gesunden Teilnehmern bewirken könne. Gestützt wurde diese Aussage auf einem Gutachten eines Professors für Physiologie. Das Urteil wurde in der Berufungsinstanz bestätigt.<sup>1020</sup> Allerdings erging im Rechtsstreit des Profigolfers Olinger gegen U.S.G.A eine widersprechende Entscheidung, indem man dort die Zulassung eines Golfwagens als entscheidenden Wettbewerbsvorteil ansah.<sup>1021</sup> Dieser Wettbewerbsvorteil verletze nach Ansicht des Gerichts die Chancengleichheit und verändere die Natur des Wettkampfes grundlegend.<sup>1022</sup> Aufgrund dieser unterschiedlichen Ansichten hat das Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika als letzte Instanz ausführlich im dem Rechtsstreit PGA Tour Inc. gegen Casey Martin Stellung genommen.<sup>1023</sup> Nach Ansicht des Supreme Court kommt eine grundlegende Veränderung der Natur des Wettkampfes nur unter zwei Gesichtspunkten in Betracht.

<sup>1017</sup> Entscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. Mai 2001, PGA TOUR, INC. v. Martin (00-24) 532 U.S. 661 (2001) 204 F.3d 994.

<sup>1018</sup> Hierzu ausführlich Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 9 ff.

<sup>1019</sup> Martin v. PGA Tour, Inc., 984 F.Supp. 1320 ff.

<sup>1020</sup> 204 F.3d 994 (9th Cir. 2000).

<sup>1021</sup> 55 F.Supp.2d 926 (935 ff.) (N.D.Ind. 1999).

<sup>1022</sup> 55 F.Supp.2d 926 (937); bestätigt in 205 F.3d 1001 (1006 ff.).

<sup>1023</sup> Entscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. Mai 2001, PGA TOUR, INC. v. Martin (00-24) 532 U.S. 661 (2001) 204 F.3d 994.

Zum einen, wenn durch die Abänderung des Regelwerks ein so grundlegender Aspekt der Sportart verändert würde, dass es selbst dann nicht mehr akzeptabel sei, wenn die betreffende Änderung für alle Sportler gleichermaßen gelte. Zum anderen könne eine grundlegende Veränderung des sportlichen Wettkampfes eintreten, wenn ein Sportler dadurch, dass ihm gegenüber ein abgeändertes Regelwerk zur Anwendung komme, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Wettkampfteilnehmern erfährt. Letzteres erfordere immer eine Einzelfallentscheidung, in welcher die individuellen Umstände des behinderten Sportlers zu berücksichtigen sind.

Aus den Erwägungsgründen im Fall *Casey Martin* lässt sich durchaus ableiten, dass die Beibehaltung der Natur des jeweiligen Wettkampfes als billigenwertes und legitimes Ziel anzusehen ist. Nur hierdurch kann die Eigenart der jeweiligen Sportart sichergestellt und langfristig aufrecht erhalten werden. Die Entscheidungsgründe verdeutlichen jedoch auch, dass dieser Schutz nur für „grundlegende“ Veränderungen gilt. Dieser Bestandsschutz kann daher seine Wirkung immer nur dort entfalten, wo ein fundamentaler Bestandteil der jeweiligen Sportart sicherzustellen ist. Die zweite Variante, welche das Supreme Court mit dem Wettbewerbsvorteil anspricht, betrifft hingegen die Chancengleichheit. Letztere ist wie aufgezeigt ein eigenständiger und weiterer legitimer Zweck, der unter Umständen Benachteiligungen bestimmter Athleten rechtfertigen kann.

*[i]. Zwischenergebnis*

Somit ist festzustellen, dass im Sport rechtmäßige Ziele existieren, die grundsätzlich für eine Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG herangezogen werden können. So erfordert die Durchführung eines fairen Wettkampfes beispielsweise eine Vergleichbarkeit der Leistungen, da nur auf diese Weise festgestellt werden kann, wem der Erfolg aufgrund besserer Leistungen gebührt. Weitere rechtmäßige Ziele stellen die Gewährleistung der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit dar. Bei beiden Zielsetzungen stehen den Sportlern allerdings unter bestimmten Voraussetzungen Verzichtsmöglichkeiten zu, was die Verbände und Vereine bereits bei der Aufstellung ihrer Statuten zu berücksichtigen haben. Andernfalls droht ihnen die Gefahr, dass der Rechtfertigungsgrund durch den betroffenen Athleten mittels eines Verzichts entzogen wird. So kann eine weibliche Athletin beispielsweise auf ihre Chancengleichheit verzichten, wenn sie am Wettkampf der Männer teilnehmen möchte. Wenn keine medizinischen Bedenken vorliegen, kann in diesem Fall die Teilnahme nicht mit dem Argument versagt werden, dass dies zur Wahrung der körperlichen Gesundheit der weiblichen Athleten notwendig sei. Ohne eine gravierende Überschreitung des allgemeinen und sozialadäquaten Verletzungsrisikos, kann die Athletin auch diesbezüglich von ihrem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch machen, und auf die körperliche Unversehrtheit verzichten. Selbiges gilt für behinderte Athleten. Auch die Durchführbarkeit und die Aufrechterhaltung der Natur des Wettkampfes können ein legitimes Ziel darstellen, da nur hierdurch der Fortbestand der jeweiligen Sportart und der dazugehörigen Verbände sichergestellt werden kann. Bei diesen legitimen Zielen sind jedoch strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen, was die zahlreichen amerikanischen Entschei-



dungen im Golfsport zeigen. Der Bestandsschutz gewährleistet die Aufrechterhaltung fundamentaler Bestandteile der jeweiligen Sportart. Weiter reicht dieser Schutz jedoch nicht, weshalb die ergriffenen Maßnahmen auch nur vor „grundlegenden“ Veränderungen schützen. Die Tradition und die übliche Praxis können hingegen selbst bei schwerwiegenden Folgen nicht als legitime Ziele im Sport herangezogen werden.

### *cc. Verhältnismäßigkeit*

Wie die bisherigen Ausführungen zeigen, liegen im Sport zahlreiche rechtmäßige Ziele im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG vor. Bei juristischen Laien führt allein dieser Umstand oft zu der irrigen Annahme, dass bereits das Vorliegen solcher rechtmäßigen Ziele Benachteiligungen im Sport rechtfertige. Allerdings setzt eine Rechtfertigung nach § 3 Abs. 2 AGG weiter voraus, dass die zur Zielerreichung eingesetzten Mittel erforderlich und angemessen sind.<sup>1024</sup> Das AGG verlangt somit im Rahmen einer Zweck-Mittel-Relation eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>1025</sup> Dass eine solche Prüfung im Bereich des Sports nicht unproblematisch ist, hat die Entscheidung des EuGH im Fall Bosman deutlich gezeigt. Dort betonte der EuGH, dass wirtschaftliche und sportliche Aspekte zwar schwierig zu trennen seien, dieser Umstand allerdings nicht dazu führen dürfe, dass die Mittel zur Erreichung der jeweiligen Ziele weiter gehen, als dies ihr Zweck erfordert.<sup>1026</sup> Diese Feststellung musste der EuGH auch in einem weiteren Urteil zur Ausbildungsentschädigung machen.<sup>1027</sup>

#### *[1]. Grundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung*

Die Feststellungen des EuGH sind insofern problematisch, da eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 3 Abs. 2 AGG verlangt, dass die Mittel zur Erreichung des rechtmäßigen Ziels angemessen und erforderlich sind.

##### *[a]. Geeignetheit und Erforderlichkeit*

Dies erfordert zunächst, dass das jeweilige Mittel zur Erreichung oder Förderung des verfolgten Ziels geeignet ist.<sup>1028</sup> Das entsprechende Regelwerk muss also grundsätzlich geeignet sein, das angestrebte rechtmäßige Ziel herbeizuführen oder wenigstens zu fördern. Gerade die Geeignetheit der Bestimmungen zur Transfer-, Förderungs- und Ausbildungsentschädigungen im Fußball wurde im Fall Bosman verneint.<sup>1029</sup>

Zum anderen muss das Mittel erforderlich sein. Dies ist dann der Fall, wenn kein anderes, milderes, ebenso geeignetes Mittel zur Verfügung steht, um das angestrebte Ziel

<sup>1024</sup> Vgl. Wortlaut § 3 Abs. 2 AGG; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 3.

<sup>1025</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 3.

<sup>1026</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 509, RN 76.

<sup>1027</sup> EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C 325/08 = EuZW 2010, 342, 345, RN 45 und RN 50.

<sup>1028</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 3.

<sup>1029</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 510, RN 107 und 109.

zu erreichen.<sup>1030</sup> Sind Maßnahmen oder Regelwerke denkbar, welche nicht oder weniger benachteiligen, so ist das beanstandete Mittel nicht erforderlich.<sup>1031</sup> Eine Rechtfertigung schied aus diesen Gründen im Falle Oliver Bernard gegen Newcastle United aus.<sup>1032</sup>

*[b]. Angemessenheit*

Schließlich muss das eingesetzte Mittel angemessen sein. Angemessenheit liegt vor, wenn das angestrebte Ziel stärker als das Ausmaß der Beeinträchtigung wiegt.<sup>1033</sup> Hierzu ist der angestrebte Zweck mit den betroffenen Rechten und Rechtsgütern des Diskriminierten abzuwägen.<sup>1034</sup> Ein Mittel ist dann nicht angemessen, wenn der Zweck außer Verhältnis zu den Beeinträchtigungen steht.<sup>1035</sup> Die Angemessenheitsprüfung ist somit immer auch eine Einzelfallabwägung zwischen der Intensität des Eingriffes in das geschützte Rechtsgut und der angestrebten Zielsetzung. Wegen dieser umfassenden Interessenabwägung, wird die Angemessenheit oft auch als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn bezeichnet.<sup>1036</sup>

*[2]. Mittel i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG im Sport*

*[a]. Rechtsprechung des EuGH*

Im Fall Bosman hob der EuGH in seinen Entscheidungsgründen hervor, dass sportliche Aspekte zwar eine Beschränkung der Grundfreiheiten zulassen, die von den Vereinen und Verbänden ergriffenen Mittel zur Erreichung dieser sportlichen Ziele allerdings ihren Zweck meist übertreffen.<sup>1037</sup> Es hatte darüber zu entscheiden, inwiefern Transfer-, Förderungs- und Ausbildungsentschädigungen Benachteiligungen aufgrund der Staatsangehörigkeit zulassen, und dort gar festgestellt, dass es den der Entscheidung zugrunde liegenden Regelwerken der Fußballverbände bereits an der Geeignetheit mangelte; sämtliche Regelungen waren ungeeignet, eine Chancengleichheit und eine Jugendförderung zu erzielen.<sup>1038</sup> Über die Geeignetheit und Angemessenheit einer Ausbildungsentschädigung hatte der EuGH auch im Fall Oliver Bernard gegen den englischen Fußballverein Newcastle United zu entscheiden.<sup>1039</sup> In diesem Fall scheiterte das Regelwerk des Fußballverbandes zur Ausbildungsentschädigung daran, dass die Ausgleichszahlungen nicht von den tatsächlichen Ausbildungskosten abhängig gemacht wurden und hierdurch der eigentliche Zweck der Regelung, nämlich Ersatz der Kosten für die Aus-

<sup>1030</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 25 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 3; Hey, AGG, 2009, RN 15 zu § 3.

<sup>1031</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN. 25 zu § 3.

<sup>1032</sup> EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C 325/08 = EuZW 2010, 342, 345, RN 45 und RN 50.

<sup>1033</sup> Hey, AGG, 2009, RN 15 zu § 3.

<sup>1034</sup> Meinel/Hey/Herms, AGG, 2007, RN 26 zu § 3.

<sup>1035</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 3; Meinel/Hey/Herms, AGG, 2007, RN 26 zu § 3.

<sup>1036</sup> Meinel/Hey/Herms, AGG, 2007, RN 26 zu § 3; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 3.

<sup>1037</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 509, RN 76 und S. 510, RN 104.

<sup>1038</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 510, RN 107 und 109.

<sup>1039</sup> EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C 325/08 = EuZW 2010, 342, 345, RN 45 und RN 50.

bildungsförderungen während der Jugend, übertroffen wurde und somit nicht mehr erforderlich war.<sup>1040</sup> Die Entscheidungen des EuGH verdeutlichen, dass im Sport seitens der Vereine und Verbände oftmals Mittel eingesetzt werden, welche zur Erreichung des – angeblich – anstreben Ziels nicht notwendig wären. Hier scheinen oft finanzielle Aspekte die sportlichen Zielsetzungen zu überlagern. Augenmerk ist somit vor allem auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu legen.

*[b]. Regelungen zum Ausschluss von behinderten Athleten*

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwiefern Regelungen, die den Einsatz von Hilfsmitteln verbieten und dadurch behinderte Athleten mittelbar benachteiligen, indem sie bei einem Einsatz von Hilfsmitteln den Ausschluss der behinderten Athleten vom Wettkampf vorsehen, verhältnismäßig sind. So sieht beispielsweise die IAAF-Regel 144.2 ein Verbot für den Einsatz von Hilfsmitteln vor. Aufgrund dieser Vorschrift wurde dem behinderten Sprinter Pistorius zunächst sowohl die Teilnahme am Wettkampf der nicht behinderten Athleten, als auch an den Olympischen Spielen untersagt. Ähnlich erging es dem gehbehinderten Profigolfspieler Casey Martin. So besagte das Regelwerk der PGA-Tour, dass Golfwagen nur bei den Qualifikationsrunden im Vorfeld eines Turnieres, nicht aber während des eigentlichen Turniers benutzt werden dürfen.<sup>1041</sup> Ein faktischer Ausschluss findet ferner mittelbar durch das Erfordernis des Nachweises einer gewissen Sporttauglichkeit statt. So haben Fußballspieler beispielsweise für den Erhalt ihrer Spielerlizenz mittels einer ärztlichen Untersuchung ihre Sporttauglichkeit nachweisen.<sup>1042</sup>

*[aa]. Rechtmäßige Ziele und Geeignetheit*

Grundsätzlich können derartige Regelungen, die letztlich den Ausschluss der behinderten Athleten zur Folge haben, durch die rechtmäßigen Ziele wie die Wahrung der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit<sup>1043</sup> gerechtfertigt werden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Aufteilung in die Wettkampfklassen der Behinderten und Nichtbehinderten ferner geeignet ist, um behinderten Athleten einen fairen Wettkampf innerhalb ihrer Wettkampfkategorie zu ermöglichen.

Der Definition nach ist behindert, wer aufgrund physischer, geistiger oder psychischer Beeinträchtigungen in der Teilhabe eingeschränkt ist.<sup>1044</sup> Bereits die Definition verdeutlicht, dass die biologische Leistungsfähigkeit eines behinderten Sportlers eingeschränkt ist und dieser sich nicht auf demselben Leistungsniveau wie ein gesunder Athlet befin-

<sup>1040</sup> EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C 325/08 = EuZW 2010, 342, 345, RN 50.

<sup>1041</sup> Neben den „Conditions of Competition and Local Rules“ existieren im Golfsport noch die übergeordneten „Regeln des Golfsports“ („Rules of Golf“), die sog. Spielermitteilungen („Notices to Competitors“) und die „Qualifying School“.

<sup>1042</sup> Vgl. § 2 Nr. 4 DFB-Lizenzierungsordnung-Spieler (LOS).

<sup>1043</sup> Regelwerke, die den Schutz der körperlichen Unversehrtheit der behinderten Athleten bezwecken, werden in aller Regel unmittelbar am Merkmal der Behinderung anknüpfen. Zur Vermeidung von Mehrungen findet eine Erörterung dennoch im Rahmen mittelbarer Benachteiligungen statt.

<sup>1044</sup> EuGH, Urteil vom 11.7.2006 – C-13/05 = NZA 2006, S. 839, 840.

det. Ein gesunder Athlet ist somit gegenüber einem behinderten Athleten aus biologischer Sicht somit in aller Regel im Vorteil. Ein Ausschluss bzw. eine Trennung ist zur Wahrung der Chancengleichheit geeignet, da hierdurch verhindert wird, dass ein gesunder Sportler seine biologischen Vorteile im direkten Wettkampf mit einem behinderten Sportler ausspielen kann. Aber auch die Chancengleichheit der gesunden Sportler muss unter Umständen gewahrt werden. Etwa dann, wenn die Sportausübung für den behinderten Athleten nur unter Einsatz von Hilfsmitteln möglich ist und gerade durch deren Einsatz in gewissen Umfang ein Wettbewerbsvorteil entsteht.

So war im Fall Pistorius lange Zeit streitig, ob ihm dessen Beinprothesen Vorteile hinsichtlich seiner Laufgeschwindigkeit verschaffen.<sup>1045</sup> Dem gehbehinderten Profi-Golfspieler Casey Martin wurde vorgeworfen, dass er aufgrund des – in vielen Golfturnieren grundsätzlich verbotenen – Einsatzes eines Golfwagens während eines Turniers weniger erschöpft wäre und daher gegen Ende des Turniers konzentrierter und erholter spielen könne.<sup>1046</sup>

Zuletzt kann ein Ausschluss auch geeignet sein, um die körperliche Unversehrtheit der behinderten Athleten sicherzustellen. Körperliche oder geistige Beeinträchtigungen können erhebliche Gesundheitsgefährdungen bei der Sportausübung zur Folge haben. Beispielsweise, wenn ein gehbehinderter Motorsportler nicht rechtzeitig aus seinem brennenden Fahrzeug geborgen werden kann. Im Falle einer Behinderung können Verletzungen aber auch unmittelbar aus dem Wettkampf resultieren. So wäre es z.B. unverantwortlich, einen herzkranken Athleten an Ausdauersportarten teilnehmen zu lassen, wenn hierdurch das Risiko eines Herzstillstandes eingegangen wird. Durch den Ausschluss des Athleten wird dieses Risiko vermieden, wodurch die Gesundheit des betroffenen Athleten geschützt wird. Im Falle der IAAF-Regelung 144.2 ist allerdings zu beachten, dass diese Regelung nicht das Ziel verfolgt, die körperliche Unversehrtheit des behinderten Athleten zu wahren, sondern einen Ausschluss allein zur Wahrung der Chancengleichheit der anderen Konkurrenten vorsieht.

#### *[bb]. Erforderlichkeit und Angemessenheit*

Allerdings ist im Umgang mit behinderten Athleten zu beachten, dass der faktische Ausschluss bzw. die Trennung aufgrund einer neutralen Regelung nicht nur geeignet sein muss, um ein rechtmäßiges Ziel zu verwirklichen. Vielmehr muss die Regelung auch erforderlich und angemessen sein. Im Hinblick auf die Chancengleichheit der gesunden Athleten ist ein Ausschluss allerdings nur dort erforderlich, wo der Einsatz von Hilfsmitteln dem behinderten Athleten auch tatsächlich einen Vorteil verschafft.

So wurde im Fall Pistorius durch ein Gutachten festgestellt, dass die Verwendung von Beinprothesen nicht vorteilhaft, sondern insgesamt aufgrund der erheblichen Startschwierigkeiten und niedrigen Kurvengeschwindigkeiten nachteilig ist.<sup>1047</sup> Eine Gesamt-

<sup>1045</sup> Krähe, SpuRt 2008, S. 149.

<sup>1046</sup> Vgl. Zinger, Spektrum Sportrecht, 2003, S. 10.

<sup>1047</sup> TAS/CAS, Schiedsspruch vom 16.5.2008 – CAS 2008/A/1480 Pistorius v/IAAF = SpuRt 2008, S. 153 und 154.

betrachtung hat auch im Fall Casey Martin ergeben, dass der Einsatz eines Golfwagens einem behinderten Golfspieler keine Vorteile bringt. Ein Professor für Physiologie machte dort die Feststellung, dass die Anstrengung, die ein gehbehinderter Golfspieler aufgrund seiner Behinderung erfährt weitaus größer ist, als diejenige, welche das Laufen bei gesunden Konkurrenten bewirken könne.<sup>1048</sup> Vielmehr führt eine Gehbehinderung zu einer übermäßigen Ermüdung, welche durch den Einsatz eines Golfwagens nicht kompensiert, sondern allenfalls entgegen gewirkt werden kann. Ähnliche Überlegungen führten in Deutschland dazu, dass der Gesamtvorstand des Deutschen Schützenbundes (DSB) sein Regelwerk dahingehend änderte, dass alle Behindertensportler der Schadensklasse SH 1 des Deutschen Schützenbundes die volle Startberechtigung für die Disziplinen Luftgewehr und Luftpistole erhalten, und seither gleichberechtigt mit nicht-behinderten Schützen um Bundesligapunkte in diesen Disziplinen kämpfen können.<sup>1049</sup> Ursächlich für diese Entscheidung war ein vom DSB in Auftrag gegebenes Gutachten, das sich mit der Frage beschäftigen sollte, inwiefern eine sportliche Vergleichbarkeit von behinderten und nicht-behinderten Schützen möglich ist. Nach ausgiebigen und umfassenden Untersuchungen kam das wissenschaftliche Team von Professor Brüggemann – dieses hatte auch im Fall Oscar Pistorius das Gutachten erstellt - zu dem Ergebnis, dass unter Beachtung der Ergebnisse des Trefferbildes, der Bewegungen des Luftgewehres, der Schwankung des Kraftangriffspunktes sowie der Unterstützungsfläche, die Aussage getroffen werden kann, dass das Schießen im Sitzen keinen Vorteil mit sich bringt. Gerade in den Disziplinen Luftgewehr und Luftpistole haben daher SH1-Schützen gegenüber den Stehend-Schützen keinen mechanischen Vorteil. Basierend auf diesen Erkenntnissen passte der DSB umgehend sein Regelwerk an und ließ per Pressemeldung verkünden, dass das Thema der Integration von behinderten Athleten sehr ernst genommen werde.<sup>1050</sup>

Somit kann nicht per se gesagt werden, dass der Einsatz eines Hilfsmittels einen Wettbewerbsvorteil des behinderten Athleten gegenüber seinem gesunden Konkurrenten bedeutet. Daher darf der Einsatz eines Hilfsmittels auch nicht per se den Ausschluss eines behinderten Athleten zur Folge haben. Bei einem Ausschluss aufgrund des Einsatzes eines Hilfsmittels bedarf es somit immer einer Einzelfallprüfung, ob der behinderte Athlet hieraus tatsächlich Vorteile zieht.

### *[cc]. Beschränkungsmöglichkeiten*

Bei einem Ausschluss eines behinderten Athleten ist ferner immer zu berücksichtigen, dass in gewissen Umfang auf das Recht auf Chancengleichheit und körperliche Unversehrtheit verzichtet werden kann. So können behinderte Athleten auf ihre Chancengleichheit verzichten, um am Wettkampf der gesunden Athleten teilzunehmen. Die Teilnahme darf ihnen nur dann verweigert werden, wenn sachliche Gründe wie die Gefährdung der körperliche Unversehrtheit eine Zulassung nicht erlauben. Diese Be-

<sup>1048</sup> Berufungsgericht, 204 F.3d 994 (1000); hierzu ausführlich Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 10.

<sup>1049</sup> Süddeutsche Zeitung, Reform beim Schützen-Bund – Behinderte integriert, Nr. 230, 5.10.2010, S. 29.

<sup>1050</sup> Abrufbar unter [www.dsb.de](http://www.dsb.de)

schränkungsmöglichkeit besteht allerdings nur in solchen Fällen, in welchen das Risiko einer Gesundheitsgefährdung das allgemeine und sozialadäquate Verletzungsrisiko übersteigt.<sup>1051</sup>

Dort, wo der Ausschluss zur Wahrung der Chancengleichheit der gesunden Athleten bzw. der Aufrechterhaltung der körperlichen Unversehrtheit der behinderten Athleten erforderlich ist, überwiegen in aller Regel auch die Bedürfnisse und Interessen der Allgemeinheit, weshalb der Ausschluss in diesen Fällen angemessen ist.<sup>1052</sup> Zum einen handelt es sich bei der Gesundheit um ein grundrechtlich garantiertes und somit besonders schützenswertes Rechtsgut. Hieraus ergeben sich nicht nur staatliche Schutzpflichten hinsichtlich der körperlichen Unversehrtheit. Vielmehr ist es auch ein Anliegen der Verbände und Vereine, ihre Athleten zu schützen und schwere Unfälle zu vermeiden. Dieser Umstand resultiert dabei nicht nur aus gesetzlich begründeten Verkehrssicherungspflichten, sondern auch in der Zielsetzung, die Sportausübung ohne erhöhte gesundheitliche Risiken zu gewährleisten. Andernfalls würden Prinzipien des Sports pervertiert und das Ansehen und der Ruf der jeweiligen Sportverbände durch schwere Unfälle geschädigt.<sup>1053</sup> Dem Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Athleten wird dadurch genüge getan, dass ein Ausschluss im Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit nur in den Fällen zulässig ist, in welchen eine vernünftige Wahrscheinlichkeit für erhebliche Verletzungen bewiesen wird.

Letztlich bedarf es jedoch immer einer Einzelfallabwägung, in welcher die konkreten Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Interessen und Rechte der Sportverbände und Athleten gegeneinander abzuwiegen sind.

### [3]. Zwischenergebnis

Die Rechtsprechung des EuGH zu den Regelwerken der Transfer-, Förderungs- und Ausbildungsentschädigung zeigt, dass die Mittel zur Erreichung der jeweiligen Ziele im Bereich des Sport oftmals weiter gehen, als dies ihr Zweck erfordern würde.<sup>1054</sup> Somit ist gerade im Sport ein Augenmerk auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu legen.

So zeigt die Erörterung zum Ausschluss von behinderten Athleten, dass ein Ausschluss nur dort erforderlich ist, wo die Verletzung der Chancengleichheit oder der körperlichen Unversehrtheit droht. Wie die Fälle Casey Martin und Pistorius zeigen, droht die Verletzung dieser Rechte oftmals jedoch gerade nicht. Aus diesem Grund sind behinderte Athleten unter Umständen zu den Wettkämpfen von gesunden Athleten zuzulassen. Regelwerke, welche diese Möglichkeit nicht berücksichtigen, laufen Gefahr, unverhältnismäßig zu sein.

<sup>1051</sup> Vgl. hierzu III. 4. a. bb. [2.] [e.] [bb].

<sup>1052</sup> So im Ergebnis auch Zinger, Spektrum Sportrecht, 2003, S. 18.

<sup>1053</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 231.

<sup>1054</sup> Zu nennen ist in diesem Zusammenhang vor allem die Grundsatzentscheidung im Fall Bosman: EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 509, RN 76 und S. 510, RN 104.

Die Ausführungen zeigen jedoch auch, dass die Verhältnismäßigkeit von vielen Faktoren und Umständen des Einzelfalles abhängen kann. Eine pauschale Aussage über die Verhältnismäßigkeit kann daher nicht getätigt werden. Vielmehr bedarf es stets einer Prüfung des konkreten Einzelfalles unter Berücksichtigung der Interessen aller Athleten, der jeweiligen Verbände und der Rechte des betroffenen Athleten.

### **b. Berufliche Anforderungen nach § 8 AGG**

Eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit sieht das AGG mit § 8 AGG vor. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine der zentralen Rechtfertigungsnormen im Berufs- und Arbeitsleben.<sup>1055</sup> Gem. § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der ausübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. § 8 Abs. 2 AGG stellt dabei klar, dass eine geringere Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes nicht dadurch gerechtfertigt werden kann, dass wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes besondere Schutzvorschriften gelten.

Wegen der Eigenart des Berufssports stellt § 8 Abs. 1 AGG auch im Leistungssport eine zentrale Rechtfertigungsvorschrift für Benachteiligungen dar. Dabei können die unter III. 4. a. bb. [2]. bereits erörterte Vergleichbarkeit der Leistungen, die Wahrung der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit, die Gewährleistung der Durchführbarkeit des Wettkampfes und die Beibehaltung der wesentlichen Bestandteile der jeweiligen Sportart als rechtmäßiger Zweck im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG herangezogen werden.

Vereinzelt wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass im Sport das Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.<sup>1056</sup> Begründet wird dies mit dem tatsächlichen Unvermögen von Männern und Frauen, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben; als Beispiel wird hierzu auf den Profisport und die Unterscheidung zwischen Männer- und Frauenfußball verwiesen.<sup>1057</sup> Nähere Ausführungen fehlen hierzu allerdings im Schrifttum. Die Argumentation mit einem tatsächlichen Unvermögen ist allerdings problematisch. Immerhin wird das Unvermögen dadurch bewirkt, dass eine geschlechtsbezogene Trennung stattfindet, welche gegebenenfalls bereits im Vorfeld zu beanstanden ist.

Nachfolgender Teil wird sich daher ausführlich mit dem Rechtfertigungsgrund nach § 8 AGG im Bereich des Profisports beschäftigen.

<sup>1055</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 8.

<sup>1056</sup> Käppel/Wolf, AGG, 2007, S. 180; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 48 zu § 8.

<sup>1057</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 48 zu § 8.

*aa. Allgemeines*

Grundsätzlich handelt es sich bei § 8 Abs. 1 AGG um einen Rechtfertigungsgrund sowohl für unmittelbare, als auch für mittelbare Diskriminierungen.<sup>1058</sup> Die Vorschrift regelt, unter welchen Voraussetzungen berufliche Anforderungen eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes rechtfertigen können.<sup>1059</sup>

Im Gegensatz zum damaligen § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB spricht § 8 Abs. 1 AGG nicht von „unverzichtbaren Voraussetzungen“, sondern von „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen“.<sup>1060</sup> Somit weicht § 8 Abs. 1 AGG in seinem Wortlaut von Richtlinie 76/207/EWG ab, welche von „unabdingbaren Voraussetzungen“ spricht.<sup>1061</sup> Trotz des unterschiedlichen Wortlauts haben sämtliche Begriffe aufgrund der europarechtlichen Vorgaben dieselbe Bedeutung.<sup>1062</sup> So verwendet Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ebenfalls den Begriff der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen“. Die Begriffe werden daher im Schrifttum als Synonyme angesehen, weshalb sich die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des früheren Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 76/207/EWG und des BAG zur Auslegung des früheren § 611 a Abs. 1 Satz 2 BGB auf § 8 Abs. 1 AGG übertragen lässt.<sup>1063</sup> In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 76/207/EWG, ist § 8 Abs. 1 AGG als Ausnahme zum Gleichheitsgrundsatz eng auszulegen.<sup>1064</sup> Auch der BAG geht in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH davon aus, dass hohe Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der „Unverzichtbarkeit“ zu stellen sind.<sup>1065</sup> Grundsätzlich ist § 8 Abs. 1 AGG somit eng auszulegen.

Nach Ansichten im Schrifttum liegt eine entscheidende berufliche Anforderung vor, wenn ohne sie die betreffende Tätigkeit nicht oder nicht ordnungsgemäß ausgeübt werden kann.<sup>1066</sup> Dabei muss nicht zwingend eine biologische oder physiologische Unmöglichkeit vorliegen.<sup>1067</sup> Ausreichend ist auch eine tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit.<sup>1068</sup> Das zusätzliche Erfordernis der „wesentlichen“ Anforderungen soll sodann eine gewisse Erheblichkeitsschwelle statuieren.<sup>1069</sup> Das Tatbestandsmerkmal der Wesentlichkeit betont somit, dass die beruflichen Anforderungen nicht lediglich untergeordnete,

<sup>1058</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 zu § 8.

<sup>1059</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 3 zu § 8.

<sup>1060</sup> Vgl. auch BeckOK/Roloff, AGG, RN 3 zu § 8.

<sup>1061</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 8.

<sup>1062</sup> Hey, AGG, 2009, RN 6 und RN 28 zu § 8; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 8.

<sup>1063</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 8.

<sup>1064</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 8.

<sup>1065</sup> BAG, Urteil vom 27.4.2000 – 8 AZR 295/99.

<sup>1066</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 12 zu § 8; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 6 zu § 8; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 132, RN 326.

<sup>1067</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 12 zu § 8.

<sup>1068</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 8.

<sup>1069</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 132, RN 326.



sondern vielmehr zentrale Bestandteile des Anforderungsprofils für den betreffenden Arbeitsplatz bilden.<sup>1070</sup> Welche beruflichen Anforderungen im Einzelfall wesentlich sind, hängt aber letztlich von der jeweils auszuübenden Tätigkeit ab.<sup>1071</sup> Wegen der Vielfältigkeit der sportlichen Anforderungen bedarf es daher gerade im Berufssport einer genaueren Betrachtung, inwiefern diese auch berufliche Anforderungen darstellen.

Eine Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG setzt weiter voraus, dass der Zweck der Anforderungen rechtmäßig ist. Zweckbestimmungen, welche den Wertentscheidungen des AGG widersprechen, scheiden als Rechtfertigung somit bereits im Vorfeld aus.<sup>1072</sup> Das Erfordernis eines rechtmäßigen Zwecks stellt eine Willkürkontrolle von unternehmerischen Entscheidungen dar.<sup>1073</sup> Aufgrund dieses Merkmals sind die beruflichen Anforderungen daraufhin zu überprüfen, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind.<sup>1074</sup> Insofern sei auf die unter III. 4. a. bb. [2]. bereits erörterten rechtmäßigen Ziele verwiesen; ausdrücklich die Vergleichbarkeit der Leistungen, die Wahrung der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit, die Gewährleistung der Durchführbarkeit des Wettkampfes und die Beibehaltung der wesentlichen Bestandteile der jeweiligen Sportart.

Zuletzt müssen die Anforderungen auch angemessen sein. Wie aus dem Gesetzentwurf hervorgeht, bedeutet dies, dass „die an den Beschäftigten gestellten Anforderungen erforderlich sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen beruflichen Zweck und Schutz vor Benachteiligungen standhalten“ müssen.<sup>1075</sup> Das Tatbestandsmerkmal der Angemessenheit erfordert somit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>1076</sup> Vom Gleichbehandlungsgrundsatz darf somit nur abgewichen werden, wenn die Anforderung zur Erreichung eines verfolgten rechtmäßigen Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>1077</sup> Selbst wenn man annehmen würde, dass ein in § 1 AGG genannter Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende Anforderung darstellen kann, so muss nach § 8 Abs. 1 AGG der Zweck der unterschiedlichen Behandlung rechtmäßig und die Anforderung angemessen sein. Insofern kann ferner auf die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit von mittelbaren Benachteiligungen unter III. 4. a. cc. verwiesen werden. Dort musste anhand der Rechtsprechung des EuGH festgestellt werden, dass gerade im Bereich des Sports die Maßnahmen meist über ihren Zweck hinaus gehen und daher unverhältnismäßig sind.

<sup>1070</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 8.

<sup>1071</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 132, RN 327.

<sup>1072</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 17 zu § 8.

<sup>1073</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18 zu § 8.

<sup>1074</sup> BAG NZA 2006, S. 266.

<sup>1075</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 35.

<sup>1076</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 9 zu § 8; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 20 zu § 8.

<sup>1077</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 132, RN 327.

*bb. Auswirkungen im Sport**[1]. Physische Konstitution*

Im Bereich des Sports wäre einerseits denkbar, dass die Leistungsfähigkeit eines Athleten eine wesentliche und entscheidende Anforderung des Berufssports im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG darstellt. Immerhin kommt der physischen Konstitution und Leistungsfähigkeit eines Athleten im Sport herausragende Bedeutung zu.<sup>1078</sup> Bereits im normalen Arbeitsleben kann eine Ungleichbehandlung im Hinblick auf das Alter, das Geschlecht oder eine Behinderung zulässig sein, wenn die konkrete Tätigkeit besondere körperliche Kräfte oder eine besondere Konstitution verlangt.<sup>1079</sup> Die physische Konstitution kann also grundsätzlich eine berufliche Anforderung darstellen.

Allerdings ist zu beachten, dass die Geeignetheit für physische Belastungen grundsätzlich nicht vom Geschlecht oder des Alters, sondern vielmehr von der konkreten körperlichen Leistungsfähigkeit des Einzelnen abhängt.<sup>1080</sup> Für eine Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG ist zunächst erforderlich, dass gerade ein Merkmal im Sinne des § 1 AGG eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Ausübung der Tätigkeit darstellt.<sup>1081</sup> Die physische Konstitution ist allerdings kein Merkmal im Sinne von § 1 AGG, weshalb eine Anknüpfung einzig an die Leistungsfähigkeit eines Athleten grundsätzlich erlaubt ist.<sup>1082</sup> Die Leistungsfähigkeit darf allerdings nicht abstrakt und pauschal aus dem Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals abgeleitet werden. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass zwischen Männern, Frauen, Menschen mit Behinderung, Transsexuellen und Hermaphroditen biologische Unterschiede bestehen. Eine verminderte körperliche Leistungsfähigkeit muss sich aus diesem Umstand jedoch nicht zwangsläufig ergeben. So ist es durchaus denkbar, dass im konkreten Fall eine Frau leistungsfähiger als ein Mann ist. Ferner kann ein Athlet mit einer Behinderung unter Umständen auf demselben Leistungsstand, wie ein gesunder Athlet, sportlich aktiv sein.<sup>1083</sup> Aus diesen Gründen lehnt die Rechtsprechung die Zulässigkeit einer Differenzierung aufgrund von vermuteten Unterschieden zwischen Männern und Frauen hinsichtlich der körperlichen Kraft ab.<sup>1084</sup> Die körperliche Leistungsfähigkeit eines Athleten darf somit nicht aufgrund seines Geschlechtes oder des Alters, sondern nur aufgrund seiner individuellen Konstitution festgestellt werden.<sup>1085</sup>

<sup>1078</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 221.

<sup>1079</sup> Mit Beispielen Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 36 zu § 8.

<sup>1080</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 48 zu § 8.

<sup>1081</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 12 zu § 8.

<sup>1082</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 zu § 8.

<sup>1083</sup> Etwa wie im Fall Pistorius.

<sup>1084</sup> LAG Köln, Urteil vom 8.11.2000 – 3 Sa 974/00 = NZA-RR 2001, S. 232; ArbG Oberhausen, Urteil vom 8.2.1985 – 4 Ca 1275/84 = NZA 1985, S. 252.

<sup>1085</sup> LAG Köln, Urteil vom 8.11.2000 – 3 Sa 974/00, NZA-RR 2001, S. 232; ArbG Oberhausen, Urteil vom 8.2.1985 – 4 Ca 1275/84 = NZA 1985, S. 252; Hey, AGG, 2009, RN 28 zu § 8; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 48 zu § 8.

Für den Sport bedeutet dies, dass eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die körperliche Konstitution nicht zulässig ist, wenn diese abstrakt und pauschal aus einem in § 1 AGG genannten Merkmal abgeleitet wird. Die Trennung von Männern und Frauen mit einem pauschalen Verweis auf die biologischen Unterschiede der Geschlechter, ist somit nicht zulässig. Vielmehr hat eine Bestimmung der Leistungsfähigkeit in jedem Einzelfall konkret zu erfolgen.

Die Ausführungen zeigen jedoch auch, dass die Anknüpfung an die körperliche Leistungsfähigkeit ein zulässiges Einstellungskriterium im Sport sein kann. Aus diesem Grund kann bei einer Aufhebung der absoluten geschlechtsbezogenen Trennung erwartet werden, dass männliche Athleten gegenüber ihren weiblichen Kolleginnen aufgrund ihrer biologisch bedingten höheren Leistungsfähigkeit faktisch den Vorrang erhalten werden. Insofern sind keine gravierenden Änderungen zu erwarten, falls im Fußball Frauen zum Wettkampf der Männer zugelassen werden können. Dies belegt auch der Umstand, dass trotz der Existenz von Art. 51 Nr. 10 DEB-Satzung im deutschen Eishockey, nur eine überschaubare Anzahl von Frauen in der Liga der Herren aktiv wurde.

#### *[2]. Geschlecht*

Für den Bereich des Berufssports stellt sich ferner die Frage, ob das Vorliegen eines bestimmten Geschlechts eine berufliche Anforderung im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG darstellen kann.

#### *[a]. Geschlechtsbezogene Trennung*

Diese Fragestellung soll zum einen am Beispiel der geschlechtsbezogenen Trennung erörtert werden. Eine solche könnte mittels § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt sein, wenn ein rechtmäßiger Zweck verfolgt würde und die Anforderungen angemessen wären.

Als rechtmäßiger Zweck für das Bestehen der geschlechtsbezogenen Trennung kann sowohl die Wahrung der Chancengleichheit, die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit der Athleten und die Vergleichbarkeit der Leistungen angeführt werden. So ist nicht zu leugnen, dass die Unterteilung in den Wettkampf der Frauen und Männer geeignet ist, eine gewisse Transparenz zu schaffen. Denn durch die Aufteilung müssen die Leistung der Athleten nur jeweils mit denjenigen gleichgeschlechtlicher Konkurrenten verglichen werden. Dass zwischen den verschiedenen Geschlechtern ein Leistungsunterschied vorliegt und Männer hierbei physiologisch bedingt muskulöser sind, ist ebenfalls bewiesen. Aus diesem Grund ist die geschlechtsbezogene Trennung ferner geeignet, einerseits Chancengleichheit herzustellen, aber auch, um Verletzungen vorzubeugen, welche allein aus der physiologischen Überlegenheit resultieren.<sup>1086</sup>

Allerdings ist die geschlechtsbezogene Trennung nicht in allen Sportarten erforderlich, um eine Chancengleichheit und eine Vergleichbarkeit zu gewährleisten. So erfordert beispielsweise nicht jede Sportart eine Vergleichbarkeit der individuellen Leistungen des Athleten. Zwar wird bei Wettkampfsportarten, deren zentrales Element der

---

<sup>1086</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 84.

direkte Leistungsvergleich ist, der sportliche Erfolg maßgeblich durch die körperlichen Voraussetzungen der Athleten beeinflusst.<sup>1087</sup> Eine Besonderheit des Sports ist es gerade, dass jeder einzelne Sportler über ein individuelles Leistungsniveau verfügt und der sportliche Erfolg demjenigen gebührt, der im sportlichen Wettkampf eine bessere Leistung erzielt. Ein fairer Leistungsvergleich ist nur in solchen Gruppen möglich, welche ohne Berücksichtigung der individuellen Leistungsfähigkeit auf Grund ihrer biologischen Konstitution eine allgemein vergleichbare Ausgangslage aufweisen.<sup>1088</sup> Für eine Ausgewogenheit und Chancengleichheit muss daher in Sportarten, in welchen der direkte Leistungsvergleich der Athleten im Vordergrund steht, sichergestellt werden, dass die physiologische Konstitution der Athleten nicht zu weit voneinander abweicht bzw. die biologische Ausgangslage dieselbe ist. Zu nennen sind hier vor allem die Individualsportarten, in welchen die Athleten gegeneinander antreten.<sup>1089</sup> Auch die Vergleichbarkeit der Leistungen erfordert eine Trennung in den Wettkampfsportarten. Andernfalls würde der Wettkampf an Transparenz verlieren, wenn die jeweiligen Sieger der Kategorie der Frauen oder Männer nur mittels Tabellen am Ende des Wettkampfes zu ermitteln wären. Fraglich ist jedoch, ob diese Annahme auch bei Mannschaftssportarten zutrifft. Natürlich werden auch hier die Leistungen des jeweiligen Sportlers beurteilt. Ein Leistungsvergleich findet hier jedoch vordergründig im Kollektiv statt. Maßgeblich ist dort der sportliche Erfolg der gesamten Mannschaft und nicht des einzelnen Athleten. Die Einzelleistung rückt dort in den Hintergrund. Ferner spielen in den meisten Mannschaftssportarten Faktoren wie Technik, taktisches Gespür, Konzentration, Ballgefühl oder Geschicklichkeit eine Rolle.<sup>1090</sup> Diese hängen jedoch nicht von der physiologischen Konstitution des Athleten ab, sondern sind geschlechtsunabhängig. Mannschaftssportarten erfordern somit keine direkte Vergleichbarkeit der Leistungen einzelner Athleten. Einzig die Wahrung der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit können hier die geschlechtsbezogene Trennung rechtfertigen.

Gerade bei diesen Zielen gilt es jedoch zu beachten, dass weibliche Athleten gerade auf ihr Recht auf Chancengleichheit und körperliche Unversehrtheit in gewissen Umfang verzichten können.<sup>1091</sup> So kann eine Frau auf ihr Recht auf Chancengleichheit verzichten, wenn sie an einem Männerwettbewerb teilnehmen möchte. Männern bleibt diese Möglichkeit hingegen verwehrt, da diese auf einen Verzicht sämtlicher weiblicher Konkurrentinnen angewiesen sind. Ferner können sämtliche Athleten im Rahmen eines sozialadäquaten und allgemeinen Verletzungsrisikos aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechtes auf ihre körperliche Unversehrtheit verzichten. Diesen Umstand haben die Wettkampfbedingungen der jeweiligen Sportart zu berücksichtigen. Andernfalls

<sup>1087</sup> So auch Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 221.

<sup>1088</sup> Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003, S. 27.

<sup>1089</sup> Z.B. Boxen, Leichtathletik etc.

<sup>1090</sup> Der Umstand, dass in vielen Sportarten nicht (nur) die biologischen Grundvoraussetzung, sondern vor allem auch Faktoren wie Technik, taktisches Gespür, Konzentration, Ballgefühl oder Geschicklichkeit eine große Rolle spielen, lässt es fraglich erscheinen, ob die Allgemeinheit in Sportarten wie Golf überhaupt ein Interesse an der Unterteilung der Wettkämpfe in Männer und Frauen hat.

<sup>1091</sup> Vgl. hierzu ausführlich III. 4. a. bb. [2]. [d]. [cc]. und III. 4. a. bb. [2]. [e]. [bb].

laufen die Regelwerke Gefahr, weiter zu gehen, als dies die legitimen Ziele der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit gerade im Hinblick auf die weiblichen Athletinnen erfordern würden. Eine „absolute“ geschlechtsbezogene Trennung von Männern und Frauen ist im Bereich von Mannschaftssportarten nicht erforderlich. Eine direkte Vergleichbarkeit der individuellen Leistungen der Athleten ist dort nicht angezeigt. Die Chancengleichheit und die körperlicher Unversehrtheit der Athleten werden dadurch gewährleistet, dass grundsätzlich eine Trennung von Männern und Frauen stattfindet und hierdurch verhindert wird, dass männliche Athleten aufgrund ihres biologischen Vorteils die jeweilige Sportart dominieren. Hierdurch wird den weiblichen Athleten ein fairer Wettkampf unter Berücksichtigung der individuellen Leistungsfähigkeit auf Grund ihrer biologischen Konstitution ermöglicht. Zur Wahrung dieses fairen Wettkampfes ist es daher auch zulässig, männliche Athleten durch die geschlechtsbezogene Trennung vom Wettkampf der Frauen auszuschließen. Ist eine weibliche Athletin allerdings aufgrund ihrer individuellen Fähigkeiten in der Lage, mit ihren männlichen Kollegen mithalten, und können erhebliche, das allgemeine Verletzungsrisiko übersteigende, Gesundheitsverletzungen ausgeschlossen werden, so muss die Athletin auf ihr Verlangen für den Wettbewerb der Männer zugelassen werden. Eine absolute Trennung ohne Ausnahmemöglichkeiten eröffnet weiblichen Athletinnen diese Möglichkeit nicht und ist daher nicht das mildeste Mittel und daher unverhältnismäßig. Um einer Verhältnismäßigkeitsprüfung stand zu halten, müssen Regelwerke zur geschlechtsbezogenen Trennung in Mannschaftssportarten daher Ausnahmetatbestände vorsehen, welche es weiblichen Athleten ermöglichen, auf Antrag zum Wettkampf der Männer zugelassen zu werden. Ein Teilnahmerecht darf nur dann versagt werden, wenn die Athletin im Einzelfall die medizinischen Teilnahmevoraussetzungen nicht erfüllt, oder aufgrund der biologischen Unterschiede zwischen Frau und Mann tatsächlich erhebliche Gesundheitsverletzungen zu erwarten sind, die über das allgemeine Verletzungsrisiko hinausgehen.<sup>1092</sup> Dies ist allerdings durch ein medizinisches Gutachten bzw. eine medizinische Untersuchung im Einzelfall konkret festzustellen. Eine pauschale Vermutung der Gesundheitsgefährdung allein aufgrund der biologischen Unterschiede der Geschlechter ist hingegen unzulässig.<sup>1093</sup>

Betrachtet man die Wettkampfbedingungen und Regelwerke im Fußball, so muss man feststellen, dass sich dort – anders als im Eishockey mit Art. 51 Nr. 10 DEB-Satzung – keine Ausnahmenvorschrift für die Zulassung von Frauen zum Wettbewerb der Männer finden lässt. Vielmehr erfolgt dort durch die jeweiligen Spielordnungen und Ausschreibungen eine absolute Trennung der Geschlechter bei der Ausführung der Wettkämpfe. Zwar ist im Fußball die Trennung von Männern und Frauen in der Spielordnung des DFB nicht ausdrücklich geregelt. Mit § 1 Nr. 1 der DFB-Spielordnung wird lediglich auf

<sup>1092</sup> So auch Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 151, RN 206.

<sup>1093</sup> Entsprechend den Überlegungen zu unzulässigen Rückschlüssen aufgrund des Geschlechts auf die jeweilige Leistungsfähigkeit; vgl. LAG Köln, Urteil vom 8.11.2000 – 3 Sa 974/00, NZA-RR 2001, S. 232; ArbG Oberhausen, Urteil vom 8.2.1985 – 4 Ca 1275/84 = NZA 1985, S. 252; Hey, AGG, 2009, RN 28 zu § 8; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 48 zu § 8.

die Spielregeln der FIFA verwiesen.<sup>1094</sup> Auch dort findet sich keine explizite Regelung zur geschlechtsspezifischen Trennung.<sup>1095</sup> Eine geschlechtsspezifische Trennung resultiert im Fußball letztlich daraus, dass die jeweiligen Wettkämpfe nur jeweils für ein Geschlecht ausgeschrieben und durchgeführt werden. So trägt die FIFA beispielsweise unter der Bezeichnung „Fussball-Weltmeisterschaft“ den internationalen Wettkampf der Herren aus, während der Wettkampf der Frauen unter der Bezeichnung „Frauen-Weltmeisterschaft“ durchgeführt wird.<sup>1096</sup> Ähnlich verhält es sich in der Bundesliga. Dort führt die DFL die Bundesliga der Herren durch. In der Spielordnung der DFL ist nur von „Spielern“ und nicht von „Spielerinnen“ die Rede.<sup>1097</sup> Die Fußballbundesliga der Frauen wird hingegen unter der Führung des DFB und mittels dessen Statuen ausgetragen.<sup>1098</sup> Nach § 10 Nr. 4 der DFB-Spielordnung sind „nur Spielerinnen“ für die Frauen-Bundesliga und die 2. Frauen-Bundesliga spielberechtigt. Somit erfolgt im Fußball eine absolute geschlechtsspezifische Trennung dadurch, indem durch die Verwendung der Begriffe „Spieler“ und „Spielerinnen“ eine Spielberechtigung des anderen Geschlechts bereits aufgrund der Begrifflichkeiten ausscheiden muss. Eine Ausnahmeregelung, welche es einer Fußballspielerin ermöglichen würde, auch am Wettkampf der Herren teilzunehmen, findet sich im Fußball hingegen nicht. Die Deutsche Eishockeyliga hat hingegen mit Art. 51 Nr. 10 der DEB-Spielordnung unter der Überschrift „Beteiligung von Nachwuchsspielern und Frauen am Spielbetrieb“ eine solche Ausnahmeregelung parat.<sup>1099</sup> Dort heißt es, dass „Damen und Mädchen aller Altersklassen [...] gemeinsam mit männlichen Spielern entsprechend ihrer Altersklasse in ein und derselben Mannschaft spielen“ dürfen. Diese Vorschrift erlaubte beispielsweise der Eishockeyspielerin Maren Valenti die Teilnahme an der Bundesliga der Herren.<sup>1100</sup> Ein derartiges Umdenken hat auch im Golfsport stattgefunden. So gehen Verbände und Tour-Organisatoren dazu über, Frauen in Männerwettbewerben starten zu lassen. Bereits im Jahre 2003 wurde unter diesen Erwägungen die Golferin Annika Soerenstam zur US-Profifolgtour der Männer zugelassen.<sup>1101</sup> Wenngleich sich im Fußball keine derartige Regelung oder Tendenz erkennen lässt, so wäre gerade dort wegen dem Fall Birgit Prinz zumindest eine klarstellende Regelung zur geschlechtsspezifischen Trennung zu erwarten gewesen. Dergleichen findet sich im Fußball jedoch nicht, weshalb es weiterhin dabei bleibt, dass dort die Trennung der Geschlechter in FIFA-Wettbewerben absolut ist.<sup>1102</sup> Ein Umdenken erscheint im Fußball allerdings nicht nur im Hinblick auf das AGG angebracht, bedenkt man das Anliegen der europäischen Kommission zur Gleichstellung von Frauen und Männern. Aus europä-

<sup>1094</sup> DFB-Spielordnung – Stand 2010.

<sup>1095</sup> Spielregeln der FIFA 2010/2011.

<sup>1096</sup> Siehe Reglement FIFA Frauen-Weltmeisterschaft Deutschland 2011 und Reglement FIFA Fussball-Weltmeisterschaft 2010.

<sup>1097</sup> Vgl. § 11 DFL-Spielordnung – Stand 18.8.2010.

<sup>1098</sup> § 10 Nr. 4 DFB-Spielordnung – Stand 2010.

<sup>1099</sup> DEB-Spielordnung – Stand 12.7.2008.

<sup>1100</sup> Badische Zeitung, Maren Valenti spielt in der Bundesliga der Herren, 4.9.1998.

<sup>1101</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 151, RN 205.

<sup>1102</sup> RP-Online, Birgit Prinz wechselt nicht zu AC-Perugia, 23.12.2003.

rechtlichen Dokumenten wird deutlich, dass die Kommission nicht nur die Gleichstellung von Männern und Frauen in Berufsleben gezielt fördern will, sondern ausdrücklich auch im Hinblick auf geschlechtsspezifische Aspekte bei „allen sportbezogenen Aktivitäten“. <sup>1103</sup> Aber nicht nur im Fußball, sondern auch in den allermeisten anderen Mannschaftssportarten bedarf es einer Anpassung der Regelwerke zur geschlechtsbezogenen Trennung. Dass die Aufhebung einer absoluten Trennung von Frauen und Männern im Mannschaftsbereich dabei unüberbrückbare Auswirkungen für die Vereine und Verbände zur Folge haben könnte, ist zu bezweifeln. Zwar wäre ein solcher Umstand im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Allerdings hat der EuGH im Fall Bosman betont, dass dieser Umstand allein keine Rechtsbeugung rechtfertigen darf. <sup>1104</sup> Ferner ist aufgrund der vorhandenen biologischen Unterschiede zwischen Männern und Frauen und der hieraus resultierenden höheren körperlichen Leistungsfähigkeit nicht zu befürchten, dass Vereine nach einer Lockerung der geschlechtsbezogenen Trennung zahlreiche Frauen verpflichtet werden. Vielmehr ist das Gegenteil zu erwarten, wie die deutsche Eishockeyliga DEL beweist. Trotz der Ausnahmevorschrift in Art. 51 Nr. 10 der DEB-Spielordnung, wurden bislang nur zwei Frauen von Bundesligamannschaften verpflichtet. Die Teilnahme einer derart verschwindend geringen Anzahl von Frauen in der Männerliga, wird weder zu Organisationsproblem bei den Vereinen, noch zur Auflösung der Frauenliga führen.

*[b]. Ausschluss von intersexuellen oder transsexuellen Athleten*

Interessant ist ferner die Fragestellung, ob im Berufssport aufgrund der Art der ausübenden Tätigkeit ein Ausschluss von intersexuellen oder transsexuellen Athleten über § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt werden kann.

*[aa]. Ausgangslage*

Ein Regelwerk, das den Ausschluss von intersexuellen oder transsexuellen Athleten explizit regelt, liegt bislang nicht vor. <sup>1105</sup> Obligatorische Chromosomentests des IOC wurden aus ethnischen Gründen wieder eingestellt. Der Fall von Caster Semenya führte jedoch dazu, dass das IOC seither in Konferenzen über die Möglichkeiten zur „Differenzierung von Geschlechtsstörungen“ berät und in enger Zusammenarbeit mit Juristen Grundsätze zum Umgang mit hermaphroditen Athleten erarbeitet. <sup>1106</sup> Es kann vermutet werden, dass neben der Schaffung von Richtlinien im Umgang mit zwischengeschlechtlichen bzw. transsexuellen Athleten, ferner auch Grundlagen für den Ausschluss geschaffen werden sollen.

Aber auch ohne die Existenz einer solchen expliziten Regelung droht intersexuellen Athleten ein Ausschluss von Wettkämpfen. So unterscheiden die Wettkampfbedingun-

<sup>1103</sup> Weißbuch Sport [Kom(2007) 391 endg. vom 11.7.2007], S. 8.

<sup>1104</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 510, RN 77.

<sup>1105</sup> Änderungen sind ab dem 1. Mai 2011 zu erwarten; Süddeutsche Zeitung, Folgen des Semenya-Falles – IAAF ändert die Regeln, Nr. 269, 20./21. November 2010, S. 37.

<sup>1106</sup> Gernandt, Caster Semenya – Ungeklärter Status, Süddeutsche Zeitung, Nr. 72, 27./28. März 2010, S. 40.

gen der IAAF und des DLV lediglich zwischen Männern und Frauen.<sup>1107</sup> Bislang haben die Verbände dabei die Zuordnung zu einem Geschlecht durch Geburtsurkunden anerkannt.<sup>1108</sup> Ob die Verbände sich nach dem Fall Caster Semenya auch in Zukunft an diese Vorgehensweise halten werden, ist mehr als fraglich. Hier ist zu erwarten, dass die Verbände künftig nicht mehr auf die staatliche Zuordnung zu einem Geschlecht für die Vergabe eines Teilnahmerechtes abstellen werden, sondern vielmehr die biologische Qualifizierung als maßgeblich ansehen. Unter dieser Prämisse könnte einem intersexuellen Athleten unter Zugrundelegung des derzeitigen Regelwerkes sogar ein Ausschluss von allen Wettkämpfen, also sowohl der Wettkämpfe der Männer, als auch der Frauen, drohen. In der Leichtathletik könnte einem zwischengeschlechtlichen Athleten der Zugang zum Wettkampf der Männer und Frauen beispielsweise mit der Argumentation verwehrt werden, dass die Wettkampfbedingungen nur eine Startberechtigung für Männer und Frauen vorsehen. Da ein intersexueller Athlet aus biologischer Sicht weder eindeutig als Mann, noch als Frau zu qualifizieren ist, könnte er allein aus diesen Gründen keine Startberechtigung erhalten und vom Wettkampf ausgeschlossen werden.

Aber wäre ein solcher Ausschluss auch verhältnismäßig und damit legitim?

*[bb]. Rechtmäßiger Zweck*

Zunächst ist festzustellen, dass ein Ausschluss durchaus geeignet ist, legitime und rechtmäßige Ziele zu verfolgen. Gerade in Wettkampfsportarten wie der Leichtathletik findet ein direkter Leistungsvergleich statt, der darüber entscheidet, wem der Sieg zusteht. Ein fairer Leistungsvergleich ist aber nur in solchen Gruppen möglich, die ohne Berücksichtigung der individuellen Leistungsfähigkeit auf Grund ihrer biologischen Konstitution eine allgemein vergleichbare Ausgangslage aufweisen.<sup>1109</sup> Gerade bei intersexuellen oder transsexuellen Athleten kann jedoch meist keine verlässliche Aussage darüber getroffen werden, welche biologische Ausgangslage sie aufweisen. Unstreitig ist jedenfalls, dass Männer im Hinblick auf ihre Muskelkraft und Ausdauer biologisch bedingt Frauen im Allgemeinen überlegen sind, weshalb aus Gründen der Chancengleichheit und Vergleichbarkeit der Leistungen eine Trennung zwischen Männern und Frauen in Wettkampfsportarten, in welchen ein direkter Leistungsvergleich stattfindet, zwingend zu erfolgen hat. Problematisch ist im Zusammenhang mit Hermaphroditen allerdings, dass sich das Geschlecht bei diesen nicht eindeutig bestimmen lässt, weshalb Hermaphroditen auch als Zwischengeschlecht bezeichnet werden. In den allermeisten Fällen kann nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bestimmt werden, zu welchem Geschlecht ein Hermaphrodit tendiert und welche Vorteile aus der Zwischengeschlechtlichkeit gezogen werden.<sup>1110</sup> Ähnlich verhält es sich bei transsexuellen Athleten. Eine

<sup>1107</sup> Vgl. Regel 141 der IAAF Competition Rules 2008; Nr. 13 Ziffer a der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen für Deutsche Meisterschaften 2010 des DLV – Stand 11.12.2009.

<sup>1108</sup> Teuffel, Digel: Es muss endlich eine Lösung her, *Zeit-Online*, 30.3.2010.

<sup>1109</sup> Zinger, *Spektrum des Sportrechts*, 2003, S. 27.

<sup>1110</sup> Im Fall Sarah Gronert wurde durch ein Gutachten belegt, dass die Geschlechtsmerkmale eine Frau überwiegen. Der Tennisverband hat dieses Gutachten anerkannt und sie als Frau eingestuft.



Geschlechtsumwandlung hat gravierende Folgen für den menschlichen Organismus. Hormonbehandlungen bzw. Hormonumstellungen führen zu erheblichen biologischen Veränderungen. So kann beispielsweise bei einer Geschlechtsumwandlung von einem Mann zu einer Frau nicht immer eindeutig festgestellt werden, ob der Athlet noch biologische Vorteile aufgrund seines alten Geschlechts besitzt, oder aber diese Vorteile infolge der Hormonumstellung bereits vollständig verloren hat. Diese Ungewissheit macht eine Vergleichbarkeit der Leistungen solcher Athleten mit anderen Athleten beinahe unmöglich. Da ein zwischengeschlechtlicher Athlet sowohl männliche, als auch weibliche Geschlechtsmerkmale aufweist, kann er unter Umständen tatsächlich gegenüber Frauen aufgrund seiner männlichen Merkmale biologische Vorteile haben. Ein solcher biologischer Vorteil kann sich auch bei einem transsexuellen Athleten ergeben, wenn dieser nach einer Geschlechtsumwandlung von einem Mann zu einer Frau im Wettbewerb der Frauen antreten möchte. Somit kommen als legitime Ziele für eine Rechtfertigung sowohl die Aufrechterhaltung einer Vergleichbarkeit, aber auch die Wahrung der Chancengleichheit der weiblichen Athleten in Betracht. Da im Fall von Caster Semenya die Konkurrenz sogar mit einem Boykott der 800 m Disziplin gedroht wird, kann unter Umständen sogar die weitere Durchführbarkeit des Wettkampfes als weiteres Argument ins Feld geführt werden.

*[cc]. Geeignetheit*

Ein Ausschluss wäre auch grundsätzlich geeignet, all diese Ziele zu verwirklichen. So hätte ein Ausschluss eines zwischengeschlechtlichen Athleten vom Wettkampf der Frauen zur Folge, dass die Leistungen der Frauen wieder ohne Zweifel vergleichbar wären. Auch die Chancengleichheit der weiblichen Athletinnen würde hierdurch sichergestellt. Ohne einen solchen Ausschluss müssten die Athletinnen gegen eine Konkurrentin antreten, deren biologische Ausgangslage immer besser, als deren eigene wäre. Diese verbesserte Ausgangslage kann nicht durch die weiblichen Athletinnen beseitigt werden, da der biologische Vorteil, welchen ein zwischengeschlechtlicher Athlet durch seine genetischen Besonderheiten aufweist, immer bestehen bleibt. Weibliche Athletinnen sind insofern gegen eine derart übervorteilte Konkurrentin grundsätzlich chancenlos. Der Ausschluss der übervorteilten Konkurrentin stellt diese Chancengleichheit wieder her. Ferner wird auch weiterhin die Durchführbarkeit des Wettkampfes gewährleistet, da durch den Ausschluss eine Dominanz der überlegenen Athletin vermieden wird, und hierdurch die Konkurrentinnen davon abgehalten werden, die Sportart aufzugeben.

*[dd]. Erforderlichkeit*

Aber stellt ein Ausschluss auch das mildeste Mittel dar? Oder sind nicht auch andere, weniger beeinträchtigende Mittel denkbar?

Für die Gewährleistung der Durchführbarkeit des Wettkampfes wird ein Ausschluss bereits als mildestes Mittel ausscheiden müssen. Der Boykott der Konkurrentinnen und deren Verlangen, einen zwischengeschlechtlichen oder transsexuellen Athleten auszuschließen, rechtfertigen alleine noch nicht den Ausschluss des zwischengeschlechtli-

chen Athleten. Vielmehr hat sich der Verband, ähnlich einer Druckkündigung, zunächst schützend vor den betroffenen Athleten zu stellen und alle Maßnahmen zu ergreifen, um einen Boykott zu verhindern.<sup>1111</sup> In diesem Zusammenhang wäre beispielsweise als milderes Mittel denkbar, dass der Verband – ähnlich wie dies im Fußball bei Rassismus gehandhabt wird – die Diskriminierung von zwischengeschlechtlichen Athleten über seine Wettkampfbedingungen mit Verweis auf sportliches Verhalten unter Strafe stellt. Bei einem Verstoß könnten den betreffenden Athleten Sperren, Geldstrafen oder gar der Entzug der Startberechtigung gedroht werden. Auch könnten bei einer Dominanz einer zwischengeschlechtlichen oder transsexuellen Athletin, die Antrittsgelder kurzzeitig erhöht werden, um hierdurch einen Anreiz für die Teilnahme an dem gefährdeten Wettkampf sicherzustellen. Die Gewährleistung der Durchführbarkeit rechtfertigt den Ausschluss somit nicht.

Allerdings können die Vergleichbarkeit und die Chancengleichheit den Ausschluss unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen rechtfertigen. Zunächst ist im Hinblick auf die Chancengleichheit voranzustellen, dass bei einer Teilnahme eines zwischengeschlechtlichen oder transsexuellen Athleten nur die Chancengleichheit der weiblichen Athleten betroffen sein kann. Nur bei ihnen droht eine Ungerechtigkeit dadurch, dass ein Athlet in ihrer Wettkampfklasse zugelassen wird, der einen biologischen Vorteil hat. Männliche Kollegen können sich hingegen nicht auf Chancengleichheit berufen, da deren biologische Ausgangslage als Norm der möglichen Leistungsfähigkeit anzusehen ist. Die Aufrechterhaltung der Chancengleichheit kann daher andernfalls nur den Ausschluss aus dem Wettbewerb der Frauen rechtfertigen. Ein Ausschluss aus allen Wettkampfklassen, also auch aus dem der Männer, ist nicht erforderlich und daher unverhältnismäßig.<sup>1112</sup>

Fraglich ist somit nur, ob es andere Mittel gibt, welche die Chancengleichheit und die Vergleichbarkeit gewährleisten könnten. So wäre beispielsweise die Einführung einer dritten Wettkampfklasse denkbar. In der Praxis wird die Umsetzung einer Wettkampfklasse der Zwischengeschlechter und Transsexuellen allerdings kaum realisierbar sein. Für viele Organisatoren der Leichtathletik ist bereits die parallele Durchführung der beiden Wettkampfklassen der Männer und Frauen eine schwer zu bewältigen. Auch ist fraglich, ob anhand der geringen Anzahl von zwischengeschlechtlichen und transsexuellen Athleten überhaupt ein „Wettkampf“ veranstaltet werden kann, oder der Athlet vielmehr nur gegen sich selbst antreten würde. Ohne einen echten Wettkampf wird es allerdings kein Interesse an der dritten Wettkampfklasse seitens Fans, Sponsoren und Medien geben. Selbst wenn Verbände also diesen immensen organisatorischen Aufwand auf sich nehmen würden, so wären auch die tatsächlichen Folgen für den jeweiligen Athleten zu berücksichtigen. Die Verweisung auf eine Wettkampfklasse ohne Konkurrenz und ohne Beachtung käme faktisch einem Ausschluss gleich. Somit stellt die Einführung ei-

<sup>1111</sup> Zur Druckkündigung siehe ausführlich: Schaub/Linck, Arbeitsrechtshandbuch, S. 1352, § 127 RN 89; Wank, in: MünchArbR, 2000, § 120 RN 84 und 85; Berkowsky, in: MünchArbR, 2009, § 118 RN 2.

<sup>1112</sup> Somit handelt es sich bei dem Ausschluss streng genommen um eine zwangsweise Zuweisung zur Wettkampfklasse der Herren.

ner dritten Wettkampfklasse kein ebenso geeignetes Mittel dar. Auch die Teilnahmeerlaubnis ohne Wertung der Ergebnisse würde faktisch einen Ausschluss vom Wettkampf bedeuten. An eine zwangsweise Auferlegung von Hormonbehandlungen und Operationen ist im Hinblick auf die grundrechtlich garantierte körperliche Unversehrtheit nicht zu denken.

Somit ist der Ausschluss das einzig denkbare Mittel, um die Chancengleichheit der anderen weiblichen Athleten zu gewährleisten. Dies gilt allerdings nur, wenn die Chancengleichheit aufgrund eines biologischen Vorteils tatsächlich gefährdet wird. Aus diesem Grund muss die Regelung zum Ausschluss eines zwischengeschlechtlichen oder transsexuellen Athleten immer eine Härtefallklausel enthalten. Denn mit der Zwischengeschlechtlichkeit bzw. der Geschlechtsumwandlung müssen nicht immer zwangsläufig Vorteile einher gehen.<sup>1113</sup> Ferner besteht durch verschiedene Behandlungsmöglichkeiten (Geschlechtsumwandlungen, Hormonbehandlungen etc.) die grundsätzliche Möglichkeit, tatsächlich vorhandene biologische Vorteile zu beseitigen. Eine Regelung zum Ausschluss von betroffenen Athleten ohne eine Härtefallklausel würde somit auch Athleten vom Wettkampf ausschließen, von welchen keine Wettkampferverzerrung droht. Eine Regelung ohne eine solche Härtefallklausel wäre daher unverhältnismäßig.

*[ee]. Angemessenheit*

Betrachtet man die legitimen Ziele, welche der Rechtfertigung zugrunde liegen, so ist festzustellen, dass diese stärker wiegen, als das Ausmaß der Beeinträchtigung des zurückgestellten Athleten. Durch einen Ausschluss vom Wettkampf der Frauen kann die Chancengleichheit sämtlicher weiblicher Konkurrentinnen sichergestellt werden. Nur durch diese Maßnahme kann die Durchführung eines fairen Wettkampfes gewährleistet werden, wenn nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann, ob ein Vorteil bezüglich der biologischen Ausgangslage vorliegt. Durch die Vermeidung einer biologisch bedingten Dominanz wird ferner die Attraktivität der jeweiligen Sportart aufrecht erhalten, indem die Ergebnisse vergleichbar und vor allem ungewiss bleiben. Demgegenüber sind die Rechte des betroffenen Athleten zu würdigen. Ein Ausschluss beeinträchtigt den betroffenen Athleten gravierend in seiner Ausübung als Berufssportler, da er hierdurch auf die stärkere Wettkampfklasse der Männer verwiesen wird.<sup>1114</sup> Aufgrund der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten ist somit Rahmen dieser Abwägung auch die Berufsfreiheit des betroffenen Athleten nach Art. 12 GG zu berücksichtigen.<sup>1115</sup> Allerdings ist zu beachten, dass dem Athleten trotz des Ausschluss weiterhin die Ausübung als Profisportler erlaubt ist und er im Zweifelsfall zumindest im Wettkampf der Männer starten

<sup>1113</sup> Im Fall Sarah Gronert wurde durch ein Gutachten belegt, dass keine Vorteile aus der Zwischengeschlechtlichkeit resultieren und eine Einordnung unter das Geschlecht der Frau zu erfolgen hat. Der Tennisverband hat dieses Gutachten anerkannt.

<sup>1114</sup> Sofern das Regelwerk entsprechend den Ausführungen zur Erforderlichkeit umgesetzt wurde; andernfalls ist die Regelung nicht mildestes Mittel und bereits aus diesen Gründen unverhältnismäßig. Ein Ausschluss von sämtlichen Wettkämpfen – auch dem der Herren – stellt nicht das mildeste Mittel dar.

<sup>1115</sup> BVerfGE 73, 261, 269 = NJW 1987, S. 827; Coing/Honsell, in: Staudinger, BGB, 2004, RN 193 zur Einleitung BGB.

kann. Es findet insofern nur eine Beschränkung der Berufsausübung statt, ohne die Ausübung gänzlich zu verbieten. Bei dem aufgezeigten Ausschluss handelt es sich somit um eine Verweisung in die Wettkampfklasse der Männer und somit nur um eine Berufsausübungsregelung, welche durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden kann.<sup>1116</sup> Die Gewährleistung der Chancengleichheit und die Durchführbarkeit von fairen Wettkämpfen im Sport sind vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, denn die Chancengleichheit stellt einen elementaren Bestandteil des Sports dar. Das Mittel steht auch nicht außer Verhältnis zur Beeinträchtigung. Zwar lässt sich nicht leugnen, dass durch die Verweisung auf den Wettkampf der Männer die Erfolgsaussichten des betroffenen Athleten geringer sein werden, und er hierdurch finanzielle Einbußen in Kauf nehmen muss. Allerdings ist auf der anderen Seite zu berücksichtigen, dass im Gegensatz dazu die Zulassung im Wettkampf der Frauen eine Herabsetzung der Gewinnchance sämtlicher weiblichen Konkurrentinnen zur Folge hätte. Der Ausschluss verfolgt somit die sportlichen Interessen der Allgemeinheit und einer Vielzahl von Sportlern, während eine Zulassung nur dem Interesse des Betroffenen gerecht werden würde. Dieses Ergebnis erscheint hart, ist jedoch in Anbetracht der Tragweite der Auswirkungen angemessen.

*[ff]. Zwischenergebnis*

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass der Ausschluss von Hermaphroditen und transsexuellen Athleten vom Wettkampf der Frauen grundsätzlich zulässig ist.<sup>1117</sup> Nur hierdurch kann eine Verletzung der Chancengleichheit ausgeschlossen und eine Vergleichbarkeit der Leistungen gewährleistet werden. Allerdings müssen auch Ausnahmen von diesem Grundsatz möglich sein, wenn aus der Zwischengeschlechtlichkeit oder der Transsexualität keine biologischen Vorteile resultieren. Hierzu müssen in die Wettkampfbedingungen Härtefallklausel aufgenommen werden, um nach einer Einzelfallprüfung auch denjenigen Athleten ein Startrecht einräumen zu können, die letztlich keinen Vorteil aus ihrem Geschlecht ziehen. Ergibt eine medizinische Begutachtung, dass eine eindeutige Tendenz zu einem Geschlecht ohne eine biologische Übervorteilung gegenüber normalen Frauen vorliegt, so ist diese Athletinnen für den Wettkampf der Frauen zuzulassen. Ebenso ist zu verfahren, wenn sich der betroffene Athlet freiwillig einer Hormonbehandlung oder einer Operation unterzieht, welche die biologischen Vorteile gänzlich beseitigt. Dass Verbände – zumindest äußern sich Mediziner des IOC auf diversen Konferenzen dahingehend – öffentlich propagieren, dass zwischengeschlechtliche Athleten „zwingend“ Operationen und Hormonbehandlungen benötigen, und die jeweiligen Verbände diese Eingriffe finanziell fördern werden, ist bedenklich; von Organisationen wie „Zwischengeschlecht.info“ wird ein derartiges Vorhaben als „Zwang-

<sup>1116</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 57. Auflage 2010, RN 343 zu Art. 12.

<sup>1117</sup> Der hierfür im Vorfeld erforderliche „Geschlechtstest“ ist im Hinblick auf das AGG unproblematisch und nicht als Ungleichbehandlung anzusehen, da dieser Test an allen Athleten – ähnlicher einer Dopingkontrolle – durchzuführen ist. Die Durchführung von genetischen Untersuchungen und die Verwendung der Ergebnisse ist jedoch im Hinblick auf § 4 Abs. 1 GenDG problematisch.

stranssexualisierung“ verstanden.<sup>1118</sup> Diese Aussage ist wohl weder medizinisch, noch rechtlich zutreffend. Aus sportrechtlicher Sicht bedarf es jedenfalls nur dann einer Behandlung, wenn der Athlet aus seiner Zwischengeschlechtlichkeit Vorteile zieht und am Wettkampf der Frauen teilnehmen möchte. Verbände sollten daher derartige Stellungnahmen vermeiden. Ferner erscheint es nicht förderlich, Bestimmungen zu schaffen, welche die finanzielle Förderung solcher Behandlungen regeln. Hierdurch wird der Eindruck erweckt, als wären die Verbände mehr an einer Zwangskonvertierung als an einer Einzelfallprüfung interessiert.

### [3]. *Verbandsvorgaben/Wettkampfbedingungen*

Nach Ansichten im Schrifttum sind als entscheidende und wesentliche Anforderungen auch solche anzusehen, die das jeweilige Berufsbild prägen bzw. derentwegen der Arbeitgeber den betreffenden Arbeitsplatz geschaffen hat.<sup>1119</sup> Solche prägenden Anforderungen können im Berufssport die Wettkampfbedingungen und Vorgaben der Dachverbände darstellen.<sup>1120</sup> Sie geben den Rahmen für die Sportausübung vor und prägen hierdurch das Berufsbild eines Profisportlers maßgeblich. So regeln Lizenzierungsordnungen und Satzungen der Verbände beispielsweise, unter welchen Voraussetzungen Sportler zu den Wettkämpfen zugelassen werden können. Die Regelwerke der Verbände führen häufig dazu, dass nur bestimmte Arbeitsplätze geschaffen werden. So werden aufgrund der absoluten Trennung von Männern und Frauen in der Fußballbundesliga der Herren von den teilnehmenden Vereinen nur männliche Profispieler beschäftigt. Im Fall der Fußballbundesliga führt die absolute geschlechtsspezifische Trennung und das Lizenzierungsverfahren ferner dazu, dass Frauen tatsächlich nicht in der Lage wären, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. So könnte ein Verein der Fußballbundesliga der Herren zwar eine weibliche Spielerin beschäftigen. Eine Teilnahmeberechtigung in Form einer Lizenz würde diese Spielerin derzeit in der Herrenbundesliga allerdings nicht erhalten, weshalb der Verein die Spielerin faktisch nicht einsetzen könnte. Spielverluste und Strafen wären die Folge. Immerhin hat der Verein mittels eines Lizenzvertrages die Vorgaben des jeweiligen Dachverbandes akzeptiert. Ein Teil des Schrifttums will in diesem tatsächlichen Unvermögen der Sportler zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistungen eine Rechtfertigungsmöglichkeit nach § 8 Abs. 1 AGG erkennen, und nennt als Beispiel aus dem Bereich des Profisports ausdrücklich die Unterteilung in den Männer- und Frauenfußball.<sup>1121</sup> Zwar ist zuzustimmen, dass die Verbandsvorgaben in der Tat zu einem „Unvermögen“ des betroffenen Sportlers führen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass dieses Unvermögen aus einer vorgelagerten Diskriminierung resultiert.<sup>1122</sup> Würde sich der Verband bei der Ausgestaltung seines Regelwerkes an das Benachteiligungsverbot nach

<sup>1118</sup> IOC-Chefmediziner Arne Ljungqvist: „Zwitter brauchen OPs und Hormonbehandlungen“ auf [blog.zwischengeschlecht.org](http://blog.zwischengeschlecht.org).

<sup>1119</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 132, RN 327.

<sup>1120</sup> Weißbuch Sport [Kom(2007) 391 endg. vom 11.7.2007], S. 14.

<sup>1121</sup> Käppel/Wolf, AGG, 2007, S. 180; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 48 zu § 8.

<sup>1122</sup> Hierzu ausführlich III. 4. b. bb. [2]. [a]. hinsichtlich der geschlechtsbezogenen Trennung.

§ 7 Abs. 1 AGG halten, so wäre der betroffene Athlet durchaus in der Lage, seine vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Wie mit einer derartigen Konstellation zu verfahren ist, werden die folgenden Ausführungen aufzeigen. Immerhin stellen sich in diesem Zusammenhang interessante Fragen: Darf ein Arbeitgeber die Anstellung eines betroffenen Athleten wegen dessen Unvermögen mit Verweis auf § 8 Abs. 1 AGG ablehnen, oder muss er sogar wegen der Verpflichtung nach § 12 Abs. 4 AGG den betroffenen Athleten nicht nur einstellen, sondern auch gegen den Verband als Dritten vorgehen und die diskriminierenden Verbandsvorgaben beseitigen? Oder muss zunächst der betroffene Athlet gegen das Regelwerk des Verbandes vorgehen und kann erst im Anschluss daran vom jeweiligen Verein eine diskriminierungsfreie Behandlung verlangen?

*[a]. Keine rechtliche Unmöglichkeit*

Zunächst ist klar zu stellen, dass es sich bei einem durch Verbandsvorgaben ausgelösten Unvermögen der Athleten nicht um einen Fall der rechtlichen Unmöglichkeit handelt. Rechtliche Unmöglichkeit im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG liegt vor, wenn ein Gesetz verbietet, Beschäftigte einzustellen, die ein bestimmtes Diskriminierungsmerkmal nach § 1 AGG erfüllen.<sup>1123</sup> Ein Fall rechtlicher Unmöglichkeit ist vor allem bei den Merkmalen Geschlecht und Alter denkbar.<sup>1124</sup> Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an § 64 a BBergG, wonach die Beschäftigung von Frauen im Bergbau unter Tage verboten ist.<sup>1125</sup> Oder aber an Gesetze, welche den Dienst von Frauen in Spezialeinheiten der Armee oder der Polizei verbieten.<sup>1126</sup> Liegt ein derartiges gesetzliches Verbot zur Beschäftigung vor, so hat sich der Arbeitgeber daran zu halten.<sup>1127</sup> Er darf den Betroffenen somit nicht beschäftigen und muss ihn ablehnen. Würde man dem Arbeitgeber in diesen Fällen keine Rechtfertigungsmöglichkeit zusprechen, so würde er seinerseits eine diskriminierende Benachteiligung begehen, obwohl er sich lediglich an ein verpflichtendes Gesetz hält. Aus diesem Grund ist § 8 Abs. 1 AGG für den Fall der rechtlichen Unmöglichkeit als Rechtfertigungsgrund anerkannt.<sup>1128</sup>

Ein ausreichender Schutz des Benachteiligten wird dadurch gewährleistet, dass sich der Gesetzgeber grundsätzlich an europarechtliche Vorgaben zu halten hat.<sup>1129</sup> Bei einem Umsetzungsdefizit oder einem Verstoß gegen EU-Recht ist eine europarechtswidri-

<sup>1123</sup> Hey, AGG, 2009, RN 16 zu § 8.

<sup>1124</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 133, RN 330; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 8.

<sup>1125</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 133, RN 330; Hey, AGG, 2009, RN 16 zu § 8.

<sup>1126</sup> Der Ausschluss von Frauen aus diesen Spezialeinheiten ist europarechtlich nicht zu beanstanden; siehe hierzu EuGH NJW 2000, S. 499 und EuGH, Urteil vom 15.5.1986, Slg. 1986, S. 1651; ferner Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2000/78/EG.

<sup>1127</sup> Ausdrücklich Hey, AGG, 2009, RN 16 zu § 8.

<sup>1128</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 133, RN 330; Hey, AGG, 2009, RN 16 zu § 8; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 8; a.A. Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 22 zu § 8.

<sup>1129</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 133, RN 330.

ge deutsche Norm unanwendbar.<sup>1130</sup> Zudem kann durch eine Vorlage an das BVerfG oder den EuGH eine Überprüfung dahingehend herbeigeführt werden, dass eine Norm für verfassungs- bzw. europarechtswidrig erklärt wird.<sup>1131</sup> Erst wenn eine Rechtswidrigkeit des betreffenden Gesetzes verbindlich festgestellt wird, kann sich der Arbeitgeber nicht mehr auf § 8 Abs. 1 AGG berufen und hat entsprechende Benachteiligungen zu unterlassen.

Dies könnte zu der Annahme führen, dass Vereine oder deren Sportkapitalgesellschaften die Einstellung bzw. Zulassung von behinderten oder weiblichen Sportler mit Verweis auf Verbandsvorgaben, welche einen Ausschluss oder eine Nichtzulassung vorsehen, ablehnen können, ohne selbst eine Benachteiligung zu begehen. Ferner, dass der betroffene Sportler zunächst gegen die benachteiligenden Verbandsvorgaben vorgehen muss.

Allerdings handelt es sich bei Verbandsvorgaben um keine förmlichen Gesetze, sondern um autonom gesetztes Recht der Sportorganisationen.<sup>1132</sup> Ein Fall der „rechtlichen“ Unmöglichkeit liegt somit nicht vor. Zu beachten ist ferner, dass die Überprüfbarkeit von autonom gesetztem Vereinsregelungen und –maßnahmen durch staatliche Gerichte wegen der Verbandsautonomie grundsätzlich nur beschränkt möglich ist.<sup>1133</sup> Würde man bei autonom gesetztem Recht eine ähnliche Vorgehensweise wie bei gesetzlichen Bestimmungen verlangen, so würde hierdurch der Schutzzweck des AGG erheblich gefährdet.

*[b]. Umgang mit allgemein verbindlichen Regelwerken*

Wie aber hat man dann mit diskriminierenden Verbandsvorgaben umzugehen? Aufschluss kann hierüber die Rechtsprechung und das AGG selbst geben.

*[aa]. EuGH*

So hat der EuGH nicht erst mit der Bosman-Entscheidung festgestellt, dass auch Verbandsregeln am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen sind, da sie für den Betroffenen wie staatliche Regeln wirken können.<sup>1134</sup> Bereits im Rechtsstreit Walrave und Koch gegen Union Cycliste Internationale äußerte sich der EuGH zum ersten Mal zu der Drittwirkung der Grundfreiheiten auf die Rechtsbeziehungen Privater.<sup>1135</sup> Es stellte fest, dass das Verbot der unterschiedlichen Behandlung nicht nur für behördliche Maßnahmen gelte, sondern sich auch auf sonstige Maßnahmen erstrecke, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten.<sup>1136</sup> In seiner Entscheidung hob er hervor, dass die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten gefährdet wäre, wenn die Beseitigung

<sup>1130</sup> Hey, AGG, 2009, RN 16 zu § 8.

<sup>1131</sup> Hey, AGG, 2009, RN 18 zu § 8.

<sup>1132</sup> Fritzweiler, NJW 2000, S. 997; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S.68, RN 34.

<sup>1133</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 226, RN 312 ff.

<sup>1134</sup> Bröhmer, SpuRt 2002, S. 143.

<sup>1135</sup> EuGH, Urteil vom 12.12.1974 – 36/74 = NJW 1975, 1093.

<sup>1136</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 600, RN 59.

der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würden, dass privatrechtliche Vereinigungen kraft ihrer Wirkungen wieder auf solche Hindernisse setzen könnten.<sup>1137</sup> Im Fall *Bosman* hat der EuGH unter Bezugnahme auf das Urteil *Walrave* noch einmal betont, dass Gemeinschaftsrecht „nicht nur für behördliche Maßnahmen gilt, sondern sich auch auf Vorschriften anderer Art erstreckt“.<sup>1138</sup> In einer Reihe von weiteren Entscheidungen bestätigte der EuGH diese horizontale Drittwirkung.<sup>1139</sup> Im Fall *Kolpak* hob der EuGH mit Hinweis auf die Urteile *Bosman* und *Pokrzeptowicz-Meyer*<sup>1140</sup> deutlich hervor, dass europarechtliche Vorgaben horizontale Drittwirkung auf Regeln von nationalen Sportverbänden entfalten.<sup>1141</sup> Im Fall *Olympique Lyonnais* gegen *Olivier Bernard* spricht der EuGH in seinen Entscheidungsgründen dahingehend bereits von einer „ständigen Rechtsprechung“.<sup>1142</sup> Der EuGH hat somit erkannt, dass gerade privatrechtliche autonome Vereinigungen wie Sportverbände ein großes Gefährdungspotential für die Grundfreiheiten in sich bergen.<sup>1143</sup> Gerade von diesen Vereinigungen geht aufgrund ihrer monopolistischen Stellung die Gefahr aus, die Grundfreiheiten zu unterlaufen, weshalb eine horizontale Drittwirkung diesen gegenüber unerlässlich ist.<sup>1144</sup> Orientiert hat sich der EuGH dabei mitunter an Art. 7 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1612/68 vom 15. Oktober 1968, wonach alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Beschäftigung, Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen nichtig sind, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedsstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. Mitunter aus der Existenz dieser Vorschrift wird eine Drittwirkung im privatrechtlichen Bereich abgeleitet.<sup>1145</sup>

Diese Feststellungen des EuGH zum Gefährdungspotential von Sportverbänden decken sich mit den Erkenntnissen dieser Arbeit. Diskriminierende Benachteiligungen können mitunter von Dachverbänden ausgehen, wenn sie benachteiligende Regelwerke aufstellen, welche sodann aufgrund der monopolistischen Stellung des Dachverbandes von sämtlichen untergeordneten Vereinen einzuhalten sind. Würde man diese Regelwerke als Rechtfertigungsgrund nach § 8 Abs. 1 AGG anerkennen, so würde man hierdurch vollendete Tatsachen für zulässige Benachteiligungen durch die jeweiligen Vereine schaffen. Das Benachteiligungsverbot, welches in den AGG zugrunde liegenden Richtlinien verankert ist, wirkt jedoch auch horizontal zwischen Benachteiligten und den nationa-

<sup>1137</sup> EuGH, Urteil vom 12.12.1974 – 36/74 = NJW 1975, 1093, RN 16 und 19.

<sup>1138</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 510, RN 82.

<sup>1139</sup> EuGH, Urteil vom 11.4.2000 – C 51/96 – *Deliège*, RN 47 = EuZW 2000, 371; EuGH, Urteil vom 13.4.2000 – C 176/96 – *Lehtonen*, RN 35 = EuZW 2000, 375; EuGH, Urteil vom 18.7.2006 – C 519/04 – *Meca-Medina*, RN 24 = EuZW 2006, 593.

<sup>1140</sup> EuGH, Urteil vom 29.1.2002 – C 162/00 = BeckEuRS 2002, 264040.

<sup>1141</sup> EuGH, Urteil vom 8.5.2003 – C 438/00 = NZA 2003, S. 845.

<sup>1142</sup> EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C 325/08 = EuZW 2010, 342.

<sup>1143</sup> *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, *Praxishandbuch Sportrecht*, 2007, S. 600, RN 59.

<sup>1144</sup> *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, *Praxishandbuch Sportrecht*, 2007, S. 600, RN 59.

<sup>1145</sup> *Hilf*, NJW 1984, S. 517, 519.



len und internationalen Sportverbänden, weshalb deren Satzungen insofern einer rechtlichen Kontrolle unterliegen.<sup>1146</sup>

[bb]. BAG

Über die Problematik des vorgelagerten Unvermögens bei einer geschlechtsbezogenen Unterscheidung hat auch das BAG entschieden.<sup>1147</sup> Nach Ansicht des BAG ist das Geschlecht nur dann eine unverzichtbare Voraussetzung einer beruflichen Tätigkeit, wenn ein Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht erbringen könnte und dieses Unvermögen auf Gründen beruht, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügen.<sup>1148</sup> Zwar nimmt der BAG dabei noch auf die alten europarechtlichen Vorgaben von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 76/207/EWG Bezug, wonach die Differenzierungen nur erlaubt ist, wenn ein bestimmtes Geschlecht eine „unabdingbare Voraussetzung“ der beruflichen Tätigkeit darstellt. Wegen der gleichen Bedeutung der Begrifflichkeiten „unabdingbar“, „unverzichtbar“ und „entscheidend“ ist dies jedoch unerheblich.<sup>1149</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass das BAG eine geschlechtsbezogene Unterscheidung nur dann für zulässig erachtet, wenn auch die Gründe, die für das Unvermögen verantwortlich sind, einer diskriminierungsrechtlichen Überprüfung standhalten.

Die Gründe für das Unvermögen sind vorliegend die Verbandsvorgaben. So kann beispielsweise eine weibliche Fußballspielerin gerade deswegen ihre vertragsgemäße Leistung nicht erbringen, da der Verband eine absolute Trennung von Männern und Frauen vorsieht. Aufgrund dieser Statuten würde eine weibliche Athletin keine Lizenz für die Teilnahme an der Herrenbundesliga durch die DFL erhalten und könnte folglich in keinem Ligaspiel ohne das Risiko von Strafen und Spielverlusten für den Verein aufgestellt werden. Nach der Rechtsprechung des BAG müssen die Verbandsvorgaben als Gründe für das Unvermögen aber ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung genügen. Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem AGG eine gesetzliche Wertentscheidung im Hinblick auf die Gleichberechtigung aufgestellt, die es einzuhalten gilt. Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, werden Verbandsvorgaben oftmals dem im AGG verankerten Benachteiligungsverbot nicht gerecht.<sup>1150</sup> Nach dem AGG unzulässige Verbandsvorgaben können daher in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG keinen Rechtfertigungsgrund im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG liefern.

<sup>1146</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 615, RN 123.

<sup>1147</sup> BAG, Urteil vom 12.11.1998 - 8 AZR 365/97 = BAGE 90, 170; BAG, Urteil vom 27.4.2000 - 8 AZR 295/99.

<sup>1148</sup> Ausdrücklich BAG, Urteil vom 27.4.2000 - 8 AZR 295/99, RN 22.

<sup>1149</sup> Zur entsprechenden Bedeutung der Begriffe ausführlich Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 8.

<sup>1150</sup> Z.B. bei der absoluten geschlechtsspezifischen Trennung und dem Ausschluss von behinderten Athleten, wenn keine Verletzung der Chancengleichheit und der Gesundheit droht.

[cc]. § 15 Abs. 3 AGG

Die Möglichkeit von Diskriminierungen durch allgemein verbindliche Regelwerke hat auch der deutsche Gesetzgeber erkannt. So hat er in § 15 Abs. 3 AGG geregelt, dass der Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet ist, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass der Arbeitgeber auf die Richtigkeit kollektivrechtlicher Vereinbarungen vertraut.<sup>1151</sup> Im Gesetzentwurf des AGG heißt es, „die vermutete höhere Richtigkeitsgewähr rechtfertigt es, die Rechtsfolgen benachteiligender kollektivrechtlicher Regelungen anders auszugestalten als bei Maßnahmen, für die der Arbeitgeber allein verantwortlich ist“.<sup>1152</sup> Bei § 15 Abs. 3 AGG handelt es sich somit um eine Haftungserleichterung.<sup>1153</sup> Einen Rechtfertigungsgrund stellt § 15 Abs. 3 AGG nicht dar. Der Gesetzentwurf macht deutlich, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Arbeitgeber durch die Einhaltung der kollektivrechtlichen Vereinbarungen selbst einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begeht. Dies wird durch die Verwendung des Begriffes „Rechtsfolgen“ deutlich. Eine privilegierende Regelung zu den „Rechtsfolgen“ ist allerdings nur dann notwendig, wenn man davon ausgeht, dass die Einhaltung der diskriminierenden kollektivrechtlichen Vereinbarungen grundsätzlich einen eigens zu sanktionierenden Verstoß darstellt. Der Verstoß des Arbeitgebers ist darin zu sehen, dass er eine Vereinbarung anwendet, die nach § 7 Abs. 2 AGG wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot unwirksam ist. Der Arbeitgeber ist gem. § 15 Abs. 3 AGG allerdings nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er bei der Anwendung der kollektivrechtlichen Vereinbarung vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. Vorsätzlich handelt der Arbeitgeber, wenn er weiß, dass durch die Anwendung einer kollektivrechtlichen Vereinbarung eine Person oder Gruppe wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes unmittelbar oder mittelbar benachteiligt wird.<sup>1154</sup> Grob fahrlässiges Handeln setzt voraus, dass sich dem Arbeitgeber die Tatsache einer Benachteiligung bei Anwendung der Vereinbarung hätte aufdrängen müssen, und er dies bei der Umsetzung der Vereinbarung grob sorgfaltspflichtwidrig außer Acht gelassen hat.<sup>1155</sup> Handelt der Arbeitgeber nach einer vertretbaren Rechtsansicht, so scheidet grober Sorgfaltspflichtverstoß aus.<sup>1156</sup> Solange also keine höchstrichterliche Rechtsprechung zur AGG-Widrigkeit vorliegt, kann dem Arbeitgeber keine grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, weshalb das Schrifttum davon ausgeht, dass aufgrund dieser hohen Anforderungen nur selten eine Haftung des Arbeitgebers nach § 15 AGG eintreten wird.<sup>1157</sup>

<sup>1151</sup> Hey, AGG, 2009, RN 90 zu § 15.

<sup>1152</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

<sup>1153</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 58 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 15.

<sup>1154</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 40 zu § 15.

<sup>1155</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 40 zu § 15.

<sup>1156</sup> BAG, Urteil vom 8.8.1989, AP Nr. 18 zu § 95 BetrVG 1972.

<sup>1157</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 63 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 40 zu § 15.

Auf den Umstand, dass die Haftungsprivilegierung nach § 15 Abs. 3 AGG teils als europarechtswidrig eingestuft wird, kommt es vorliegend nicht an.<sup>1158</sup> Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber bei diskriminierenden kollektivrechtlichen Vereinbarungen davon ausgeht, dass der Arbeitgeber bei der Anwendung dieser Vereinbarungen selbst einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begeht. Gerade wegen diesem Umstand hat der Gesetzgeber die Haftungsprivilegierung für den Arbeitgeber in § 15 Abs. 3 AGG geschaffen. Dieser Grundsatz muss auch für allgemeinverbindliche Regelwerke von Verbänden gelten, welche ebenfalls nicht unmittelbar aus der Sphäre der Vereine als Arbeitgeber stammen. Ähnlich wie die Bestimmungen eines Tarifvertrages als Rechtsnormen auf das Arbeitsverhältnis einwirken, so wirken die Verbandsvorgaben auf Arbeitsverhältnis der Sportler ein.<sup>1159</sup> Auch dort beanspruchen die Vereine als Arbeitgeber eine Richtigkeitsgewähr für die Verbandsvorgaben. Da auch die Verbandsvorgaben einer rechtlichen Kontrolle unterliegen, gehen die Vereine davon aus, dass Verbände ihre Regelwerke in rechtlich zulässiger Weise ausgestalten. Somit lässt sich aus § 15 Abs. 3 AGG die Verpflichtung der Vereine und deren Sportkapitalgesellschaften als Arbeitgeber ableiten, allgemein verbindliche Regelwerke nicht anzuwenden, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass diese diskriminierenden Charakter haben. Vereine begehen somit bei mangelnder Kenntnis über die Unwirksamkeit der Verbandsvorgaben einen eigenen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Ob sie dabei die diskriminierende Wirkung der Verbandsvorgaben erkennen mussten, ist eine Frage der Haftung nach § 15 AGG und betrifft nicht die grundsätzliche Unzulässigkeit der Einhaltung der diskriminierenden Verbandsvorgaben.

*[dd]. § 18 Abs. 1 AGG*

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Vorschriften nach den §§ 6 bis 17 AGG zum Schutz vor Benachteiligungen für monopolistische Sportvereinigungen wie Dachsportverbände nach § 18 Abs. 1 AGG entsprechend gelten können.<sup>1160</sup> In entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 2 AGG sollen daher Regelungen solcher monopolistischen Verbände unwirksam sein.<sup>1161</sup>

*[ee]. Zwischenergebnis*

Verbandsvorgaben müssen sich sowohl an europarechtlichen Vorgaben, als auch an die im AGG verankerten Wertentscheidungen zur Gleichberechtigung halten.<sup>1162</sup> Unzulässige Verbandsvorgaben können nicht als Rechtfertigungsgrund nach § 8 Abs. 1 AGG herangezogen werden, da die Gründe für ein Unvermögen den gesetzlichen Wertungsentscheidungen des AGG genügen müssen. Beruft sich ein Verein auf unzulässige Ver-

<sup>1158</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 59 zu § 15; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 226, RN 551; weniger kritisch Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 15; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 58 zu § 15.

<sup>1159</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 19 zu § 18.

<sup>1160</sup> Vgl. hierzu bereits II. 2. d.

<sup>1161</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 19 zu § 18.

<sup>1162</sup> So im Ergebnis auch Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 19 zu § 18.

bandsvorgaben, so begeht er hierdurch einen eigenen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Ob Vereine bei einem derartigen Verstoß in die Verantwortung gezogen werden können, ist problematisch. Dem Wortlaut nach findet die Haftungserleichterung gem. § 15 Abs. 3 AGG nur auf kollektivrechtliche Vereinbarungen Anwendung.<sup>1163</sup> Solche Vereinbarungen liegen im Sport mit Bandsvorgaben nicht vor, weshalb eine unmittelbare Anwendung von § 15 Abs. 3 AGG ausscheiden muss. Ob § 15 Abs. 3 AGG entsprechende Anwendung findet, erscheint zumindest dahingehend problematisch, als dass die Haftungsprivilegierung des § 15 Abs. 3 AGG teils als europarechtswidrig angesehen wird.<sup>1164</sup>

*[c]. Mögliche Vorgehensweisen*

All dies beantwortet jedoch nicht die Frage, gegen wen und auf welchem Rechtsweg der Betroffene in diesen Fällen vorgehen kann bzw. muss. Die soeben gemachten Ausführungen führen lediglich zu dem Ergebnis, dass Bandsvorgaben den gesetzlichen Wertentscheidungen des AGG genügen müssen und insofern einer rechtlichen Kontrolle unterliegen.<sup>1165</sup> Ferner, dass Vereine durch die Anwendung unzulässiger Bandsvorgaben neben dem Verband einen eigenen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begehen. Ungeklärt bleibt, wer in diesen Fällen Anspruchsgegner im Sinne des AGG ist und in welcher Weise der Betroffene gegen diese Art der Benachteiligung vorgehen kann.

*[aa]. Maßgeblichkeit des Anspruchsziels*

Eine pauschale Aussage kann hierüber nicht getätigt werden. Wie bereits die Ausführungen in I. 2. b. cc. gezeigt haben, ist im Bereich des Sports der Grundsatz der getrennten Normenkreise zu beachten.<sup>1166</sup> Aus diesem Grund sind das Arbeitsrecht und das Vereins- und Verbandsrecht gedanklich voneinander zu trennen. Das Verbandsrecht und das Arbeitsrecht stehen sich grundsätzlich unabhängig voneinander gegenüber. Aufgrund dieser Trennung muss der Sportler seine Rechte aus einem Arbeitsverhältnis nach dem Arbeitsrecht und innerhalb der Arbeitsgerichtsbarkeit durchsetzen.<sup>1167</sup> Gegen Vorschriften des Verbandes muss er hingegen auf dem im Verbandsrecht vorgesehenen Rechtsweg vorgehen.<sup>1168</sup>

Maßgeblich ist somit zum einen, welches Anspruchsziel der Betroffene verfolgt. Möchte er beispielsweise bei einem Verband die Erteilung einer Lizenz erwirken, so richtet sich die Klage in erster Linie gegen das Regelwerk des Verbandes und somit nach Verbandsrecht. Möchte der benachteiligte Athlet hingegen Verpflichtungen seines Vereins bzw.

<sup>1163</sup> Hey, AGG, 2009, RN 93 zu § 15.

<sup>1164</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 59 zu § 15; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 226, RN 551; weniger kritisch Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 15; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 58 zu § 15.

<sup>1165</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 19 zu § 18.

<sup>1166</sup> Hierzu auch Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 69, RN 35.

<sup>1167</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 69, RN 35.

<sup>1168</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 69, RN 35.

Schadensersatzansprüche einklagen, welche sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, so richtet sich das Vorgehen in erster Linie nach dem Arbeitsrecht.

*[bb]. Anspruchsgegner / Rechtsweg*

Fraglich ist, welche Anspruchsgegner dem Betroffenen zur Verfügung stehen. Ferner auf welchem Rechtsweg die Ansprüche geltend zu machen sind.

*[aaa]. Arbeitgeber*

Anspruchsgegner und Verpflichteter im Sinne des AGG ist wegen dem persönlichen Anwendungsbereich nach § 6 Abs. 2 AGG und der Nennung in den §§ 12 und 15 AGG zunächst allein der Arbeitgeber. Ansprüche auf Schadensersatz (§ 15 Abs. 1 AGG), Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG) oder auf ein Einschreiten des Arbeitgebers (§ 12 AGG) sind wegen § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG vor deutschen Arbeitsgerichten geltend zu machen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass mittlerweile in beinahe jeder Sportart eine eigene Sport- und Verbandsgerichtsbarkeit - meist in Form von Schiedsgerichten - existiert.<sup>1169</sup> Arbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber können nur im Rahmen der §§ 4, 101 ArbGG durch ein Schiedsgericht geklärt werden. § 101 ArbGG stellt dabei den Grundsatz auf, dass die Schiedsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht grundsätzlich ausgeschlossen und nur ausnahmsweise bei einer Absicherung durch Tarifverträge zulässig ist.<sup>1170</sup> In Deutschland gibt es im Bereich des Sports allerdings keine Tarifverträge, weshalb Schiedsvereinbarungen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten unzulässig sind.<sup>1171</sup> Sportler können daher ihre Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, und somit auch Ansprüche aus dem AGG gegenüber ihrem Arbeitgeber, direkt vor staatlichen Arbeitsgerichten geltend machen.

*[bbb]. Verband*

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Benachteiligte unmittelbar gegen den Verband vorgehen möchte. Hier kann der Betroffene nicht vor den Arbeitsgerichten gegen den Verband vorgehen, da dieser Rechtsweg nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG nur für Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmer (Sportler) und Arbeitgeber (Verein) eröffnet ist.<sup>1172</sup> Der Verband ist jedoch in den allermeisten Fällen kein Arbeitgeber.<sup>1173</sup> Selbst wenn der Verband mittels einer entsprechenden Anwendung über § 18 Abs. 1 AGG als Anspruchsgegner für Ansprüche aus dem AGG einzustufen ist, sind aus dieser Stellung resultierende Rechtsstreitigkeiten auf dem ordentlichen Gerichtsweg geltend zu machen.<sup>1174</sup> Allerdings sind in jedem Fall die verbandsrechtlichen Besonderheiten zu beach-

<sup>1169</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 207 ff.; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 87, RN 67.

<sup>1170</sup> Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 2009, RN 33 zu § 101.

<sup>1171</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 573, RN 152.

<sup>1172</sup> Diller, NZA 2007, S. 649, 652.

<sup>1173</sup> Siehe hierzu II. 2. b. bb. [2].

<sup>1174</sup> Däubler/Bertzsch, AGG, 2008, RN 22 zu § 18.

ten.<sup>1175</sup> Sind vereinsinterne Rechtsbehelfe vorgesehen, so muss der Betroffene zunächst vor dem jeweiligen Verbandsgericht gegen die Verbandsvorgaben bzw. die Verbandsentscheidungen vorgehen.<sup>1176</sup> Dies ist auch die Ursache dafür, warum die Anzahl an Sportentscheidungen durch staatliche Gerichte und dem EuGH sehr überschaubar ist.<sup>1177</sup> Die Überprüfung von staatlichen Gerichten ohne vorherige Ausschöpfung der verbandsinternen Rechtsbehelfe ist nur ausnahmsweise möglich, wenn das Beschreiten des verbandsinternen Rechtsbehelfs im konkreten Fall unzumutbar wäre oder eine bloße Förmelerei darstellen würde.<sup>1178</sup> Zu denken wäre im Zusammenhang mit Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot etwa an die Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen; z.B. an § 15 Abs. 4 AGG und § 61 b Abs. 1 ArbGG. Ferner ist die Kontrolldichte staatlicher Gerichte aufgrund der Verbandsautonomie nach Art. 9 GG beschränkt. So darf ein staatliches Gericht nur die Einhaltung der Verfahrensvorschriften und die Tatsachengrundlage überprüfen.<sup>1179</sup> Das Verbandsrecht selbst darf hingegen nur anhand des allgemeinen Kontrollmaßstabes der §§ 134, 138 BGB sowie auf Billigkeit nach § 242 BGB geprüft werden.<sup>1180</sup> Dies ist jedoch nicht weiter problematisch, da § 7 Abs. 1 AGG mit dem dort verankerten Benachteiligungsverbot einheitlich im Schrifttum als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB anerkannt ist.<sup>1181</sup> Somit können Verbandsvorgaben vor ordentlichen staatlichen Gerichten im Rahmen von §§ 134, 138 BGB dahingehend überprüft werden, ob sie der gesetzlichen Wertentscheidungen des AGG entsprechen.<sup>1182</sup>

*[ccc]. Auswirkung von § 12 Abs. 4 AGG*

Unklarheiten ergeben sich in diesem Zusammenhang mit § 12 Abs. 4 AGG.

Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen, wenn Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte nach § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt werden. Die Besonderheit von § 12 Abs. 4 AGG gegenüber § 12 Abs. 3 AGG liegt darin, dass von dieser Vorschrift nicht Benachteiligungen durch andere Beschäftigte, sondern durch außenstehende, betriebsfremde Dritte erfasst werden.<sup>1183</sup> Ein typischer Anwendungsfall dieser Vorschrift liegt im normalen Arbeitsleben vor, wenn der Beschäftigte während seiner Tätigkeit durch Kunden des Arbeitgebers diskriminiert wird. Die amtliche Begrün-

<sup>1175</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 23 zu § 18.

<sup>1176</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 87, RN 67.

<sup>1177</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 599, RN 53.

<sup>1178</sup> BGH NJW 1988, S. 3159; NJW 1960, S. 2143.

<sup>1179</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 91, RN 79.

<sup>1180</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 226, RN 312 ff.; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 91, RN 79; Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 102 und 103; BGHZ 105, S. 305, 320; 128, S. 93, 101.

<sup>1181</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 203, RN 493; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 31 zu § 7; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 20 zu § 7; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 6 zu § 7; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 3 zu § 7; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 1 zu § 7.

<sup>1182</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 26 zu § 18.

<sup>1183</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 12.

dung des AGG nennt beispielhaft die Schikanierung eines Auslieferungsfahrers durch einen Kunden wegen seiner ethnischen Herkunft.<sup>1184</sup> Ähnlich gelagerte Anwendungsfälle existieren auch im Bereich des Sports. In eine vergleichbare Situation gelangt beispielsweise ein Sportler, wenn er im Stadion oder anderen öffentlichen Auftritten durch Fans, Zuschauer oder Reporter diskriminiert wird; z.B. wenn er durch rassistische oder schwulenfeindliche Sprechchöre oder Spruchbänder beleidigt wird.

Fraglich könnte sein, ob § 12 Abs. 4 AGG auch vorgelagerte Diskriminierungen – z.B. durch Verbandsvorgaben – erfassen will. Eine derartige Anwendung von § 12 Abs. 4 AGG würde ermöglichen, dass der benachteiligte Athlet über eine direkte Anwendung des AGG von seinem Verein als Arbeitgeber auf dem Arbeitsgerichtsweg verlangen könnte, dass der Verein gegen die Verbandsvorgaben vorgeht. Allerdings ist zum einen bereits fraglich, ob ein Verband unter den Begriff des betriebsfremden Dritten gefasst werden kann. Immerhin muss der Begriff einschränkend ausgelegt werden.<sup>1185</sup> Problematisch könnte dabei der Umstand sein, dass Vereine Mitglieder ihres Dachverbandes sind und der Verband insofern nicht fremd, sondern im gewissen Umfang einer Einflussnahme zugänglich ist. Allerdings ist daneben zu berücksichtigen, dass im Sport die Dachverbände eine monopolistische Stellung einnehmen und die tatsächliche Einflussnahme durch die Vereine sehr beschränkt ist. Gerade aus diesem Grund könnte man die Ansicht vertreten, dass Verbände, die selbst nicht Arbeitgeber sind, als Dritte im Sinne von § 12 Abs. 4 AGG einzustufen sind. Dies würde dazu führen, dass sich ein Verein im Falle von Diskriminierungen durch einen Dachverband vor seinen Athleten zu stellen und geeignete Maßnahmen gegenüber dem Verband zu ergreifen hat. Hierzu später unter IV. 1. b. dd. [2]. mehr.

In manchen Fällen von Diskriminierungen durch Verbandsvorgaben könnte allerdings der Wortlaut von § 12 Abs. 4 AGG problematisch sein. Dieser umfasst streng genommen nur die Benachteiligung bei der „Ausübung der Tätigkeit“. Ob somit auch der „Zugang“ zur Beschäftigung umfasst wird, ist fraglich. Dies gerade deswegen, da im AGG durch die Systematik in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGG zwischen den beiden Begriffen „Ausübung“ und „Zugang“ differenziert wird. Diese Systematik im sachlichen Anwendungsbereich legt die Vermutung nahe, dass § 12 Abs. 4 AGG den Arbeitnehmer nur während der tatsächlichen Ausübung seiner Beschäftigung vor Benachteiligungen schützt und den Arbeitgeber nur dort zur Ergreifung geeigneter Maßnahmen verpflichtet. Diese Beschränkung wäre nicht ungewöhnlich. Immerhin sehen Umsetzungen wie die von Lettland gar keine Haftung für das Verhalten Dritter vor.<sup>1186</sup> Diese Auslegung der Vorschrift hätte jedenfalls zur Folge, dass zumindest von einem potentiellen Arbeitgeber nicht verlangt werden kann, dass er gegen die Verbandsvorgaben vorgeht und diese beseitigt. Somit müsste der betroffene Athlet selbst auf dem durch das Verbandsrecht vorgegeben Rechtsweg gegen den Verband und dessen Vorgaben vorgehen. Dies wirft wiederum die Frage auf, ob eine derartige Einschränkung so vom Gesetzgeber gewollt

<sup>1184</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 37.

<sup>1185</sup> Hey, AGG, 2009, RN 18 zu § 8.

<sup>1186</sup> Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, 2010, S. 21.

war. Ausführungen finden sich hierzu in der Gesetzesbegründung nicht.<sup>1187</sup> Auch die zugrunde liegenden Richtlinien geben hierüber keinerlei Aufschluss. So wird die Pflicht zu „angemessenen Vorkehrungen“ zur Gewährleistung des Gleichbehandlungsgrundsatzes einzig in Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 geregelt.<sup>1188</sup> Die dortig geregelte Pflicht betrifft allerdings nur den Arbeitgeber und das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung. Weitere Ausführungen zu den Vorkehrungspflichten des Arbeitgebers machen die Richtlinien nicht. Dieser Umstand führt letztlich dazu, dass die Umsetzung zu den Pflichten des Arbeitgebers in den verschiedenen Mitgliedsstaaten sehr unterschiedlich ausfällt.<sup>1189</sup> Einzig Ungarn unterscheidet bei seiner Umsetzung zwischen beschäftigten und beschäftigungssuchenden Personen, wobei hier die beschäftigten Personen stärker geschützt werden.<sup>1190</sup> Die Umsetzung von Ungarn bekräftigt somit die Annahme, dass auch der deutsche Gesetzgeber beschäftigte Personen stärker schützen will, indem er die Pflichten des Arbeitgebers bei Benachteiligungen durch Dritte nur für den Zeitraum der Ausübung der Tätigkeit geregelt hat. Aufgrund der geringen Anforderungen, welche die Richtlinien an die Vorkehrungspflichten des Arbeitgebers stellen, dürfte dies auch nicht zu beanstanden sein.

Unabhängig davon, dass sich der gesetzgeberische Wille nicht eindeutig klären lässt, wäre es zudem auch nicht praktikabel und interessengerecht, wenn man den Zugang zur Erwerbstätigkeit dadurch schützen würde, dass man einem potentiellen Arbeitgeber eine Pflicht zum Einschreiten bei Benachteiligungen durch Dritte auferlegt. Dies lässt sich deutlich am Beispiel der diskriminierenden Verbandsvorgaben aufzeigen. So ist zu berücksichtigen, dass eine interessengerechte Vertretung wohl nur bei einer Prozessführung durch den betroffenen Athleten selbst zu erwarten ist. Würde man die Vereine zu einem Vorgehen gegen Verbandsvorgaben verpflichten, so müsste man befürchten, dass diese nicht mit vollem Einsatz gegen den Verband vorgehen. Immerhin sind sie selbst Mitglied in diesem Verband und möchten dies auch weiterhin – zumindest möglichst konfliktfrei – bleiben. Ferner dürften viele Vereine gar kein Interesse an einer derartigen Vertretung haben. Oftmals sind diese gerade die Verfechter der bisherigen Praxis und Tradition. Zuletzt erscheint es für den betroffenen Athleten auch umständlich, wenn nicht gar unmöglich, einen potentiellen Arbeitgeber aufzutun und diesen zu einem Vorgehen gegen den eigenen Verband zu verpflichten. Aufgrund der vorgelagerten Diskriminierung durch die Verbandsvorgaben wird es nämlich erst gar nicht zu ernsthaften Verhandlungen kommen. In den allermeisten Fällen<sup>1191</sup> müsste der betroffene Athlet daher gezielt einen Verein ansprechen, um eine Ablehnung zu erhalten. In einem weiteren Schritt müsste er den Beweis erbringen, dass er bei ordnungsgemäßen Verbandsvorgaben von diesem Verein verpflichtet worden wäre, was ihm infolge der Eigeninitiative

<sup>1187</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 37.

<sup>1188</sup> Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, 2010, S. 51.

<sup>1189</sup> Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, 2010, S. 51.

<sup>1190</sup> Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, 2010, S. 51.

<sup>1191</sup> Im Fall Birgit Prinz wäre dies wohl nicht notwendig gewesen, da der AC Perugia öffentlich Interesse an einer Verpflichtung gezeigt hat.



wohl kaum gelingen würde. Die aufgezeigte Vorgehensweise verdeutlicht ferner, dass von einem derart überrumpelten Verein wohl kaum Unterstützung zu erwarten ist. Fälle wie der von Birgit Prinz, in welchem ein potentieller neuer Verein an einer Beschäftigung trotz entgegenstehender Verbandsvorgaben interessiert ist und folglich das Vorgehen gegen den Verband unterstützt, sind die Ausnahme.

Aus den aufgezeigten Gründen erscheint eine Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 12 Abs. 4 AGG auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit für den Betroffenen weder vom Gesetzgeber erwünscht, noch praktikabel.

#### *[d]. Zwischenergebnis*

Benachteiligende Verbandsvorgaben können keine wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG darstellen, da sie eine vorgelegte Diskriminierung darstellen und somit nicht als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden dürfen. Die Einhaltung von unzulässigen Verbandsvorgaben stellt einen eigenen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 AGG durch den beschäftigenden Verein dar, weshalb der betroffene Athlet diesen unmittelbar aufgrund des AGG in Anspruch nehmen kann. Möchte der betroffene Athlet darüber hinaus das benachteiligende Regelwerk beseitigen, so muss er gegen den Verband vorgehen und eine Überprüfung des Regelwerkes anhand der Wertentscheidungen des AGG herbeiführen.

#### *[4]. Tradition*

Wie bereits unter III. 4. a. bb. [2]. [g]. erörtert wurde, kann die Tradition Ungleichbehandlungen nicht rechtfertigen. Nach Ansicht des BVerfG ist die Tradition als solche kein Rechtfertigungsgrund, sondern allenfalls ein Indiz für sein Vorliegen in der Vergangenheit.<sup>1192</sup> In seinen Ausführungen hebt das BVerfG hervor, dass durch die Berufung auf die Tradition sogar die Gefahr eines Außerkraftsetzens des Gleichheitssatzes droht.<sup>1193</sup> Insofern kann die Tradition keinen rechtmäßigen Zweck im Sinne § 8 Abs. 1 AGG darstellen.

#### *[5]. Fall der „Kundenerwartungen“*

Nach überwiegender Ansicht im Schrifttum können auch Kundenerwartungen berufliche Anforderungen darstellen.<sup>1194</sup> Ein Fall von Kundenerwartungen liegt beispielsweise vor, wenn ein bestimmtes Geschlecht für die Berufsausübung eher geeignet ist, weil dieses Geschlecht in der betreffenden Position von Kunden oder sonstigen Dritten eher akzeptiert wird.<sup>1195</sup> Man könnte daher die Auffassung vertreten, dass die geschlechtsspe-

<sup>1192</sup> BVerfGE 99, S. 367, 393 = NJW 1999, S. 1535, 1537; BVerfGE 120, S. 1, 32 ff. = NVwZ 2008, S. 1102, 1105; BVerfGE 95, S. 322, 333 = NJW 1997, S. 1497, 1499.

<sup>1193</sup> BVerfGE 122, S. 1, 30 ff. = NVwZ-RR 2009, S. 655, 658 ff.

<sup>1194</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 14 zu § 8; Hey, AGG, 2009, RN 19 und 20 zu § 8; Schleusener/Sukow/Voigt, AGG, 2008, RN 9 zu § 8; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 29 ff. zu § 8; kritisch Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 10 ff. zu § 8.

<sup>1195</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 29 zu § 8.

zifische Trennung in Mannschaftssportarten von Fans und Zuschauern erwartet und gerade durch diesen Umstand gerechtfertigt wird. Problematisch an dieser These ist jedoch, dass nicht jede Kundenerwartung eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann. Im Hinblick auf das Geschlecht wird eine Rechtfertigung durch Kundenerwartungen nur angenommen, wenn dies aus Gründen der Authentizität oder des Schamgefühls<sup>1196</sup> von Kunden Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit ist.<sup>1197</sup> Beispielsweise, wenn in dem Theaterstück „Romeo und Julia“ die Rolle der Julia durch eine weibliche Schauspielerin besetzt werden soll. Oder aber, wenn in einem Kaufhaus Frauen für den Verkauf von Damenunterwäsche einstellt werden, um eine bestmögliche Beratung der weiblichen Kundschaft zu gewährleisten. Ausgeschlossen ist eine Rechtfertigung über § 8 Abs. 1 AGG allerdings dann, wenn die Kundenerwartungen auf diskriminierenden Vorstellungen und Vorurteilen der Kunden beruhen.<sup>1198</sup> Auch diskriminierende Vorlieben Dritter sind unzulässig.<sup>1199</sup> Der Diskriminierungsschutz des AGG ist darauf angelegt, vorurteilsbedingte Benachteiligungen zu verhindern, weshalb nicht unterschieden werden darf, ob die Beeinträchtigung nun vom Arbeitgeber oder seinen Kunden ausgeht.<sup>1200</sup> Dies verdeutlicht auch § 12 Abs. 4 AGG, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Arbeitnehmer auch vor Benachteiligungen durch Kunden zu schützen.<sup>1201</sup> Es ist daher stets zu ermitteln, ob die Kundenerwartungen selbst diskriminierend sind und hierdurch die Entscheidung des Arbeitgebers reflektiert und damit perpetuiert werden.<sup>1202</sup> Ist die Kundenerwartungen selbst diskriminierend, so kann eine Rechtfertigung über § 8 Abs. 1 AGG nicht erfolgen.<sup>1203</sup>

Der Wunsch nach einer absoluten geschlechtsspezifischen Trennung von Männern und Frauen in Mannschaftssportarten stellt eine solche diskriminierende Kundenerwartung dar. Er gründet in der Vorstellung, dass Männer und Frauen in jeder Sportart zu trennen sind. Wie die bisherigen Ausführungen jedoch gezeigt haben, ist eine Trennung nicht immer erforderlich und kann unter Umständen eine Benachteiligung von Frauen bewirken. Die unzulässige Trennung in einigen Sportarten führt letztlich sogar zu weiteren Fehlvorstellungen. Fans und Zuschauer könnten aufgrund der – an sich unrechtmäßigen – Trennung glauben, dass der betroffene Sportler gar nicht zur Ausübung des Sports in der Lage sei.<sup>1204</sup>

<sup>1196</sup> Das Schamgefühl könnte im Sport rechtfertigen, dass in Mannschaftssportarten persönliche Betreuer, wie z.B. Physiotherapeuten, nur eines bestimmten Geschlechts eingestellt werden.

<sup>1197</sup> Wisskirchen, DB 2006, S. 1491, 1493; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 29.

<sup>1198</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 29; Hey, AGG, 2009, RN 20 zu § 8; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 14 zu § 8.

<sup>1199</sup> Hey, AGG, 2009, RN 20 zu § 8.

<sup>1200</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 15 zu § 8.

<sup>1201</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 12.

<sup>1202</sup> Thüsing, in: MüKoBGB, 5. Auflage 2007, RN 19 zu § 8 AGG.

<sup>1203</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 14 zu § 8.

<sup>1204</sup> Z.B. die Fehlvorstellung, dass Männerfußball nur durch Männer gespielt werden kann. Der Begriff des „Männerfußball“ leitet sich aber gerade aus einer unzulässigen Trennung der Geschlechter ab.

Teils wird dieses tatsächliche Unvermögen auch im Schrifttum als Rechtfertigungsgrund verkannt.<sup>1205</sup> Dieses Unvermögen des betroffenen Sportlers gründet jedoch gerade in einer unzulässigen Diskriminierung mittels Verbandsvorgaben.<sup>1206</sup> Ursächlich für diese Fehlvorstellung ist dabei auch die jahrelange Praxis und Tradition im Sport, eine solche strikte Trennung durchzuführen. Aber auch die Tradition und die jahrelange Praxis können eine absolute geschlechtsspezifische Trennung nicht rechtfertigen.<sup>1207</sup> Selbst wenn man annehmen würde, dass Fans und Zuschauer keiner Fehlvorstellung erliegen, sondern tatsächlich aus eigener Überzeugung wollen, dass „Männersport“ nur durch Männer ausgeübt wird, so rechtfertigt dies keine Ungleichbehandlung. So erfordert § 8 Abs. 1 AGG für eine Rechtfertigung das Vorliegen eines rechtmäßigen Zwecks. Im Fall der normalen Kundenerwartungen wird ein solcher beispielsweise in der Authentizität oder dem Schamgefühl der Kunden gesehen. Bei einer absoluten geschlechtsspezifischen Trennung ist ein solcher rechtmäßiger Zweck jedoch nicht zu erkennen. Ein Fußballspiel bleibt ein Fußballspiel, auch wenn es durch verschiedene Geschlechter gespielt wird. Berücksichtigt man, dass in Mannschaftssportarten neben der physischen Konstitution auch Faktoren wie Technik, Ballgefühl und Taktik eine entscheidende Rolle spielen, so handelt es sich aus diskriminierungsrechtlicher Sicht bei der Behauptung „Männer spielen besser Fußball als Frauen“ um ein Vorurteil, das Frauen benachteiligt. Derartige Vorurteile will das AGG gerade beseitigen. Das Interesse von Fans und Zuschauern an einer Beibehaltung einer absoluten Trennung von Männern und Frauen, kann daher eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen.

*cc. Geringere Vergütung wegen Diskriminierungsgründen, § 8 Abs. 2 AGG*

§ 8 Abs. 2 AGG stellt klar, dass die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes nicht dadurch gerechtfertigt werden kann, dass wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes besondere Schutzvorschriften gelten.<sup>1208</sup>

Lohndifferenzierungen, die nicht an einen in § 1 AGG genannten Grund, sondern an sachlichen Kriterien anknüpfen, verstoßen hingegen nicht gegen § 8 Abs. 2 AGG und gegen das in § 7 AGG verankerte Benachteiligungsverbot.<sup>1209</sup> Für das Vorliegen gleichwertiger Arbeit spielen vor allem Ausbildung, Vorkenntnisse, Verantwortung, Erfahrung und individuelle Fähigkeiten eine Rolle.<sup>1210</sup>

Gerade im Sport bestimmen Eigenschaften wie die Erfahrung und die persönlichen und körperlichen Fähigkeiten eines Sportlers die Höhe der Vergütung. So werden im Basketball für Centerspieler oftmals höhere Gehälter gezahlt als für Flügelspieler. Dies liegt daran, dass es für die Position des Centers förderlich ist, wenn man groß ist. Da die-

<sup>1205</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 48 zu § 8 AGG.

<sup>1206</sup> Hierzu ausführlich unter III. 4. b. bb. [3].

<sup>1207</sup> Hierzu ausführlich unter III. 4. a. bb. [2]. [g]. und III. 4. b. bb. [4].

<sup>1208</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 43 zu § 8.

<sup>1209</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 44 zu § 8.

<sup>1210</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 62 zu § 8; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 46 zu § 8.

ses Kriterium nicht viele Spieler erfüllen und talentierte Centerspieler daher schwieriger zu finden sind, sind Vereine bereit, für einen guten Centerspieler mehr Geld auszugeben, als sie dies für ein einen Flügelspieler tun würden. Ebenso bestimmt der Marktwert von Athleten deren Vergütung. Das Gehalt von Sportlern wird dabei durch weitere Kriterien wie das Zuschauer- und Medieninteresse, den Umfang von Sponsorenleistungen und den finanziellen Ertrag aus verschiedenen Vermarktungsrechten beeinflusst.<sup>1211</sup> Gerade das Zuschauer- und Medieninteresse in der Wettkampfklasse der Frauen ist geringer, weshalb der Umfang der Sponsorenleistungen und der Erlös aus Vermarktungsrechten dort niedriger als bei den Herren sind. Dieser Umstand führt zu einem niedrigeren Gehaltsniveau im Frauensport. Im Herrenbereich erreichen hingegen einige Fußballspieler Marktwerte, welche allein die Verpflichtung des Athleten ohne Ansehung seiner sportlichen Leistung rechtfertigen. So amortisiert sich im Falle Christiano Ronaldo dessen 94 Millionen Euro Ablösesumme allein durch den Verkauf seines Trikots.<sup>1212</sup>

Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung erfolgt im Sport daher meist nicht aufgrund einer Diskriminierungsabsicht, sondern vielmehr aus sachlichen Gründen wie dem Marktwert, der Erfahrung und den Fähigkeiten des jeweiligen Athleten. § 8 Abs. 2 AGG hat daher für den Bereich des Sports eher geringere Bedeutung. Wird hingegen einzig an ein in § 1 AGG genanntes Kriterium angeknüpft, so ist auch im Bereich des Sports eine Diskriminierung im Hinblick auf die Vergütung denkbar.<sup>1213</sup>

#### *dd. Zwischenergebnis*

Die bereits unter III. 4. a. bb. [2]. erörterte Vergleichbarkeit der Leistungen, die Wahrung der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit, die Gewährleistung der Durchführbarkeit des Wettkampfes und die Beibehaltung der wesentlichen Bestandteile der jeweiligen Sportart bestimmen die Eigenart und die Bedingungen der Sportausübung maßgeblich, weshalb sie über § 8 Abs. 1 AGG Ungleichbehandlungen rechtfertigen können. Diese Ziele verfolgen Interessen der Allgemeinheit, welche das Individualinteresse von benachteiligten Athleten unter Umständen überwiegen können.<sup>1214</sup> Die Verfolgung dieser Ziele stellt insofern einen rechtmäßigen Zweck im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG dar.

So kann die Eigenart von Wettkampfsportarten, in welchen die Athleten gegeneinander antreten, unter Umständen die geschlechtsspezifische Trennung rechtfertigen.<sup>1215</sup> Auch können die Chancengleichheit und die Vergleichbarkeit der Leistungen unter Um-

<sup>1211</sup> Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 125.

<sup>1212</sup> Körner, Real und die neuen Galaktischen, RP-Online, 13.6.2009.

<sup>1213</sup> So wird bei der Höhe der Vergütung häufig auf das Alter des Athleten abgestellt, obwohl zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses uneingeschränkte Leistungsfähigkeit vorliegt und das Alter bereits bei der Vertragsdauer berücksichtigt wurde; vgl. hierzu auch ausführlich III. 1. d. bb.

<sup>1214</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 34 zu § 8; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 13 zu § 8.

<sup>1215</sup> So z.B. in der Leichtathletik; in Mannschaftssportarten findet hingegen einen Leistungsvergleich der Mannschaften statt, weshalb eine Trennung dort grundsätzlich nicht zulässig ist.

ständen den Ausschluss von zwischengeschlechtlichen oder transsexuellen Athleten rechtfertigen.

Allerdings erfordert die Wahrung dieser Schutzgüter nicht immer einen Ausschluss bestimmter Athleten oder eine Trennung in verschiedene Wettkampfklassen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass betroffene Athleten in gewissem Umfang auf ihr Recht auf Chancengleichheit und körperliche Unversehrtheit verzichten können. Athleten steht insofern ein Selbstbestimmungsrecht zu, dass es ihnen erlaubt, ein gewisses Gefährdungsrisiko einzugehen und sich mit stärkeren und biologisch überlegenen Gegnern zu messen. Diese Umstände werden in vielen Sportarten allerdings nicht berücksichtigt. So ist die absolute Trennung von Männern und Frauen in Mannschaftssportarten unverhältnismäßig. Eine Rechtmäßigkeit der geschlechtsbezogenen Trennung kann in Mannschaftssportarten nur dadurch erreicht werden, indem das Regelwerk Aufnahmemöglichkeiten von Frauen für den Wettkampf der Männer vorsieht. Beschränkungen bei der Zulassung sind nur in Sportarten möglich, in welchen erhebliche, über dem allgemeinen Verletzungsrisiko liegende, Gesundheitsgefährdungen zu erwarten sind.<sup>1216</sup>

Verbandsvorgaben, Kundenerwartungen und die Tradition können hingegen für eine Rechtfertigung im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG nicht als rechtmäßige Ziele herangezogen werden.

Die Anknüpfung an die individuelle physische Konstitution ist zulässig, da diese nicht zwangsläufig mit einem in § 1 AGG genannten Grund verknüpft ist. So ist es durchaus denkbar, dass eine Frau leistungsfähiger als ein Mann ist. Ferner kann ein behinderter Athlet auf demselben Leistungsstand wie ein gesunder Athlet sein. Zu beachten ist jedoch, dass die pauschale Anknüpfung an das Geschlecht oder die Behinderung kein geeignetes Kriterium zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit sein kann und daher unzulässig ist.

Für Ungleichbehandlungen im Zusammenhang mit der Vergütung existieren im Bereich des Profisports zahlreiche sachliche Gründe, weshalb § 8 Abs. 2 AGG dort keine große Rolle im spielt.

### **c. Religion und Weltanschauung, § 9 AGG**

Gem. § 9 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Nach § 9 Abs. 2 AGG berührt das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung nicht das Recht der in § 9 Abs. 1 AGG genannten Religionsgemeinschaften, der ihnen zuge-

---

<sup>1216</sup> Im Ergebnis auch Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 151, RN 151.

ordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.

Wie somit bereits dem Wortlaut zu entnehmen ist, enthält § 9 AGG einen speziellen Rechtfertigungsgrund für Religionsgemeinschaften und ihnen zugeordneten Einrichtungen.<sup>1217</sup> Es handelt sich bei § 9 AGG somit um eine Sondervorschrift zu Gunsten religiös bzw. weltanschaulich bestimmten Arbeitgebern, welche ausschließlich für diese gilt.<sup>1218</sup> Eine sportrechtliche Bedeutung hat § 9 AGG nicht.

#### d. Alter, § 10 AGG

Mit § 10 AGG enthält das AGG eine Rechtfertigungsmöglichkeit speziell für Alters-Diskriminierungen. So kann nach § 10 Satz 1 AGG eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ungeachtet von § 8 AGG auch zulässig sein, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Gem. § 10 Satz 2 AGG müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. In § 10 Satz 3 AGG erfolgt sodann mit Nr. 1 bis 6 eine Aufzählung von Regelbeispielen.

##### *aa. Allgemein*

§ 10 AGG setzt Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG um, der spezielle Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters vorsieht.<sup>1219</sup> Wie bereits der Wortlaut der Vorschrift klarstellt, ist § 10 AGG ungeachtet von § 8 AGG anwendbar.<sup>1220</sup> Während § 10 Satz 1 und 2 AGG den allgemeinen Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters regeln, enthält § 10 Satz 3 AGG einen Katalog mit zulässigen Benachteiligungsgründen.<sup>1221</sup> Die gesetzlichen Beispiele in § 10 Satz 3 AGG konkretisieren allerdings nur die Generalklausel in § 10 Satz 1 AGG.<sup>1222</sup> Abschließend ist die Aufzählung in § 10 Satz 3 AGG nicht.<sup>1223</sup> Allgemeine Beispiele für legitime Ziele der Altersdiskriminierung finden sich auch in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG. Hiernach können sich legitime Ziele insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung ergeben. Grundsätzlich erfasst § 10 AGG sowohl unmittelbare, als auch mittelbare Benachteiligungen.<sup>1224</sup>

<sup>1217</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 9.

<sup>1218</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 4 zu § 9; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 3 zu § 9.

<sup>1219</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 3 zu § 10.

<sup>1220</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 8; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 1 zu § 10.

<sup>1221</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 und 12 zu § 10.

<sup>1222</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 3 zu § 10; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 13 zu § 10.

<sup>1223</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 13 zu § 10.

<sup>1224</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 5 zu § 10.

*bb. Jugend- und Nachwuchsförderung als legitimes Ziel*

Im Berufssport hat § 10 Satz 1 AGG vor allem im Bereich der Jugend- und Nachwuchsförderung Bedeutung. Dies gerade deswegen, da die Förderung der Jugend zugleich auch immer eine Benachteiligung der Älteren darstellt.<sup>1225</sup>

Bei der Jugend- und Nachwuchsförderung handelt es sich um ein legitimes Ziel im Sinne von § 10 Satz 1 AGG.<sup>1226</sup> In erster Linie stecken hinter der Nachwuchsförderung beschäftigungspolitische Erwägungen, wie sie bereits von der Rechtsprechung in anderen Bereichen anerkannt wurden.<sup>1227</sup> Mit der Jugend- und Nachwuchsförderung werden aber nicht nur beschäftigungspolitische Zielsetzungen<sup>1228</sup>, sondern auch solche aus dem Bereich der beruflichen Bildung verfolgt.<sup>1229</sup> Augenmerk der Jugend- und Nachwuchsförderung liegt beispielsweise darin, junge Sportler zu fördern, um hierdurch die sportliche Zukunft und den Bestand der jeweiligen Sportart langfristig zu sichern.<sup>1230</sup> Ferner müssen gerade inländische Athleten in den frühen Jahren ihrer Sportausbildung intensiv gefördert werden, damit diese später die nationalen Auswahlmannschaften stärken.<sup>1231</sup> Aus diesen Gründen hat auch der EuGH die Jugend- und Nachwuchsförderung als rechtmäßiges Ziel anerkannt. So hat es beispielsweise in der Bosman-Entscheidung hervorgehoben, dass im Sport ein berechtigter Zweck darin liegen kann, die „Einstellung und Ausbildung der jungen Spieler zu fördern“.<sup>1232</sup> Dass die Förderung von Nachwuchsspielern ein legitimes Ziel darstellt und hierdurch benachteiligende Regelungen gerechtfertigt werden können, hat es auch in einer neueren Entscheidung bestätigt.<sup>1233</sup> Ferner erkennen zudem europarechtliche Dokumente, wie z.B. das Weißbuch Sport, die Jugendförderung als legitimes Ziel an.<sup>1234</sup>

*cc. Verhältnismäßigkeit*

Ähnlich wie bei den anderen Rechtfertigungsmöglichkeiten des AGG, verlangt auch § 10 AGG eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Gem. § 10 Satz 1 AGG hat zum einen die unterschiedliche Behandlung objektiv und angemessen zu sein. Ferner müssen gem. § 10 Satz 2 AGG die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. § 10

<sup>1225</sup> Hierzu ausführlich unter III. 1. d.

<sup>1226</sup> Resch, SpuRt 2007, S. 98, 99.

<sup>1227</sup> Hinsichtlich der Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigung: EuGH, Urteil vom 26.9.2000 – C 322/98 = NZA 2000, S. 1155.

<sup>1228</sup> Resch, SpuRt 2007, S. 98, 99.

<sup>1229</sup> Vgl. hierzu auch Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG.

<sup>1230</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht 2007, S. 591, RN 20; Conzelmann, Modelle für eine Förderung der inländischen Nachwuchssportler zur Stärkung der Nationalmannschaften, 2008, S. 23.

<sup>1231</sup> Conzelmann, Modelle für eine Förderung der inländischen Nachwuchssportler zur Stärkung der Nationalmannschaften, 2008, S. 40.

<sup>1232</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 510, RN 106.

<sup>1233</sup> EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C-325/08 = EuZW 2010, S. 342.

<sup>1234</sup> Weißbuch Sport [Kom(2007) 391 endg. vom 11.7.2007], S. 6 und 7.

AGG verlangt somit eine doppelte Angemessenheitsprüfung.<sup>1235</sup> Mit § 10 Satz 1 AGG soll klargestellt werden, dass nicht jede Differenzierung, auch wenn hierzu ein legitimes Ziel vorliegen mag, gerechtfertigt werden kann; hierdurch sollen subjektive und willkürliche Differenzierungen ausgeschlossen werden.<sup>1236</sup> § 10 Satz 2 AGG fordert hingegen eine konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung der eingesetzten Mittel.<sup>1237</sup> Das Mittel muss also zunächst geeignet sein, das Ziel zu erreichen.<sup>1238</sup> Das Mittel muss ferner erforderlich, bei Auswahl mehrerer gleich geeigneter Mittel das mildeste Mittel, sein.<sup>1239</sup> Es ist daher nur erforderlich, wenn das angestrebte Ziel nicht auf eine andere Weise erreicht werden kann, welche weniger benachteiligend ist.<sup>1240</sup> Angemessen ist das Mittel, wenn anhand der konkreten Umstände eine Abwägung des Ausmaßes der bestehenden Nachteile, des angestrebten Ziels und der Effektivität der Maßnahme, mit den Rechtspositionen zu einem billigenwertigen Ergebnis gelangt.<sup>1241</sup>

Die in § 10 AGG geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung bereitet im Sport allerdings häufig Probleme, wie die bisherigen Entscheidungen des EuGH verdeutlichen. Im Fall Bosman hatte der EuGH beispielsweise mitunter darüber zu entscheiden, inwiefern die Maßnahmen zur Förderung der Jugend für eine Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Nationalmannschaft notwendig sind. Dort stellte er fest, dass wirtschaftliche und sportliche Aspekte zwar schwierig zu trennen seien, dieser Umstand allerdings nicht dazu führen dürfe, dass die Mittel zur Erreichung der jeweiligen Ziele weiter gehen, als dies ihr Zweck erfordert.<sup>1242</sup> Die Regelwerke im Fußball zur Ausbildungs- und Förderungsentschädigung wurden im Fall Bosman für europarechtswidrig erklärt, da diese nicht einer Stärkung der Nationalmannschaften, sondern vielmehr den finanziellen Interessen der Vereine dienten. Diese Feststellung musste der EuGH auch in einem weiteren Urteil zur Ausbildungsentschädigung machen.<sup>1243</sup> Folglich müssen Maßnahmen zur Jugend- und Nachwuchsförderung im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit immer kritisch hinterfragt werden.

### [1]. Österreichische U24-Regelung im Eishockey

So wird im Schrifttum beispielsweise die U24-Regelung in der österreichischen Eishockeyliga als unverhältnismäßig angesehen.<sup>1244</sup> Diese U24-Regelung besagt, dass von den maximal 22 pro Mannschaft auf einem Spielbericht genannten einsatzberechtigten Spie-

<sup>1235</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 18 zu § 10.

<sup>1236</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 17 zu § 10.

<sup>1237</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 21 zu § 10.

<sup>1238</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 22 zu § 10.

<sup>1239</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 22 zu § 10.

<sup>1240</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 21 zu § 10.

<sup>1241</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 22 zu § 10; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 21 zu § 10.

<sup>1242</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – C 415/93 = NJW 1996, S. 505, 509, RN 76.

<sup>1243</sup> EuGH, Urteil vom 16.3.2010 – C 325/08 = EuZW 2010, 342, 345, RN 45 und RN 50.

<sup>1244</sup> Resch, SpuRt 2007, S. 100.



lern zumindest sieben Spieler das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben dürfen.<sup>1245</sup> Zum einen greife diese Regelung zu plötzlich in die Berufskarriere der bereits aktiven Profispieler ein. Zum anderen wirke die Regelung sehr intensiv, da knapp 32 % der Beschäftigungsplätze den U24-Spielern vorbehalten bleiben. Und zuletzt – dies dürfte der ausschlaggebendste Punkt sein – würden nicht alle naheliegenden Möglichkeiten einer weniger intensiven Regelung zur Förderung der Jugendspieler ausgeschöpft.

*[2]. U24-Ausbildungsfonds der BBL*

Ein Beispiel für eine verhältnismäßige U24-Regelung kann hingegen der Basketball vorzeigen. Auch dort gibt es eine Regelung, welche U24-Spieler fördern soll. Durch den sogenannten U24-Ausbildungsfonds sollen Mannschaften am Ende der Saison aus einem Fördertopf Zahlungen je nach Einsatzzeit junger U24-Spieler erhalten.<sup>1246</sup> Diese Regelung wurde durch den Deutsche Basketball Bund (DBB) und die Basketball Bundesliga (BBL) gemeinsam beschlossen. In einer gemeinsamen Pressemitteilung heißt es, das „Ziel des Ausbildungsfonds ist es, die Basis an Nachwuchsspielern noch intensiver als bislang zu verbreitern und auf ein höheres Qualitäts-Niveau zu bringen.“<sup>1247</sup> In der Sitzung des DBB und der BBL wurde der Ausbildungsfonds in folgender Fassung geschlossen:

*„Vereinbarung zum Ausbildungsfonds*

*1. Die BBL GmbH richtet in Zusammenarbeit mit dem DBB einen Ausbildungsfonds ein, der folgende Zielsetzungen verfolgt:*

*1. Bereitstellung von zusätzlichen Mitteln für die Nachwuchsförderung, insbesondere von künftigen deutschen Profi-Basketballspielern;*

*2. Schaffung von finanziellen Anreizen für Vereine unterhalb der Pro B, in die Ausbildung von künftigen deutschen Profispielern zu investieren;*

*4. Schaffung von finanziellen Anreizen, die Spielzeit von deutschen Nachwuchsspielern in der BBL zu vergrößern;*

*5. Finanzierung von erfolgsträchtigen, vereinsübergreifenden Projekten, insbesondere Schulprojekte und Ausbildungsprojekte für Trainer.*

*Der Ausbildungsfonds wird zunächst für die Spielzeiten 2008/2009 und 2009/2010 eingerichtet.*

<sup>1245</sup> Resch, SpuRt 2007, S. 98.

<sup>1246</sup> U24-Ausbildungsfonds: mehr Informationen unter [www.beko-bbl.de](http://www.beko-bbl.de).

<sup>1247</sup> Pressemitteilung des DBB und der BBL vom 31.7.2008.

2. Der Ausbildungsfonds besteht aus zwei Töpfen: einem Abgabentopf mit festen Einzahlungen zur Finanzierung der Projekte, sowie einem Gebührentopf, dessen Größe von den Aktivitäten der Vereine abhängt.

3. Der Abgabentopf wird gefüllt durch eine Grundabgabe der Vereine sowie eines Beitrags des DBB in gleicher Höhe nach folgendem Schlüssel:

BBL : Grundgebühr pro Verein : 2.800 € x 18 Vereine  
50.400 €

Die Grundgebühr wird zum 01. September eines jeden Jahres fällig und ist auf die 8 % -Regel anrechenbar. Der Abgabentopf wird verwaltet von einem paritätisch besetzten, gemeinsamen Gremium aus Vertretern der BBL und dem DBB. Die Mittel werden zur Finanzierung von standortübergreifenden Projekten gemäß obiger Zielsetzung verwendet.

4. Der Gebührentopf wird gefüllt durch eine Transfergebühr, die bei jeder Neuverpflichtung eines Spielers mit Standard-Arbeitsvertrag fällig wird. Die Transfergebühr beträgt 2.800 €.

Tryout-Verträge mit einer Laufzeit von weniger als 3 Monaten, die nicht in einen regulären Arbeitsvertrag umgewandelt werden, sind gebührenfrei. Die Transfergebühren werden zum Ende der Hauptrunde berechnet und mit den Ausschüttungen gemäß Ziffer 8 saldiert.

5. Die Einnahmen des Gebührentopfes werden in zwei Stufen ausgeschüttet. In der ersten Stufe erhalten Vereine, die unterhalb der Pro B spielen, für jeden deutschen U-22-Spieler, der bis zum 01.10 des Jahres einen Profivertrag mit einem Klub der BBL unterschreibt, eine Ausbildungsvergütung in Höhe von 8.000 €.

6. Diese Profivertrag muss zusätzlich folgende Standards erfüllen:

1. Der Spieler muss 18 Jahre alt sein und darf nicht älter als 22 Jahre alt sein. Es gilt der Stichtag der U-22-Regelung.

2. Der Spieler muss auf den Mannschaftsmeldebogen der Mannschaft aufgenommen werden;

3. Der Vertrag muss eine Laufzeit von mindestens zwei Jahren haben oder mindestens zwei komplette Spielzeiten erfassen;

4. Das Gehalt muss inklusive aller Nebenleistungen pro Monat mindestens 1.050 € betragen.

7. Auf Antrag des abgebenden Vereins, der bis zum 31.12. des Jahres eingereicht werden muss, werden die Gelder unter folgenden Voraussetzungen im Mai ausgezahlt:

1. Der Spieler muss die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mindestens 18 Jahre sein, und muss unter die U-22-Regelung fallen;

2. Der Spieler muss nachweislich mindestens 2 Jahre bei dem abgebenden Verein ausgebildet worden sein bzw. am regulären Spielbetrieb des Vereins teilgenommen haben;

3. Alle Vereine können Anträge einreichen, auch Kooperationspartner und analoge Konstruktionen; nur der abgebende Verein erhält die Ausbildungsvergütung;

4. Die Vereine müssen darlegen, wie sie die erhaltene Ausbildungsvergütung künftig in der Nachwuchsförderung einsetzen;

5. Der aufnehmende Verein hat den Spielervertrag auf Nachfrage offen zu legen, um die Einhaltung der Standards nachzuweisen und die Ausschüttung zu ermöglichen.

6. Zur Abmilderung von Härtefällen wird ein Sondertopf in Höhe von 25.000 € eingerichtet, der von einem unabhängigen Gremium verwaltet wird; jeder Verein, der ein berechtigtes Interesse an einer Ausbildungsvergütung nachweist, kann einen entsprechenden Antrag stellen. Über den Sondertopf bis 31. Mai nicht ausgeschütteten Mittel wandern in die 2. Stufe.

8. In der zweiten Stufe werden die verbleibenden Mittel des Gebührentopfes am Ende der Hauptrunde gemäß dem Anteil der Spielzeit der eigenen deutschen U-24-Spieler an der gesamten Spielzeit der deutschen U-24-Spieler ausgeschüttet.

Maßgeblich ist das auf der Homepage der BBL veröffentlichte Scouting hinsichtlich der Spielzeit. Dazu wird eine spezielle Rubrik eingerichtet, auf der wöchentlich die relevanten Spielzeiten sowie die voraussichtliche Ausschüttung dargestellt werden.“

Zwar wirkt sich auch diese Regelung nachteilig für ältere Spieler aus, da die Regelung nicht nur Anreiz für den Einsatz, sondern auch für die bevorzugte Beschäftigung von U24-Spielern schafft. Die Existenz des U24-Ausbildungsfonds bewirkt somit eine Absenkung der Einsatzzeit und des Marktwertes älterer Spieler.<sup>1248</sup> Genau diesen Anreiz möchte die Regelung allerdings bewirken, um so die Einsatzzeiten der Jugend- und Nachwuchsspieler zu erhöhen. Bei diesem Ziel handelt es sich um das legitime Ziel der Jugend- und Nachwuchsförderung. Fraglich kann lediglich sein, ob der Ausbildungs-

<sup>1248</sup> Hierzu ausführlich unter III. 2. a. aa. [4]. d.

fonds verhältnismäßig ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass im Basketball eine stufenweise Heranführung der Jugend an das Leistungsniveau der Erwachsenen stattfindet und bereits eine Vielzahl von Maßnahmen zur Förderung der Jugend geschaffen wurde. So wurde beispielsweise die Nachwuchs Basketball Bundesliga für U19-Spieler (NBBL) und die Jugend Basketball Bundesliga für U16-Spieler (JBBL) eingeführt. Dennoch war zu beobachten, dass in den höheren Ligen überwiegend ausländische Spieler eingesetzt wurden und teils sogar deutsche Nationalspieler kaum Einsatzzeiten erhielten. In einer weiteren Stufe sollten daher auch die „erwachsenen“ Nachwuchsspieler in der Basketball Bundesliga der Herren (BBL) gefördert werden. Die Einführung eines U24-Ausbildungsfonds als letzte Stufe scheint hierfür besonders geeignet. Sie berücksichtigt die wirtschaftliche und berufliche Bedeutung der BBL dahingehend, dass hierdurch älteren Profispielern grundsätzlich dieselbe Anzahl an Beschäftigungsplätzen, wie deren jüngeren Kollegen zur Verfügung steht, und insofern grundsätzlich keine Beschränkung des Teilnahmerechtes stattfindet. Ferner erfolgt die Ausschüttung der Fördergelder in zwei Stufen und ist teils zweckgebunden. In einer ersten Stufe erhalten Vereine, die unterhalb der Pro B spielen, für jeden deutschen U-22-Spieler, der bis zum 1. Oktober des Jahres einen Profivertrag mit einem Klub der BBL unterschreibt, eine Ausbildungsvergütung in Höhe von EUR 8.000,00. Nach Ziffer 7.4. des Ausbildungsfonds hat der Verein dabei darzulegen, dass er die erhaltene Ausbildungsvergütung künftig in der Nachwuchsförderung einsetzt. In der zweiten Stufe werden die verbleibenden Mittel des Gebührentopfes am Ende der Hauptrunde gemäß dem Anteil der Spielzeit der eigenen deutschen U24-Spieler an der gesamten Spielzeit der deutschen U24-Spieler ausgeschüttet. Die Intensität dieser Regelung ist vor allem im Bereich der Profiligen als gering einzuschätzen. So betrug das Volumen des Ausbildungsfonds in der Spielzeit 2008/2009 zwar bereits EUR 302.000,00.<sup>1249</sup> Allerdings fällt der zu erwartende Ausschüttungsbetrag aufgrund der Vielzahl der teilnehmenden Vereine – in der BBL allein 18 Bundesligavereine – nicht allzu hoch aus. So ergaben Hochrechnungen, dass der führende Verein in Sachen Spielzeit – zu diesem Zeitpunkt war dies, dank der beiden überaus erfolgreichen U24-Spieler Per Günther und Sebastian Betz, ratiopharm Ulm – eine Summe in Höhe von 17.617,40 Euro erhalten würde.<sup>1250</sup> Angesichts des Etats der Bundesligamannschaften, deren Sponsoring-Einnahmen und drohenden Verlusten bei Nichterreichen bestimmter Ziele, stellt eine derartige Summe einen nur geringen Betrag dar. Diese Feststellung verdeutlicht jedoch auch, dass die Intensität des Eingriffs mitunter durch die Höhe der Fördermittel gesteuert werden kann. Problematisch wird die Intensität immer dann, wenn durch die Ausschüttung hoher Geldbeträge ein allzu großer Anreiz für die Beschäftigung junger Spieler geschaffen und hierdurch ein faktischer Ausschluss bewirkt wird. Vorliegend ist jedoch aufgrund der bereits getroffenen Maßnahmen und der geringen Eingriffsintensität des Ausbildungsfonds davon auszugehen, dass dieser verhältnismäßig ist.

Aber auch im Basketball drohen unverhältnismäßige Maßnahmen. So soll nach eigener Pressemitteilung ab der Saison 2010/2011 eine Regelung in der BBL eingeführt wer-

<sup>1249</sup> Stand Februar 2010.

<sup>1250</sup> Pressemitteilung der BBL vom 27.11.2008; abrufbar unter [www.beko-bbl.de](http://www.beko-bbl.de).

den, wonach Minimum vier von mindestens zehn Spielern, die auf dem Spielberichtsbogen zu vermerken sind, über einen deutschen Pass verfügen müssen.<sup>1251</sup> Wie bereits dargestellt, stellt die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit keine Anknüpfung an ein in § 1 AGG genanntes Merkmal dar und ist daher zumindest aus Sicht des AGG nicht zu beanstanden.

#### e. Positive Maßnahme nach § 5 AGG

Ungeachtet der in den §§ 8, 9, 10 und 20 AGG genannten Gründe, ist eine unterschiedliche Behandlung nach § 5 AGG ferner zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden können.

##### aa. Allgemeine Voraussetzungen

Nach der amtlichen Begründung stellt die Vorschrift einen speziellen Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen dar.<sup>1252</sup> Nach § 5 AGG sind somit „positive Maßnahmen“ zur Verhinderung oder zum Ausgleich von bestehender Nachteile zulässig.<sup>1253</sup> Es handelt sich dabei um Maßnahmen, die dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder zumindest verringern sollen.<sup>1254</sup> Der Begriff der Maßnahme ist weit zu verstehen.<sup>1255</sup> Unerheblich ist dabei, wer Urheber der positiven Maßnahmen ist, weshalb diese in Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen, Auswahlrichtlinien, Integrationsvereinbarungen, allgemeinen Geschäftsbedingungen, arbeitsvertraglichen Regelungen und sonstigen Einzelverträgen enthalten sein können.<sup>1256</sup> Auch einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers können darunter fallen.<sup>1257</sup> Voraussetzung für die Zulässigkeit der Maßnahme ist, dass der Zweck des § 5 AGG, also die Verhinderung oder der Ausgleich von Nachteilen, verfolgt und die Verhältnismäßigkeit eingehalten wird.<sup>1258</sup> Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung kann auf die obigen Ausführungen zu § 3 Abs. 2 AGG verwiesen werden. Zu beachten ist jedoch stets, dass durch § 5 AGG die Gefahr einer Überreglementierung droht, weshalb die Förderung benachteiligter Gruppen wohl überlegt erfolgen muss.<sup>1259</sup>

<sup>1251</sup> Offizielle Erklärung der BBL im Internet; [www.beko-bbl.de](http://www.beko-bbl.de).

<sup>1252</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

<sup>1253</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 1 zu § 5.

<sup>1254</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 zu § 5.

<sup>1255</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 5.

<sup>1256</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 15 zu § 5; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 5.

<sup>1257</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 5.

<sup>1258</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 18 ff. zu § 5; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 ff. zu § 5.

<sup>1259</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 13 zu § 5.

*bb. Einführung von Beschäftigungsquoten im Sport?*

Eine der bekanntesten positiven Maßnahmen, ist die sogenannte Beschäftigungsquote, welche bewirken soll, dass Merkmalsträger von § 1 AGG in Bereichen, in welchen sie unterrepräsentiert sind, beschäftigt werden.<sup>1260</sup> Zu denken ist dabei in erster Linie an die sog. Frauenquote oder die Beschäftigungsquote von Behinderten nach den §§ 71 ff. SGB IX.<sup>1261</sup> Wegen der Feststellung, dass in vielen Mannschaftssportarten Frauen zu Unrecht vom Wettkampf der Herren ausgeschlossen werden, könnte man daher zu der Überlegung gelangen, gerade in Sportarten, in welchen bislang keine absolute geschlechtsspezifische Trennung zulässig war, eine Frauenquote einzuführen, um hierdurch alte Denkweisen und Traditionen effektiv zu beseitigen.<sup>1262</sup> Allerdings ist zu beachten, dass eine starre Frauenquote nicht zulässig ist, da der hiermit einhergehende automatische Vorrang nach Ansicht des EuGH eine unverhältnismäßige Diskriminierung männlicher Bewerber darstellen würde.<sup>1263</sup> Quotenregelungen zugunsten von Frauen sind nur dann zulässig, wenn diese leistungsabhängig und flexibel sind.<sup>1264</sup> So muss die weibliche Bewerberin über die gleiche oder zumindest fast gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Bewerber verfügen.<sup>1265</sup> Ein absoluter, unbedingter Vorrang darf weiblichen Bewerberinnen nicht eingeräumt werden.<sup>1266</sup> Die Auswahlverfahren müssen darüber hinaus transparent und nachprüfbar sein und auf objektiven Kriterien beruhen.<sup>1267</sup> Im Berufssport, wo die körperliche Leistungsfähigkeit eines Athleten eine der entscheidendsten Qualifikationsmerkmale darstellt, würde die Einführung einer leistungsabhängigen Quotenregelung aufgrund der biologischen Unterschiede zwischen Männern und Frauen somit ohne Auswirkungen bleiben. Vereine könnten trotz der Quotenregelung weiterhin Männer bevorzugen, da diese in aller Regel körperlich leistungsfähiger als Frauen sind.

*cc. Rechtfertigung für Ausschluss von Hermaphroditen/Transsexuellen*

Wegen der Verwendung des Begriffes „verhindern“ werden nicht nur Maßnahmen von § 5 AGG erfasst, die der Beseitigung eines bereits „bestehenden“ Nachteils dienen, sondern auch solche, die künftige Nachteile verhindern.<sup>1268</sup> Die Norm ist insofern sprachlich missglückt, da nicht nur bestehende, sondern eben auch drohende Nachteile umfasst sind.<sup>1269</sup> Insgesamt kommt § 5 AGG innerhalb des AGG eine Auffangfunktion zu, wes-

<sup>1260</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 2 zu § 5.

<sup>1261</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 12 zu § 5.

<sup>1262</sup> Zur geschlechtsbezogenen Trennung siehe ausführlich III. 4. b. bb. [2]. [a].

<sup>1263</sup> EuGH, Urteil vom 17.10.1995 – C-450/93 = NJW 1995, S. 3109.

<sup>1264</sup> EuGH, Urteil vom 6.7.2000 – C-407/98 = NZA 2000, S. 935.

<sup>1265</sup> EuGH, Urteil vom 6.7.2000 – C-407/98 = NZA 2000, S. 935, RN 62.

<sup>1266</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 32 zu § 5.

<sup>1267</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 32 zu § 5.

<sup>1268</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 11 zu § 5.

<sup>1269</sup> Ganz deutlich Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 159, RN 390.

halb sich die Vorschrift im Abschnitt 1, und somit vorgezogen im Allgemeinen Teil des AGG wiederfindet.<sup>1270</sup>

Gerade wegen dem vorbeugenden Charakter und der Auffangfunktion von § 5 AGG könnte man zu der Auffassung gelangen, dass diese Vorschrift unter Umständen auch benachteiligende Maßnahmen im Sport gegen einzelne Athleten rechtfertigt, wenn hierdurch drohende Nachteile für andere Athleten verhindert werden können. So könnte der Ausschluss von Hermaphroditen und Transsexuellen vom Wettkampf der Frauen im Vorfeld dadurch gerechtfertigt sein, dass hierdurch die Verletzung der Chancengleichheit aller am Wettkampf teilnehmenden Frauen im Vorfeld verhindert wird. Zwar kann § 5 AGG Fallkonstellationen umfassen, in welcher nicht lediglich eine Person, sondern eine ganze Personengruppe betroffen ist.<sup>1271</sup> Wie bereits dem Gesetz zu entnehmen ist, schützt § 5 AGG jedoch nur vor Nachteilen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Als Nachteile sind somit nur Umstände zu verstehen, die dazu führen, dass Personen aufgrund eines in § 1 genannten Merkmals schlechtere Chancen als andere Personen haben.<sup>1272</sup> Der Personenkreis, der vor drohenden Nachteilen bewahrt werden soll, muss somit selbst Merkmalsträger eines in § 1 AGG genannten Grundes sein. Andernfalls kann es nicht zu der sogenannten „umgekehrten Diskriminierung“ kommen, welche für die Anwendung von § 5 AGG erforderlich ist.<sup>1273</sup> Zudem würde die Zielsetzung von § 5 AGG unterlaufen. Denn Sinn und Zweck von § 5 AGG ist es gerade, die in § 1 genannten Merkmalsträger zu schützen und zu ihren Gunsten eine Ungleichbehandlung ausnahmsweise zuzulassen.<sup>1274</sup> Der Ausschluss von Hermaphroditen bzw. Transsexuellen vom Wettkampf der Frauen verhindert jedoch bei einem Personenkreis Nachteile, der selbst nicht Merkmalsträger ist. So wird durch den Ausschluss zwar eine drohende Verletzung der Chancengleichheit aller am Wettkampf teilnehmender Frauen verhindert. Diese sind jedoch selbst nicht Merkmalsträger, weshalb eine Rechtfertigung über § 5 AGG ausscheiden muss.

#### *dd. Umkehr der Beweislast / Zulassung unter Vorbehalt*

Als positive Maßnahme im Sinne von § 5 AGG können im Sport allerdings die Umkehr der Beweislast und die Zulassung unter Vorbehalt in solchen Fällen eingestuft werden, in welchen der Ausschluss eines Athleten auf dem Vorliegen von sachlichen Gründen gestützt wird, tatsächlich jedoch keine derartigen Gründe vorliegen. Konkret zu denken ist dabei etwa an Fälle, in welchen zwischengeschlechtliche Athleten oder Athleten mit Behinderung mit dem Argument ausgeschlossen werden, dass sie gegenüber ihren Kon-

<sup>1270</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 10 zu § 5.

<sup>1271</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 6 zu § 5.

<sup>1272</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 20 zu § 5.

<sup>1273</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 3 zu § 5; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 1 zu § 5.

<sup>1274</sup> Vgl. hierzu auch ausführlich Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 160, RN 393.

kurrenten bevorteilt sind und daher eine Verletzung der Chancengleichheit drohe.<sup>1275</sup> Oder aber der Fall, dass der Ausschluss damit begründet wird, dass mit der Zulassung eine erhebliche Gesundheitsverletzung einhergehe.

In letzterem Fall wird man nach einer Abwägung eingestehen müssen, dass die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit als eines der höchsten Schutzgüter unbedingt vermieden werden muss. Hier darf kein Risiko von schweren Gesundheitsverletzungen durch eine voreilige Zulassung ohne vorherige gesundheitliche Prüfung eingegangen werden, weshalb dort die Möglichkeit einer vorübergehenden Zulassung ausscheiden muss.<sup>1276</sup>

In allen anderen Fällen ergibt sich jedoch eine Beweisproblematik, die bislang in den allermeisten Sportarten zu Lasten der betroffenen Athleten gelöst wird.<sup>1277</sup> Dort stellt sich die Frage, wer die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der sachlichen Gründe trägt. Ist es der jeweilige Dachverband, welcher über die Zulassung bzw. den Ausschluss zu entscheiden hat? Oder hat der betroffene Athlet zu beweisen, dass in seinem konkreten Fall keine Verletzung der Chancengleichheit droht? Bereits die Aufbürdung dieser Beweislast stellt eine Benachteiligung des betroffenen Athleten dar. So erscheint es unverhältnismäßig, eine unter Umständen teure und aufwändige Beweisführung, beispielsweise durch die Beauftragung von Gutachten, einem einzelnen Sportler aufzuerlegen. Hier erscheint es angemessener, die Beweislast den Verbänden aufzuerlegen. Ferner stellt sich in diesem Zusammenhang ferner die Frage, ob der betroffene Athlet nicht bis zur Beweiserbringung zum Wettkampf zugelassen werden muss. Hier ist zu berücksichtigen, dass der vorübergehende Ausschluss für einen Athleten gravierende sportliche und finanzielle Nachteile zur Folge haben kann. So kann in sportlicher Hinsicht der Verlust der Wettkampfform drohen.<sup>1278</sup> In finanzieller Hinsicht gehen dem Athleten unter Umständen erhebliche Preisgelder und Sponsoreneinnahmen verloren.

Auf der anderen Seite würde die vorübergehende Zulassung unter Umständen zu einer Verletzung der Chancengleichheit der normalen Athleten führen, wenn sich später herausstellen sollte, dass der betroffene Athlet tatsächlich übervorteilt ist. Im Falle von behinderten Athleten etwa, wenn ein Gutachten später ergibt, dass aus dem Einsatz von Hilfsmitteln tatsächlich ein Vorteil gegenüber nichtbehinderten Konkurrenten resultiert. Im Falle von zwischengeschlechtlichen Athleten beispielsweise, wenn ein Gutachten belegt, dass ein weiblicher Athlet aufgrund seiner Veranlagung in biologischer Sicht überwiegend dem männlichen Geschlecht zuzuordnen ist. Gerade diese drohende Verletzung der Chancengleichheit der normalen Athleten kann allerdings über § 5 AGG gerechtfertigt werden, da durch eine Beweislastumkehr und eine vorübergehende Zu-

<sup>1275</sup> Weibliche Athleten besitzen gegenüber ihren männlichen Konkurrenten keinen biologischen Vorteil, weshalb der Ausschluss von weiblichen Athleten vom Wettkampf der Herren nur auf der Wahrung der körperlichen Unversehrtheit gestützt werden kann.

<sup>1276</sup> Somit ergibt sich bei der geschlechtsspezifischen Trennung keine Beweislastproblematik.

<sup>1277</sup> In der Leichtathletik wurde der behinderte Sprinter Pistorius erst nach dem Vorliegen eines Gutachtens bzw. der Würdigung des Gutachtens durch den CAS zum Wettkampf der Nichtbehinderten zugelassen.

<sup>1278</sup> So im Fall von Caster Semenya: Süddeutsche Zeitung, Semenya nur Neunte, 2.9.2010, S. 35.



lassung gerade die Benachteiligung von betroffenen Athleten aus in § 1 AGG genannten Gründen verhindert werden soll.

Für die Praxis bedeutet dies zweierlei. Zum einen ist die Beweislast so zu regeln, dass diese die Vereine und Verbände trifft. Andernfalls würde den betroffenen Athleten ein unangemessener Aufwand aufgebürdet. Zum anderem kann bis zur Beweiserbringung der betroffene Athlet zum Wettkampf zugelassen werden. Sollte hierdurch die Chancengleichheit der anderen Athleten kurzzeitig verletzt werden, so kann dies mittels § 5 AGG gerechtfertigt werden, um Benachteiligungen der betroffenen Athleten zu vermeiden bzw. zu beseitigen.

#### **f. Zwischenergebnis**

Das AGG sieht somit eine Reihe von Rechtfertigungsmöglichkeiten vor, die eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes für zulässig erklären. Grundsätzlich ist allen Rechtfertigungsmöglichkeiten gemein, dass zunächst ein rechtmäßiges bzw. legitimes Ziel verfolgt werden muss. Ferner, dass die jeweiligen Maßnahmen zur Umsetzung dieser Ziele verhältnismäßig sind.

Im Sport existieren dabei mit der Wahrung der Chancengleichheit, der Ausgewogenheit und Ungewissheit des Ergebnisse, der Jugend- und Nachwuchsförderung, der Sicherstellung der körperlichen Unversehrtheit der Athleten und der Beibehaltung der Natur des jeweiligen Wettkampfes vielerlei solcher rechtmäßigen Ziele. So kann der Ausschluss eines männlichen Athleten vom Wettkampf der Frauen beispielsweise mit dem Argument der Gewährleistung der Chancengleichheit ausgeschlossen werden. Entsprechendes gilt auch für den Ausschluss eines nichtbehinderten Athleten vom Wettkampf der Behinderten. Die Gewährleistung der Chancengleichheit kann auch den Ausschluss eines dominierenden, zwischengeschlechtlichen Athleten vom Wettkampf der Frauen rechtfertigen, wenn nicht eindeutig geklärt werden kann, zu welchem Geschlecht der Athlet tendiert und ob aus der Zwischengeschlechtlichkeit Vorteile gezogen werden. Ferner sind aufgrund der Jugend- und Nachwuchsförderung unter Einhaltung gewisser Voraussetzungen Altersdiskriminierungen zulässig.

Allerdings ist darauf zu achten, dass die Mittel zur Erreichung dieser Ziele verhältnismäßig sind. Gerade dies ist im Sport nicht immer der Fall, wie mitunter die Bosman-Entscheidung des EuGH verdeutlicht. So sind viele Maßnahmen im Sport nicht erforderlich, um die soeben genannten und angestrebten Ziele zu verwirklichen. So erfordern die Chancengleichheit und die körperlichen Unversehrtheit nicht immer den Ausschluss von behinderten, weiblichen oder zwischengeschlechtlichen Athleten. Notwendig ist ein Ausschluss unter diesen Gesichtspunkten nur dann, wenn tatsächlich eine Verletzung dieser Rechtsgüter droht. In vielen Sportarten, vor allem im Bereich der Mannschaftssportarten, droht eine solche Verletzung jedoch nicht. So ist beispielsweise im Fußball durch die Zulassung einer Frau zur Fußballbundesliga der Herren keine Verletzung der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit zu befürchten. Auf ihr eigenes Recht auf Chancengleichheit kann die Athletin verzichten. Das Recht der männlichen Fußballspieler auf Chancengleichheit wird durch die Zulassung einer Frau

hingegen nicht verletzt, da die weibliche Athletin gegenüber den Männern keinen sportlichen Vorteil aus der Zulassung ziehen kann. Der pauschale Verweis, eine Frau könne wegen der Gefahr der Gesundheitsverletzung, die aus den körperlichen Unterschieden resultiert, nicht zugelassen werden, geht fehl. Hierbei handelt es sich um eine pauschale Schlussfolgerung auf Grundlage des Geschlechts, welche unzulässig ist. Eine absolute geschlechtsspezifische Trennung von Männern und Frauen ist daher unverhältnismäßig. Vielmehr muss die Regelung eine Zulassungsmöglichkeit der weiblichen Athletin vorsehen. Ferner ist ein Ausschluss aus gesundheitlichen Gründen nur nach einer konkreten Untersuchung zulässig. Eine pauschale Schlussfolgerung auf die Ungeeignetheit des betroffenen Athleten allein wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmales, ist unzulässig. Entsprechendes gilt auch für den Ausschluss von behinderten und zwischengeschlechtlichen Athleten, wenn diese keinen Vorteil aus ihrer Behinderung bzw. der Zwischengeschlechtlichkeit ziehen, und eine Gesundheitsgefährdung nicht zu erwarten ist.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass beispielsweise eine geschlechtsbezogenen Trennung in Mannschaftssportarten gänzlich unzulässig ist. Vielmehr ist diese gerade erforderlich, um die Chancengleichheit der weiblichen Athletinnen sicherzustellen und ihnen einen fairen Wettkampf in ihrer Wettkampfklasse zu ermöglichen. Allerdings muss das jeweilige Regelwerk eine „Härtefallklausel“ vorsehen, um unter Umständen eine Zulassung der betroffenen Athleten zu erlauben. Durch diese Lockerung ist keine faktische Aufhebung dieser Trennung zu befürchten, da die körperlichen Leistungsunterschiede zwischen Männern und Frauen zu groß sind. Gerade im Sport zählt die körperliche Leistungsfähigkeit zu den entscheidendsten Faktoren des sportlichen Erfolges, weshalb nicht zu erwarten ist, dass allzu viele weibliche Athleten in die Herrenliga drängen. Es steht einem Verein als Arbeitgeber frei, ob er einen physiologisch stärkeren Mann einer Frau vorzuziehen möchte, wenn allein die Leistungsfähigkeit die Ursache für die Nichteinstellung ist. Dies belegt auch die Deutsche Eishockey Liga. Dort kann eine Frau aufgrund von Art. 51 Nr. 10 der DEB-Satzung zum Wettkampf der Herren zugelassen werden. Trotz dieser Regelung stellt die Verpflichtung von Frauen in der Herrenliga eher die Ausnahme dar. Ein „Zusammenbruch“ des bisherigen Systems der geschlechtsspezifischen Trennung und ein Wegfall der Fußballbundesliga sind daher trotz vieler Befürchtungen nicht zu erwarten.

Zu überdenken sind aufgrund der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die bisherigen Regelungen zur Beweislast. Bislang geht diese in den meisten Fällen zu Lasten des Athleten. So haben betroffene Athleten mit Gutachten zu beweisen, dass durch ihre Zulassung zum Wettkampf keine Verletzung der Chancengleichheit oder der Gesundheit droht. Behinderte Athleten haben beispielsweise den Beweis zu erbringen, dass der Einsatz ihrer Hilfsmittel keine Vorteile mit sich bringt, ein zwischengeschlechtlicher Athlet, dass er eindeutig einem Geschlecht zugeordnet werden kann. Bis zur Klärung dieser Statusfragen, wird den Athleten meist die Teilnahme am Wettkampf untersagt. Dies, obwohl § 5 AGG gerade derartige Maßnahmen, nämlich die Starterlaubnis unter Vorbehalt, im Hinblick auf die womöglich drohende Benachteiligung der anderen Athleten erlauben würde.

## 5. Zusammenfassung zu Diskriminierungen im Leistungssport

Zur Beantwortung der eingangs in § 3 aufgeworfenen Fragen, lässt sich somit zusammenfassen, dass Benachteiligungen im Sinne des AGG im Berufssport durchaus denkbar sind. Einige Anwendungsfälle - z.B. die geschlechtsbezogenen Trennung von Männern und Frauen bei Mannschaftssportarten oder der Ausschluss von zwischengeschlechtlichen Athleten - mögen dabei zunächst abwegig erscheinen. Von Praxisrelevanz sind im Berufssport jedenfalls Benachteiligungen im Zusammenhang mit der sexuellen Identität, der ethnischen Herkunft, der Behinderung oder des Alters. So haben vor allem homosexuelle Fußballspieler aufgrund der im Fußball vorherrschenden Homophobie im Falle eines Coming-Out schwere Benachteiligungen zu fürchten. Ähnliche Benachteiligungen drohen auch farbigen Sportlern. Ferner können Benachteiligungen von Regelwerken oder Wettkampfbedingungen ausgehen. Etwa, wenn ein behinderten Athleten vom Wettkampf der gesunden Athleten ohne sachliche Gründe unter einem pauschalen Verweis auf seine Behinderung ausgeschlossen wird. Oder aber, wenn ein älterer Athlet Nachteile durch eine U24-Regelung erfährt.

Das in § 7 Abs. 1 AGG verankerte Benachteiligungsverbot gilt dabei grundsätzlich gegenüber Jedermann, richtet sich allerdings in erster Linie an den Arbeitgeber, der letztlich Anspruchsgegner der im AGG aufgezählten Ansprüche ist. Unmittelbare Ansprüche des betroffenen Athleten gegen Dritte, wie z.B. den Verband, Fans, Sponsoren etc., ergeben sich aus dem AGG somit nicht. Allerdings begeht ein Arbeitgeber im Sport einen eigenen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot, wenn er benachteiligende Verbandsvorgaben anwendet.

Ferner ist festzustellen, dass das AGG mit den §§ 3, 5, 8, 9 und 10 AGG eine Reihe von Rechtfertigungsmöglichkeiten vorweisen kann. Beinahe allen Rechtfertigungstatbeständen des AGG ist gemein, dass ein rechtmäßiges/legitimes Ziel/Zweck verfolgt werden muss, und die Mittel zur Verfolgung dieser Ziele/Zwecke verhältnismäßig sein müssen. Als rechtmäßige/legitime Ziele/Zwecke kommen im Sport dabei die Vergleichbarkeit der Leistungen, die Wahrung der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit, die Gewährleistung der Durchführbarkeit des Wettkampfes, die Beibehaltung der wesentlichen Bestandteile der jeweiligen Sportart, und die Jugendförderung in Betracht. Dabei ist zu beachten, dass Athleten auf ihr Recht auf Chancengleichheit und körperliche Unversehrtheit unter gewissen Umständen verzichten können. Dies ist bei der Überprüfung der jeweiligen Maßnahmen und Regelwerke im Sport vor allem im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Die jahrelange Praxis und Tradition in einigen Sportarten können hingegen nicht als Rechtfertigungsgründe angeführt werden. So können mittels § 3 Abs. 2 AGG mittelbare Benachteiligungen im Sport gerechtfertigt werden. Von zentraler Bedeutung für die Rechtfertigung von Benachteiligungen im Sport, sind ferner § 8 und 10 AGG. Nach § 8 Abs. 1 AGG können Benachteiligungen aufgrund der beruflichen Anforderungen des Berufssports gerechtfertigt sein. Nach § 10 AGG sind Benachteiligungen im Zusammenhang mit dem Alter zulässig, was im Sport Benachteiligungen im Rahmen der Jugend- und Nachwuchsförderung ermöglicht. Wie die Rechtsprechung des EuGH verdeutlicht, gehen viele Maßnahmen bzw.

Mittel über ihre Zielsetzungen hinaus, weshalb ein Augenmerk vor allem auf die Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Regelwerke zu legen ist. Von Bedeutung ist auch § 5 AGG. Diese Vorschrift bietet im Berufssport eine Möglichkeit, benachteiligte Athleten unter Vorbehalt zum Wettkampf zuzulassen, wenn ungeklärt ist, ob sie aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmals gegenüber ihren Konkurrenten bevorteilt sind. Sollte durch eine Zulassung unter Vorbehalt, etwa, weil sich später heraus stellen sollte, dass der Athlet tatsächlich bevorteilt ist, die Chancengleichheit der anderen Athleten kurzzeitig verletzt werden, so kann dies im Sinne einer positiven Maßnahme mittels § 5 AGG gerechtfertigt werden, um Benachteiligungen der betroffenen Athleten allein wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu vermeiden bzw. zu beseitigen.

Insgesamt lässt sich somit die Aussage treffen, dass nicht jede Benachteiligung im Sport auch zwangsläufig eine unzulässige Benachteiligung im Sinne des AGG darstellen muss.



## IV. RECHTE UND PFLICHTEN

Nachdem nunmehr ausführlich dargestellt wurde, dass der Leistungssport mit einigen praxisrelevanten Anwendungsfällen aufwarten kann, stellt sich die Frage, welche Rechte und Pflichten sich hieraus für die Beteiligten ergeben. Welche Konsequenzen hat ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot für den diskriminierenden Verein oder Verband? Welche Maßnahmen muss ein Arbeitgeber im Sport zur Vermeidung von Benachteiligungen konkret treffen? Wie kann sich ein benachteiligter Sportler gegen die verschiedenen Formen der Diskriminierung wehren? Kann er unter Umständen ein Einschreiten seines Vereins gegen benachteiligende Fans verlangen? Und steht ihm womöglich ein Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung zu?

### 1. Arbeitgeber

Zunächst ist zu beachten, dass § 6 Abs. 2 AGG den persönliche Anwendungsbereich des AGG und den Personenkreis der Verpflichteten begrenzt.<sup>1279</sup> Verantwortlicher im Sinne des arbeitsrechtlichen Teils des AGG ist wegen dieser Einschränkung zunächst nur der Arbeitgeber.<sup>1280</sup> Umso deutlicher wird dies, betrachtet man die Vorschriften zu den Rechtsfolgen, also die §§ 11 bis 16 AGG. Verpflichteter bzw. Anspruchsgegner der dort geregelten Ansprüche, ist allein der Arbeitgeber.<sup>1281</sup> Im Profisport ist dies in aller Regel der beschäftigende Verein oder dessen Sportkapitalgesellschaft.<sup>1282</sup> In Ausnahmefällen kann jedoch auch der Verband Arbeitgeber sein.<sup>1283</sup>

Welche konkreten Pflichten den Arbeitgeber treffen, regelt das AGG im zweiten Unterabschnitt des zweiten Abschnittes; dort ausdrücklich in § 11 und § 12 AGG.

#### a. Ausschreibung, § 11 AGG

§ 11 AGG sieht dabei vor, dass ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden darf. Nach dieser Vorschrift ist jede externe oder interne, öffentliche oder innerbetriebliche Ausschreibung diskriminierungsfrei zu gestalten.<sup>1284</sup> Hierdurch soll gewährleistet werden, dass potentielle Benachteiligungen bereits im Stadium der Ausschreibung einer Stelle unterbleiben.<sup>1285</sup> Ein Arbeitsplatz darf somit nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden.<sup>1286</sup> Inhaltlich entspricht die Bestimmung dem ehemaligen § 611 b BGB, wobei allerdings der Anwendungsbereich über den Benachteiligungsgrund des Geschlechts

<sup>1279</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 20 zu § 6.

<sup>1280</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 7; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 20 zu § 6.

<sup>1281</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 7.

<sup>1282</sup> Hierzu ausführlich II. 2. b. aa.

<sup>1283</sup> Hierzu ausführlich II. 2. b. bb. [2].

<sup>1284</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 13 zu § 11.

<sup>1285</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 11.

<sup>1286</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 1 zu § 11.

hinaus auf alle in § 1 AGG genannten Gründe erweitert wurde.<sup>1287</sup> Im Bereich des normalen Arbeitslebens hat das AGG die Ausschreibungspraxis maßgeblich beeinflusst, weshalb § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG und § 11 AGG Hauptanwendungsfälle des AGG darstellen.<sup>1288</sup>

Im Profisport ist die Praxisrelevanz dieser Vorschrift allerdings eher als gering einzuschätzen. Dies liegt daran, dass dort in aller Regel keine offizielle Stellenausschreibung stattfindet.<sup>1289</sup> Dennoch ist § 11 AGG nicht völlig unbedeutend. So ist zu beachten, dass unter einer Stellenausschreibung grundsätzlich jede Bekanntgabe über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses verstanden wird.<sup>1290</sup> Zwar könnte man bei einem wörtlichen Verständnis des Begriffes der „Ausschreibung“ daran denken, dass § 11 AGG nur für Stellenausschreibungen in schriftlicher Form gilt. Allerdings führt die Gesetzesbegründung zum Normzweck aus: „Die Vorschrift bezweckt, dass schon bei der Ausschreibung einer Stelle eine mögliche Benachteiligung bestimmter Gruppen von Bewerbern unterbleibt und verbietet daher jede benachteiligende Form der Stellenausschreibung.“<sup>1291</sup> Das Schrifttum sieht daher auch mündliche Aufforderungen vom Normzweck erfasst.<sup>1292</sup> Grundsätzlich gilt § 11 AGG auch unabhängig davon, welche Medien der Arbeitgeber für seine Ausschreibung verwendet.<sup>1293</sup> Problematisch kann somit das Gebot der neutralen Stellenausschreibung für Vereine auch trotz des Umstandes, dass offizielle Stellenausschreibungen im Profisport in der Regel nicht stattfinden, immer dann sein, wenn sich Funktionäre wie Trainer, Manager oder Vereinsorgane, öffentlich zu der Besetzung einer Stelle äußern. Etwa, wenn sich der Manager eines Vereins in einer Pressekonferenz zu der Frage, welchen Stürmer man holen wolle, dahingehend äußert, dass man „sicherlich keinen Kenianer mehr holen werde“. Im Zusammenhang mit einer etwaigen Abschaffung der absoluten geschlechtsspezifischen Trennung könnten auch Äußerungen Probleme bereiten, deren Kernaussage es ist, dass man trotz der Lockerung der Regelung keine Frauen beschäftigen werde. Entsprechendes gilt für Äußerungen im Zusammenhang mit homosexuellen Athleten.<sup>1294</sup> Zu vermeiden sind ferner öffentliche Äußerungen zu Verjüngungsmaßnahmen. So bekennen sich manche Vereine und Verbände öffentlich dazu, dass man „frischen Wind in die Mannschaft bringen wolle und diese daher gezielt verjüngen werde“. Dies ist dahingehend kritisch, als dass im Schrifttum die Ausschreibung einer Stelle unter Bezugnahme auf das „junge dynamische Team“ als unzulässig erachtet wird.<sup>1295</sup> Ursächlich ist hierfür, dass ältere Bewerber durch derartige Äußerungen von ei-

<sup>1287</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 11.

<sup>1288</sup> Roloff, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK AGG, 1.12.2010, RN 4 zu § 2.

<sup>1289</sup> Hierzu ausführlich II. 1. a. aa. [1]. [b]. [bb].

<sup>1290</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 13 zu § 11.

<sup>1291</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

<sup>1292</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, 2008, RN 14 zu § 11; zustimmend Meinel/Hey/Herms, AGG, 2007, RN 13 zu § 11.

<sup>1293</sup> Hey, AGG, 2009, RN 10 zu § 11; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, RN 7a zu § 11.

<sup>1294</sup> So z.B. Aussagen des ehemaligen Schalker Managers in den Medien; vgl. Merkur-Online, Assauer: Schwule Fußballer sollen sich anderen Job suchen, 11.3.2010.

<sup>1295</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 15 zu § 11; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 11.

ner Bewerbung abgehalten werden und hierdurch der Zugang zur Erwerbstätigkeit behindert wird.

Unmittelbare Rechtsfolgen ergeben sich bei einem Verstoß gegen § 11 AGG zunächst nicht.<sup>1296</sup> Allerdings begründet eine diskriminierende Ausschreibung die Vermutung, dass ein Arbeitnehmer wegen des betreffenden Benachteiligungsgrundes tatsächlich benachteiligt wurde.<sup>1297</sup> Insofern löst eine Verletzung von § 11 AGG die Beweislastumkehr nach § 22 AGG aus.<sup>1298</sup> Der nach § 22 AGG an sich mögliche Gegenbeweis, dass trotz einer gegen § 11 AGG verstoßenden Ausschreibung die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers keine verbotene Benachteiligung darstellt, wird in der Praxis häufig nicht gelingen.<sup>1299</sup> Ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG wäre in diesen Fällen die mittelbare Folge des Verstoßes. Gerade aus diesem Grund sollten Arbeitgeber im Berufssport darauf achten, dass in Pressemitteilungen, Interviews und Sitzungen das Neutralitätsgebot des § 11 AGG beachtet wird. Eine Bezugnahme auf Merkmale nach § 1 AGG oder auf damit im untrennbaren Zusammenhang stehende Kriterien, sollte daher in öffentlichen Äußerungen strikt vermieden werden.

## b. Maßnahmen, § 12 AGG

Mit § 12 AGG regelt der Gesetzgeber konkrete Handlungspflichten des Arbeitgebers zur Verhinderung bzw. Beseitigung von Benachteiligungen seiner Beschäftigten.<sup>1300</sup> Die Vorschrift beschreibt in § 12 Abs. 1 und Abs. 2 AGG die Pflicht des Arbeitgebers zur vorbeugenden Organisation und Prävention einerseits, während mit § 12 Abs. 3 und Abs. 4 AGG andererseits eine Konkretisierung der Reaktionspflichten erfolgt, falls es trotz der präventiven Schutzmaßnahmen zu Benachteiligungen kommen sollte.<sup>1301</sup> Bereits an dieser Stelle sei erwähnt, dass eine Verletzung dieser konkreten Handlungspflichten aufgrund eigenen Organisationsverschuldens zu einer Haftung nach § 15 AGG führt, falls es in dem Betrieb des Arbeitgebers tatsächlich zu Benachteiligungen kommen sollte.<sup>1302</sup>

### *aa. Erforderliche Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen, § 12 Abs. 1 AGG*

Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AGG ist der Arbeitgeber zunächst verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu treffen. § 12 Abs. 1 Satz 2 AGG stellt dabei klar, dass dieser Schutz auch vorbeugende Maßnahmen umfasst.

<sup>1296</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 11; Schiek, AGG, 2007, RN 6 zu § 11; Meinel/Hey/Herms, AGG, 2007, RN 24 zu § 11.

<sup>1297</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 6 zu § 11.

<sup>1298</sup> Meinel/Hey/Herms, AGG, 2007, RN 25 zu § 11.

<sup>1299</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 11 und RN 11 zu § 22.

<sup>1300</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 12.

<sup>1301</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 12.

<sup>1302</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 12.



*[1]. Organisations- und Aufklärungspflicht*

Bei § 12 Abs. 1 AGG handelt es sich um eine Generalklausel, deren Sinn und Zweck darin liegt, Benachteiligungen präventiv vorzubeugen.<sup>1303</sup> Durch die Verpflichtung des Arbeitgebers zu präventiven Maßnahmen soll sichergestellt werden, dass dieser ein diskriminierungsfreies Arbeitsumfeld schafft.<sup>1304</sup> Ganz allgemein dachte der Gesetzgeber bei den erforderlichen Maßnahmen im Sinne von § 12 Abs. 1 AGG in erster Linie sowohl an organisatorische Maßnahmen, als auch an Aufklärungsmaßnahmen.<sup>1305</sup> Nach dem Schrifttum lassen sich daher aus § 12 Abs. 1 AGG vor allem die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Information seiner Mitarbeiter zum Thema Diskriminierungsschutz, zur Erstellung und Verteilung eines Unternehmenskodex, zur Erarbeitung von Antidiskriminierungskonzepten und zur Ausarbeitung von Führungsrichtlinien für Mitarbeiter mit Personalverantwortung ableiten.<sup>1306</sup> Auch eine entsprechende Ausgestaltung des Arbeitsplatzes ist denkbar.<sup>1307</sup> Unter Umständen kann sich auch die Verpflichtung ergeben, präventive Maßnahmen gegen benachteiligende – betriebsfremde - Dritte zu treffen. Dies ist der Gesetzesbegründung zu entnehmen, wonach der Arbeitgeber nicht nur geeignete Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen durch Arbeitskollegen zu treffen hat, sondern mit seinen Maßnahmen auch vor Benachteiligungen durch Dritte zu schützen hat.<sup>1308</sup> Welche Maßnahmen konkret erforderlich sind, ist nach objektiven Gesichtspunkten und nicht etwa nach subjektiven Einschätzungen auf Seiten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers zu ermitteln.<sup>1309</sup> Die Verpflichtung kann allerdings nur soweit gehen, wie der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich zur Pflichterfüllung in der Lage ist.<sup>1310</sup> Je nach Größe des Betriebes können diese somit unterschiedlich ausfallen.<sup>1311</sup> Ferner kommt dem Arbeitgeber bei der Beurteilung ein gewisser Ermessensspielraum zu.<sup>1312</sup>

*[2]. Konkrete Maßnahmen im Bereich des Sports*

Gerade im Profisport wird man in vielen Sportarten besonders hohe Anforderungen an die konkret erforderlichen Maßnahmen stellen müssen. So ist zum einen zu berücksichtigen, dass in einigen Sportarten Umsätze in Höhe von mehreren Millionen EUR erzielt werden. Die Fußballbundesliga erzielte beispielsweise im Jahre 2006 einen Gesamtumsatz von insgesamt EUR 1,2 Mrd.<sup>1313</sup> Einzelne Vereine wie der FC Bayern München er-

<sup>1303</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 3 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 12; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 6 zu § 12.

<sup>1304</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 3 zu § 12.

<sup>1305</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 37.

<sup>1306</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 3 zu § 12; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 4 zu § 12; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 9 zu § 12.

<sup>1307</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 274, RN 685.

<sup>1308</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 37.

<sup>1309</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 37; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 7 zu § 12.

<sup>1310</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 37; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 12.

<sup>1311</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 3 zu § 12.

<sup>1312</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 11 zu § 12; Rust/Falke, AGG, 2008, RN 8 zu § 12.

<sup>1313</sup> Focus-Online, Bundesliga-Umsatz in Europa auf Rang drei, 31.5.2007.

zielten in der Saison 2007/2008 einen Rekordumsatz in Höhe von EUR 295,3 Mio.<sup>1314</sup> Somit sind die meisten Vereine zumindest in finanzieller Hinsicht durchaus in der Lage, umfangreiche Vorkehrungsmaßnahmen gegen Benachteiligungen zu treffen. Ferner sind im Profisport eine Reihe von geeigneten Maßnahmen denkbar, weshalb Arbeitgeber im Profisport Gefahr laufen, ihre Pflicht nach § 12 Abs. 1 AGG zu verletzen, wenn sie diese Maßnahmen nicht ergreifen.

*[a]. Einrichtung von Beschwerde- bzw. Beratungsstellen*

So wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass Vereine wegen der aus § 12 Abs. 1 AGG folgenden Organisationspflicht zur Einrichtung einer Beschwerdestelle verpflichtet sind.<sup>1315</sup> In diesem Zusammenhang ist allerdings genau zu differenzieren, was man unter der „Einrichtung einer Beschwerdestelle“ versteht. Denn nach der vorherrschenden Ansicht im Schrifttum, ist der Arbeitgeber trotz des § 13 Abs. 1 AGG – diese Vorschrift regelt, dass sich der Betroffene bei den „zuständigen Stellen des Betriebes“ beschweren kann – nicht verpflichtet, eigens eine Stelle für die Entgegennahme und Behandlung von Beschwerden wegen Benachteiligungen zu schaffen.<sup>1316</sup> Begründet wird dies im Wesentlichen mit der Organisationshoheit des Arbeitgebers.<sup>1317</sup> Allein dem Arbeitgeber soll es freistehen, ob er eine gesonderte Beschwerdestelle ausschließlich für Verstöße gegen das AGG schaffen möchte oder nicht.<sup>1318</sup> Will er dies nicht, so ist es ausreichend, wenn er Dienst- oder Fachvorgesetzte, Mitarbeiter der Personalabteilung, Betriebs- bzw. Personalräte, aber auch reguläre Beschäftigte als Beschwerdestellen benennt.<sup>1319</sup> Im Schrifttum wird sogar angenommen, dass es auch ohne eine ausdrückliche Benennung des Arbeitgebers unter Umständen Personen gibt, die kraft Amtes zur Entgegennahme von Beschwerden befugt sind.<sup>1320</sup> Als solche sogenannte „geborenen Beschwerdestellen“ sind beispielsweise Betriebs- und Personalräte, Schwerbehindertenvertretungen und Gleichstellungsbeauftragte zu nennen.<sup>1321</sup> Gleichwohl empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, eine feste Beschwerdestelle einzurichten bzw. eine solche zu benennen.<sup>1322</sup> Denn entstehen Verzögerungen wegen Zuständigkeitsfragen oder Unbeholfenheit, so gehen die Folgen zu Lasten des Arbeitgebers.<sup>1323</sup> Auch darf die Diskussion über die Verpflichtung zur Errichtung einer gesonderten Beschwerdestelle nicht davon ablenken, dass unabhängig

<sup>1314</sup> Handelsblatt-Online, Klub-Umsatzranking – Die Fußball-Bundesliga holt auf, 2.3.2010.

<sup>1315</sup> Kiesgen/Wichert, SPONSORS 2007, S. 39.

<sup>1316</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 10 zu § 13; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 13; Schleuse-ner/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 12 zu § 13; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 13; wohl auch Däubler/Bert-zbach, AGG, 2008, RN 18 zu § 13.

<sup>1317</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 13 zu § 13; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 9 und 10 zu § 13; Bau-er/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 13; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 13.

<sup>1318</sup> Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 13.

<sup>1319</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 13; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 11 zu § 13.

<sup>1320</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 13.

<sup>1321</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 13.

<sup>1322</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 10 zu § 13.

<sup>1323</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 12 zu § 13.

hiervon im Betrieb bzw. Unternehmen des Arbeitgebers immer eine Beschwerdestelle vorhanden sein muss.<sup>1324</sup> Hat der Arbeitgeber keine Beschwerdestelle benannt, und sind auch keine „geborenen“ Beschwerdestellen vorhanden, so begeht der Arbeitgeber hierdurch eine Verletzung seiner Organisationspflicht nach § 12 Abs. 1 AGG. In einem solchen Fall kann der Arbeitgeber in einem späteren Schadensersatzprozess nicht rügen, dass er keine bzw. verspätete Informationen über die Benachteiligung erhalten hat, und aus diesen Gründen keine geeigneten Maßnahmen ergreifen konnte.

Erstaunlicherweise ist die Verpflichtung zur Einrichtung einer Beschwerdestelle kaum einem Arbeitgeber bekannt. Lediglich größere Firmen und Betriebe haben Organisationsstrukturen entsprechend dem AGG geschaffen. Gerade im Profisport ist diese Unkenntnis problematisch, weil es dort die bislang vom Schrifttum anerkannten „geborenen Beschwerdestellen“ oftmals nicht gibt. Arbeitgeber im Sport laufen daher Gefahr, ihre Pflicht nach § 12 Abs. 1 AGG zu verletzen. Vereine sollten daher zumindest bestimmte Personen als Vertrauenspersonen benennen. In Betracht kommen hierfür beispielsweise der Trainer, der Mannschaftskapitän, der Teammanager oder die Geschäftsstelle des Vereins. Aufgrund des Umstandes, dass Benachteiligungen auch von diesen Personen ausgehen können, sollte dabei auch an Vertretungsregeln gedacht werden. Für die Benennung von Ansprechpartnern eignet sich die Herausgabe eines Verhaltenskodex, in welchem explizit die Zuständigkeit für Verstöße geregelt wird.<sup>1325</sup>

Aus Gründen der Praktikabilität sollte ferner überlegt werden, für betroffene Athleten eine zentrale Anlauf- bzw. Beratungsstelle bei den jeweiligen Dachverbänden zu schaffen. So wäre beispielsweise denkbar, im jeweiligen Dachverband einen Diskriminierungsbeauftragten zu beschäftigen, der für sämtliche Diskriminierungsfälle zuständig ist. Auch die Schaffung von Arbeitsgruppen, die sich allein mit der Verhinderung bzw. Beseitigung von Diskriminierungen beschäftigen, ist zu fördern. Derartige Arbeitsgruppen finden sich bereits in einigen Sportarten. So hat der DFB beispielsweise eine „Arbeitsgruppe für Anerkennung und Toleranz gegen Rassismus und Diskriminierung“ geschaffen, welche in ihrer Kapazität und Aufgabenwahrnehmung fortlaufend ausgebaut wird. Die Kosten für derartige Anlauf- und Beratungsstellen könnten dabei durch sämtliche Vereine des Dachverbandes gemeinschaftlich getragen werden, wodurch sich die Kostenlast für jeden einzelnen Verein verringern würde. Zudem würde diese Organisationsform zu einer gewissen Neutralität der Beschwerdestelle führen, was aus Sicht des Betroffenen psychologische Vorteile haben könnte. So wird es dem Betroffenen bei Diskriminierungen und sensiblen Anliegen leichter fallen, seine Beschwerde gegenüber einem „neutralen“ Außenstehenden abzugeben. Auch ist zu erwarten, dass ein außenstehender, nicht im Lager des Arbeitgebers befindlicher, Diskriminierungsbeauftragter unbefangen und ohne Interessenskollision agieren kann. Zudem wären diese Stellen in der Lage, den Betroffenen sportspezifisch zu beraten.<sup>1326</sup> Für den Betroffenen hätte dies einerseits zum Vorteil, dass die jeweiligen Gegebenheiten seiner Sportart bzw. seiner Be-

<sup>1324</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 11 zu § 13.

<sup>1325</sup> So z.B. innerhalb von Nr. 5 der Umsetzungsanweisung des SV Werder Bremen Ethik Kodex.

<sup>1326</sup> Dies ist gerade bei der Diskriminierungsstelle des Bundes – vgl. § 25 AGG – nicht gewährleistet.

rufsausübung berücksichtigt werden. Andererseits würde er durch die Wahrnehmung von Beratungsgesprächen bei einer externen Beratungsstelle nicht sogleich den Verdacht einer Merkmalseigenschaft auf sich ziehen. Dies dürfte gerade bei intimen Problemstellungen, wie beispielsweise dem Coming-Out eines homosexuellen Fußballers, förderlich sein.

Ob die Vereine durch die Errichtung einer solchen externen Anlaufstelle ihre Verpflichtung zur Einrichtung einer Beschwerdestelle im Sinne von § 13 AGG erfüllen, ist allerdings fraglich. Zwar ist im Schrifttum anerkannt, dass die Einrichtung einer unternehmensübergreifenden Beschwerdestelle bzw. einer Telefonhotline zulässig ist.<sup>1327</sup> Der Wortlaut von § 13 Abs. 1 Satz 1 AGG verlangt jedoch, dass es sich bei der Beschwerdestelle um eine „zuständige Stelle des Betriebes, des Unternehmens oder der Dienststelle“ handelt. Es wird daher im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass die Auslagerung auf eine externe Stelle nicht zulässig ist.<sup>1328</sup> Zuständige Stellen im Sinne von § 13 AGG können nach dieser Ansicht nur solche sein, welche Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen.<sup>1329</sup> Ob eine Beschwerdestelle in einem Verband diese Voraussetzungen erfüllt, ist insofern problematisch, als dass der Verband rechtlich gesehen ein eigenständiger Verein ist, welcher im eigenen Wirkungskreis tätig wird.<sup>1330</sup> Ob der Verband im Rahmen seiner Tätigkeiten dabei Arbeitgeberfunktionen der Vereine wahrnimmt, ist mehr als fraglich.<sup>1331</sup>

Allerdings kann dieser Problematik auf anderer Weise begegnet werden. So kann bei Dachverbänden eine „erste Anlaufstelle“ mittels eines Diskriminierungsbeauftragten eingerichtet werden. Diese nimmt sich der Angelegenheit an, berät den Betroffenen, und gibt die entsprechende Beschwerde an den jeweiligen Verein weiter, sofern dies der Betroffene wünscht. Hierfür ist allerdings erforderlich, dass zumindest innerhalb des Vereins ein zuständiger Beschwerdebeauftragter vorhanden ist, an welchen der Diskriminierungsbeauftragte des Verbandes die Beschwerde weiterreichen kann. Hierdurch würde gewährleistet, dass den Betroffenen eine neutrale und qualifizierte Anlaufstelle zur Verfügung steht. Dem Gesetzeswortlaut würde hingegen dadurch genüge getan, indem es sich bei dem Diskriminierungsbeauftragten nur um eine „erste“ Anlaufstelle handelt und die eigentliche Beschwerdestelle beim Verein verbleibt. Dies erscheint auch sachgerecht. Denn bei der Anlaufstelle wird in aller Regel zunächst nur eine allgemeine Beratung bzw. Informationsbeschaffung über die Rechte und Pflichten erfolgen, während die Aufarbeitung und Lösung des Konflikts letztlich ohnehin im Verein zu erfolgen hat.<sup>1332</sup>

Es lässt sich zusammenfassen, dass Sportorganisationen und Dachverbände oftmals propagieren, dass die Benennung von Ansprechpartnern für Diskriminierungsvorfälle im Verein „hilfreich“ sei.<sup>1333</sup> Tatsächlich ist es jedoch nicht nur für Vereine als Arbeitge-

<sup>1327</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 10 zu § 13.

<sup>1328</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 13 zu § 13.

<sup>1329</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 19 zu § 13.

<sup>1330</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 102 ff.

<sup>1331</sup> Vgl. hierzu Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 112, RN 22 ff.

<sup>1332</sup> So auch Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 10 zu § 13.

<sup>1333</sup> Z.B. Bündnis für Demokratie und Toleranz, Broschüre „11 Fragen nach 90 Minuten“, S. 18.

ber hilfreich, sondern vielmehr wegen § 12 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 AGG verpflichtend, im Vorfeld zuständige Stellen für Diskriminierungsvorfälle zu benennen.

*[b]. Verhaltenskodex*

Vereine können auch dadurch präventiv tätig werden, indem sie gegen Diskriminierungen klar Stellung beziehen und zum Ausdruck bringen, dass sie Benachteiligungen weder durch Beschäftigte, noch durch Fans tolerieren. Für ein derartiges Statement eignet sich besonders ein Verhaltenskodex.<sup>1334</sup> Einen derartigen Kodex hat beispielsweise der Fußballligist SV Werder Bremen mit dem SV Werder Bremen Ethik Kodex und dem SV Werder Bremen Fan Ethik Kodex beschlossen.<sup>1335</sup> „Im Bewusstsein ihrer gesellschaftlichen Verantwortung und für den guten Ruf des Fußballs“, so heißt es in der Präambel, wurde der SV Werder Bremen Fan Ethik Kodex zwischen der Geschäftsführung der SV Werder Bremen GmbH & Co KG aA, dem Präsidium des Sport-Verein „Werder“ von 1899 e.V., des Fan-Projekt Bremen und dem Dachverband des Bremer Fanclubs geschlossen, um Diskriminierungen und Gewalt im Stadion vorzubeugen. Im Kodex ist mitunter geregelt, dass „alle Menschen, unabhängig von Geschlecht, Abstammung, Hautfarbe, Herkunft, Glauben, sozialer Stellung oder sexueller Identität“ zu respektieren, Diskriminierungen und Gewalt in diesem Zusammenhang abzulehnen sind. Bei einem Verstoß gegen den Kodex werden Strafen wie Stadionverbote und der Ausschluss vom Verein bzw. Fanclub angedroht. Ferner erhalten nur Fanclubs und Fangruppierungen, die diesen SV Werder Bremen Fan Ethik Kodex unterschrieben haben, Vergünstigungen im Rahmen von Dauerkarten, Karten für Auswärtsspiele, Arbeitskarten und andere Unterstützungen durch den SV Werder Bremen. Der SV Werder Bremen Kodex gilt hingegen ausweislich seiner Überschrift für alle Mitarbeiter, Spieler und Eltern von Spielern des SV Werder Bremen, und enthält ebenfalls eine Verpflichtung, Diskriminierungen jeglicher Art zu unterlassen. Dieser Kodex ist in sämtliche Verträge des SV Werder Bremen aufzunehmen und von allen Beteiligten zu unterschreiben.<sup>1336</sup> Ferner haben sämtliche Trainer und Übungsleiter diesen Kodex mindestens einmal im Jahr mit den Spielern und dessen Eltern zu besprechen und diesen auszuhändigen.<sup>1337</sup> Eine derart konsequente Ausgestaltung und Umsetzung ist eine klare Stellungnahme des Vereins gegen Diskriminierungen. Sie zeigt, dass sich der Verein deutlich gegen Diskriminierungen ausspricht und solche nicht duldet. Durch die Androhung von – spürbaren - Sanktionen entfaltet ein derartiger Kodex präventive Wirkung und ist mehr als reine Symbolik. Man kann den SV Werder Bremen Kodex daher durchaus als gelungenes Beispiel eines Vereins für eine präventive Maßnahme im Sinne von § 12 Abs. 1 AGG anführen.

<sup>1334</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 3 zu § 12 AGG.

<sup>1335</sup> Abrufbar unter [www.werder.de/download](http://www.werder.de/download).

<sup>1336</sup> Vgl. Nr. 1 bis 3 der Umsetzungsanweisung des SV Werder Bremen Ethik Kodex.

<sup>1337</sup> Vgl. Nr. 4 der Umsetzungsanweisung des SV Werder Bremen Ethik Kodex.

*[c]. Vertragsgestaltung*

Wie bereits die Besprechung des SV Werder Bremen Kodex verdeutlicht hat, können manche Maßnahmen nur dann präventiv wirken, wenn diese spürbare Folgen für den benachteiligten Personenkreis haben. Aus diesem Grund sollte ein Verhaltenskodex oder ein Arbeitsvertrag so ausgestaltet sein, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot auch tatsächlich sanktioniert werden kann. Bei einem Verhaltenskodex kann dies beispielsweise dadurch erreicht werden, dass dieser in sämtliche Verträge einbezogen und von sämtlichen Beteiligten zu unterzeichnen ist.<sup>1338</sup> Ferner, dass er durchsetzbare Sanktionen bei einem Verstoß vorsieht. Beim Abschluss von Arbeitsverträgen kommt hingegen neben der Inkorporierung eines Verhaltenskodex oder von Anti-Diskriminierungsrichtlinien, die Vereinbarung von Vertragsstrafen für den Fall von Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot in Betracht.<sup>1339</sup> Das Schrifttum empfiehlt dabei Vertragsklauseln, die sich an dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 AGG orientieren und die Höhe der Vertragsstrafe auf ein Bruttomonatsgehalt beschränken.<sup>1340</sup>

*[d]. Durchführung von Aufklärungs-Kampagnen*

Auch die Durchführung von Aufklärungs-Kampagnen in Stadien und Schulen ist im Profisport besonders geeignet, Diskriminierungen vorzubeugen. Denn um Diskriminierungen begegnen zu können, muss zunächst ins Bewusstsein gebracht werden, dass auch im Sport unzulässige Benachteiligungen stattfinden. Es muss darüber aufgeklärt werden, aus welchen Gründen Diskriminierungen unzulässig sind. So ist mittlerweile bekannt, dies belegen die zahlreichen Anti-Rassismus-Kampagnen, dass Diskriminierungen aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft unzulässig sind. Dass es jedoch beispielsweise im Fußball auch Sexismus und Homophobie gibt, ist den Wenigsten bewusst. Zumindest der DFB als Dachverband hat dies erkannt, weshalb er seine Arbeitsgruppe „Für Toleranz – gegen Rassismus“ in die DFB-Arbeitsgruppe „Für Toleranz und Anerkennung gegen Rassismus und Diskriminierung“ umbenannt hat. Ein derartiger Bewusstseinswandel muss auch bei Fans, Sponsoren und Vereinen herbeigeführt werden. Ferner ist darüber aufzuklären, dass es keine Rangfolge von Diskriminierungen gibt und jeder Form von Benachteiligungen entschieden entgegengetreten wird. Hier drängt sich oft der Verdacht auf, als würde im Hinblick auf Rassismus, Homophobie und Sexismus mit zweierlei Maß gemessen.<sup>1341</sup>

Aber auch spontane Aktionen, etwa die Reaktion auf rassistische, antisemitische oder sexistische Vorfälle in der Presse oder Region, können eine Aufklärungsmaßnahme darstellen. Etwa, wenn sich der Verein zu einem öffentlichen Vorfall auf seiner Homepage oder der Vereinszeitung von solchen Taten deutlich distanziert.

<sup>1338</sup> Vgl. SV Werder Bremen Ethik Kodex.

<sup>1339</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 9 zu § 12.

<sup>1340</sup> Bezani/Richter, AGG, 2006, RN 391.

<sup>1341</sup> Zu denken ist hier etwa an den Fall Weidenfeller – Asamoah.

*[e]. Zusammenarbeit mit Dachverbänden*

In vielen Bereichen wird sich auch eine präventive Zusammenarbeit mit den jeweiligen Dachverbänden anbieten. Haben Dachverbände – wie etwa der DFB – Arbeitsgruppen für Anerkennung und Toleranz bzw. gegen Rassismus und Diskriminierung gegründet, so haben Vereine bei den entsprechenden Maßnahmen und Kampagnen des Dachverbandes mitzuwirken. Auch wenn die Anerkennung derartiger Gruppen als Beschwerdestellen im Sinne von § 13 AGG problematisch ist, hat der Verein an der Unterstützung derartiger Arbeitsgruppen dennoch ein eigenes Interesse. Gem. § 12 Abs. 1 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, erforderliche Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen zu treffen, wobei nach § 12 Abs. 1 Satz 2 AGG von dieser Verpflichtung auch vorbeugende Maßnahmen umfasst sein sollen. Gerade derartige Arbeitsgruppen haben die Zielsetzung, Benachteiligungen bereits im Vorfeld durch Kampagnen und Aufklärungsarbeit zu verhindern und Vorurteile zu beseitigen. Somit kann aus § 12 Abs. 1 AGG durchaus eine Verpflichtung der Vereine zur Unterstützung solcher Arbeitsgruppen und aktiven Mitwirkung an deren Maßnahmen abgeleitet werden.

*[f]. Vorkehrungen in Stadien und Hallen*

Aber auch im Hinblick auf die Austragungsorte der jeweiligen Sportveranstaltung können Maßnahmen gegen Diskriminierungen getroffen werden. So ist beispielsweise der Erlass einer Platz- oder Stadionordnung möglich, welche Anti-Diskriminierungsparagrafen oder die Bezugnahme auf einen Verhaltenskodex enthält.<sup>1342</sup> Diese Ordnung sollte öffentlich und für jeden sichtbar ausgehängt werden. Zudem sollte im Ticketverkauf eine Bezugnahme, z.B. durch Aufnahme in die Verkaufsbedingungen, erfolgen. Ferner können die Platzordner und Sicherheitsleute angewiesen werden, jeglicher Form von Diskriminierung zu begegnen. So sollten beispielsweise Anweisungen getroffen werden, dass rassistische, sexistische oder schwulenfeindliche Spruchbänder unverzüglich zu entfernen sind; ferner gegen einzelne Personen oder Gruppen durch Ausübung des Hausrechtes vorzugehen, falls diese Diskriminierungen begehen.

Unter Umständen ist der Verein aufgrund der Organisationspflicht nach § 12 Abs. 1 AGG auch zur Ergreifung besonderer Sicherheitsmaßnahmen – etwa zur Verstärkung des Sicherheits- oder Ordnerdienstes, oder zur Zusammenarbeit mit der Polizei oder dem Ordnungsamt - verpflichtet, wenn bereits im Vorfeld von bestimmten Sportveranstaltungen Diskriminierungen zu befürchten sind. Im Fußball kann dies beispielsweise der Fall sein, wenn aufgrund eines öffentlichen Coming-Out eines Fußballspielers, Ausschreitungen von schwulenfeindlichen Fan-Gruppen zu erwarten sind. Hier sollte nicht nur eine Verstärkung und Abstimmung des Sicherheitspersonals angedacht werden, sondern auch die Zuziehung von besonderen Beratungsteams.

<sup>1342</sup> Ein Beispiel für eine Stadionordnung findet sich in: Bündnis für Demokratie und Toleranz, Broschüre „11 Fragen nach 90 Minuten“, S. 52.

*[g]. Sonstige Maßnahmen*

Die Aufzählung an erfolgsversprechenden und erforderlichen Maßnahmen könnte im Profisport beliebig fortgeführt werden. Vereinigungen wie das Bündnis für Demokratie und Toleranz<sup>1343</sup>, die Deutsche Sportjugend<sup>1344</sup> und die Koordinationsstelle Fan-Projekt bei der dsj<sup>1345</sup>, geben mit Broschüren wie „11 Fragen nach 90 Minuten“ umfangreiche Entscheidungshilfen, was Vereine gegen Rassismus und Diskriminierung im Sport tun können.<sup>1346</sup> Nachfolgend soll daher nur noch ein kurzer Überblick über weitere denkbare Maßnahmen gegeben werden:

- Einstellung eines Diversity-Beauftragten<sup>1347</sup>
- Aufstellung eines Aktionsplanes
- Öffentlichkeitsarbeit
- Partnerschaften mit Anti-Diskriminierungs-Vereinungen, z.B. Bündnis für Demokratie und Toleranz, Deutsche Sportjugend, Koordinationsstelle Fan-Projekt bei der dsj
- Zusammenarbeit mit Fans; Durchführung von Fanprojekten
- Werbung mit Athleten als Vorbilder
- Einführung von Anti-Diskriminierungsparagrafen in Stadien-, Vereins-, Mitgliederversatzungen
- Aktionstage
- Aktionen in Schulen
- Stellungnahmen; klare Positionierung
- Durchführung von Benefiz-Spielen

Es sei lediglich klarstellend erwähnt, dass es sich hierbei nicht um eine abschließende Auflistung handelt und die konkret erforderlichen Maßnahmen immer im Einzelfall auf ihre Geeignetheit und Gebotenheit zu prüfen sind. Nur hierdurch kann letztlich bestimmt werden, ob ein Verein auch tatsächlich zur Ergreifung der soeben genannten Maßnahmen verpflichtet ist.

*bb. Hinweise, Hinwirkung, Schulungen, § 12 Abs. 2 AGG*

Gem. § 12 Abs. 2 Satz 1 AGG soll der Arbeitgeber in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung

<sup>1343</sup> Bündnis für Demokratie und Toleranz – gegen Extremismus und Gewalt: [www.buendnis-toleranz.de](http://www.buendnis-toleranz.de).

<sup>1344</sup> Am Ball bleiben – Fußball gegen Rassismus und Diskriminierung: [www.amballbleiben.org](http://www.amballbleiben.org).

<sup>1345</sup> [www.kos-fanprojekte.de](http://www.kos-fanprojekte.de).

<sup>1346</sup> Abrufbar unter [www.buendnis-toleranz.de](http://www.buendnis-toleranz.de).

<sup>1347</sup> Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010.



von Benachteiligungen geschult, so soll dies gem. § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG als Erfüllung der Pflicht nach § 12 Abs. 1 AGG gelten.

*[1]. Konkretisierung präventiver Schutzpflichten*

§ 12 Abs. 2 AGG konkretisiert die durch die Generalklausel in § 12 Abs. 1 AGG begründeten präventiven Schutzpflichten des Arbeitgebers dahingehend, dass im Rahmen von beruflichen Aus- und Fortbildungen darauf hinzuweisen ist, dass Diskriminierungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verboten sind.<sup>1348</sup> Wie man dem Wortlaut („soll“) entnehmen kann, hat die Vorschrift nur Appell-Charakter.<sup>1349</sup> § 12 Abs. 2 Satz 1 AGG ist insofern eine Soll-Vorschrift und verpflichtet den Arbeitgeber nicht, die in § 12 Abs. 2 AGG genannten präventiven Maßnahmen tatsächlich durchzuführen.<sup>1350</sup> Dennoch sollte jeder Arbeitgeber von dieser Möglichkeit der Prävention Gebrauch machen, da bei einer geeigneten Schulung ein Haftungsausschluss nach § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG möglich ist.<sup>1351</sup> Konkrete Vorgaben, was man unter dem Begriff einer geeigneten Schulung zu verstehen hat, enthält § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht. Das Schrifttum versteht hierunter jede Form der Wissensvermittlung, bei der Fragen gestellt und Feedback gegeben werden kann.<sup>1352</sup> Eine Schulung ist somit mehr als eine bloße Information der Beschäftigten.<sup>1353</sup> Ferner muss sich die Schulung an den richtigen Adressatenkreis wenden und diesen mit den notwendigen Informationen versorgen.<sup>1354</sup> Inhaltlich hat die Schulung die Zielsetzung des AGG zu vermitteln, die einzelnen Diskriminierungsmerkmale zu erläutern, und über die Rechte von möglichen Betroffenen zu informieren.<sup>1355</sup> Aus der Schulung muss deutlich werden, dass der Arbeitgeber diskriminierendes Verhalten missbilligt und sanktioniert.<sup>1356</sup>

*[2]. Exkulpationsmöglichkeit, § 12 Abs. 2 S. 2 AGG*

Die Reichweite der Exkulpationsmöglichkeit nach § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG ist im Schrifttum umstritten.<sup>1357</sup> Nach dem Wortlaut von § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG erfüllt der Arbeitgeber durch geeignete Schulungen seiner Beschäftigten seine Pflicht nach § 12 Abs. 1 AGG umfassend. Die Schulung würde somit dem Wortlaut nach als Erfüllung sowohl der präventiven, als auch der repressiven Pflichten gelten. Dieses Ergebnis würde jedoch dem

<sup>1348</sup> Hey, AGG, 2009, RN 6 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 12.

<sup>1349</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 14 zu § 12.

<sup>1350</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 12; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 18 zu § 12.

<sup>1351</sup> Hey, AGG, 2009, RN 6 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 26 zu § 12; Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2008, S. 61, RN 143.

<sup>1352</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 20 zu § 12; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 17 zu § 12.

<sup>1353</sup> Hey, AGG, 2009, RN 8 zu § 12.

<sup>1354</sup> Hey, AGG, 2009, RN 8 zu § 12.

<sup>1355</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 21 zu § 12; Hey, AGG, 2009, RN 10 zu § 12.

<sup>1356</sup> Hey, AGG, 2009, RN 10 zu § 12.

<sup>1357</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 20 ff. zu § 12; Hey, AGG, 2009, RN 7 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 26 ff. zu § 12; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 11 zu § 12; Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2008, S. 61, RN 143.

Sinn und Zweck des AGG widersprechen, dessen Ziel nicht nur die Verhinderung, sondern nach § 1 AGG gerade auch die Beseitigung von Benachteiligungen ist.<sup>1358</sup> Auch aus einer Gesamtschau mit § 12 Abs. 3 und Abs. 4 AGG ergibt sich, dass sich die Enthftung nach § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG nur auf die Verpflichtung zum Ergreifen von vorbeugenden Maßnahmen beziehen kann, da andernfalls die Pflicht des Arbeitgebers nach § 12 Abs. 3 und Abs. 4 AGG ins Leere liefe.<sup>1359</sup> § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG ist deshalb einschränkend dahingehend auszulegen, dass die Schulung der Beschäftigten nur als Erfüllung der präventiven Schutzpflichten des Arbeitgebers gilt.<sup>1360</sup> Ferner kann der Haftungsausschluss nur für diejenigen Beschäftigten gelten, der tatsächlich geschult wurde.<sup>1361</sup> Nach Ansichten im Schrifttum ist der Haftungsausschluss aus diesen Gründen dahingehend einzuschränken, dass Benachteiligungen, die vom Arbeitgeber selbst oder in zurechenbarer Weise von einem Dritten begangen worden sind, nicht von diesem Haftungsausschluss erfasst werden.<sup>1362</sup> Vereine haben daher trotz der grundsätzlichen Möglichkeit eines Haftungsausschlusses ein Interesse daran, benachteiligendem Verhalten von Dritten - z.B. durch Fans, Zuschauer, Medien etc. - durch die in IV. 1. b. aa. [2]. aufgezeigten Maßnahmen entgegen zu treten. Dies deswegen, da ein Haftungsausschluss nach § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG für Benachteiligungen durch diese betriebsfremden Dritten nicht gilt.

### [3]. Schulungsmöglichkeiten im Sport

Die Durchführung von Schulungen im Bereich des Profisports erscheint wenig problematisch, ist die Anzahl der Beschäftigten doch meist sehr überschaubar. Es wäre den Vereinen daher ohne großen Aufwand möglich, aufklärende Besprechungen mit ihren Beschäftigten durchzuführen. Praktikabler erscheint jedoch die Erstellung und Aushändigung eines Verhaltenskodex, der sich am AGG orientiert und über die Rechte der Betroffenen aufklärt. Dies auch deswegen, da mit der Unterschrift nachgewiesen werden kann, ob und über welchen Inhalt der Beschäftigte geschult worden ist.<sup>1363</sup> Die Aushändigung eines Verhaltenskodex als Ethik-Richtlinie wird im Schrifttum als Schulung im Sinne von § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG anerkannt.<sup>1364</sup> Allerdings nur, wenn den Beschäftigten die Gelegenheit zu Nachfragen gegeben wird, da es sich andernfalls nicht um eine Schulung, sondern lediglich um die bloße Verteilung eines Merkblattes handeln wür-

<sup>1358</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 11 zu § 12.

<sup>1359</sup> Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2008, S. 61, RN 143; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 11 zu § 12.

<sup>1360</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 11 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18 zu § 12; Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2583, 2590.

<sup>1361</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 12; Hey, AGG, 2009, RN 7 zu § 12; zustimmend wohl auch Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 20 zu § 12.

<sup>1362</sup> Hey, AGG, 2009, RN 7 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 28 zu § 12; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 20 zu § 12.

<sup>1363</sup> Dies ist deswegen von Vorteil, da ein Haftungsausschluss nach § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG nur für solche Personen gelten kann, die an einer entsprechenden Schulung teilgenommen haben; vgl. hierzu Hey, AGG, 2009, RN 7 und RN 14 zu § 12.

<sup>1364</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 7 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 20 zu § 12; Hey, AGG, 2009, RN 12 zu § 12.

de.<sup>1365</sup> Diesem Erfordernis könnte jedoch dadurch genüge getan werden, dass im Verhaltenskodex Ansprechpartner für Rückfragen genannt werden bzw. bei der Aushändigung eine Besprechung mit Übungsleitern und Trainern stattfindet.<sup>1366</sup>

*cc. Arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen Beschäftigte, § 12 Abs. 3 AGG*

Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, so hat der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 3 AGG die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.

*[1]. Reaktionspflichten gegenüber Beschäftigten*

§ 12 Abs. 3 AGG konkretisiert die repressiven Handlungspflichten des Arbeitgebers für den Fall, dass einer seiner Beschäftigten gegenüber einem anderen Beschäftigten eine verbotene Benachteiligung nach § 7 Abs. 1 AGG begeht.<sup>1367</sup> Die Vorschrift wird daher im Schrifttum als eine Art Handlungsanweisung für den Arbeitgeber bei Verstößen durch „interne“ Täter verstanden.<sup>1368</sup> Welche konkreten Maßnahmen vom Arbeitgeber zu treffen sind, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles ab.<sup>1369</sup> Zu beachten ist dabei jedoch, dass die Maßnahmen nach § 12 Abs. 3 AGG geeignet, erforderlich und angemessen sein müssen und somit am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen sind.<sup>1370</sup> Maßgeblich für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit sind dabei die schwere des Vorfalls und der Umstand, ob es sich um eine erstmalige oder wiederholte Verfehlung handelt.<sup>1371</sup> Bei der Auswahl der zu ergreifenden Maßnahmen steht dem Arbeitgeber im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeit ein Entscheidungsspielraum zu.<sup>1372</sup> Die äußere Grenze für die Zulässigkeit der nach § 12 Abs. 3 AGG zu ergreifenden Sanktionen bilden jedoch die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze.<sup>1373</sup> Die Maßnahmen nach § 12 Abs. 3 AGG hat der Arbeitgeber nur dann zu treffen, wenn durch einen Beschäftigten tatsächlich ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begangen wird. Ob ein solcher Verstoß vorliegt, ist rein objektiv zu bestimmen.<sup>1374</sup> Bei bloßen Verdachtsmomenten ist der Arbeitgeber hingegen nicht zu einer Reaktion im Sinne von § 12 Abs. 3

<sup>1365</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 17 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 20 zu § 12; Hey, AGG, 2009, RN 14 zu § 12.

<sup>1366</sup> Dies sieht z.B. die Umsetzungsanweisung in Nr. 4 des SV Werder Bremen Ethik Kodex vor.

<sup>1367</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 17 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 29 zu § 12.

<sup>1368</sup> Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2008, S. 61, RN 144.

<sup>1369</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 18 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 32 zu § 12.

<sup>1370</sup> Hey, AGG, 2009, RN 19 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 32 zu § 12.

<sup>1371</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 18 zu § 12.

<sup>1372</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 23 zu § 12; Hey, AGG, 2009, RN 19 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, RN 41 zu § 12.

<sup>1373</sup> BAG, Urteil vom 8.6.2000, AP Nr. 3 zu § 2 BeschSchG; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 23 zu § 12.

<sup>1374</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 18 zu § 12; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 19 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 30 zu § 12.

AGG verpflichtet.<sup>1375</sup> Unter haftungsrechtlichen Aspekten wird ein Arbeitgeber in diesen Fällen jedoch zumindest ein Interesse daran haben, dem Verdacht nachzugehen.<sup>1376</sup> Ferner ergibt sich aus der Generalklausel des § 12 Abs. 1 AGG die Verpflichtung des Arbeitgebers, jedem begründeten Benachteiligungsverdacht nachzugehen.<sup>1377</sup> Aus haftungsrechtlicher Sicht gilt es zudem zu beachten, dass die Reaktionspflicht nach § 12 Abs. 3 AGG nicht voraussetzt, dass der Arbeitgeber Kenntnis von dem Verstoß hat.<sup>1378</sup> Ausreichend ist allein das Vorliegen eines Verstoßes, weshalb sich in größeren Betrieben die Einrichtung von „Frühwarnsystemen“ empfiehlt. Andernfalls riskiert der Arbeitgeber im Falle eines Zweitverstoßes, auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Anspruch genommen zu werden.<sup>1379</sup>

## [2]. Beispiele im Profisport

Somit empfiehlt es sich auch im Zusammenhang mit § 12 Abs. 3 AGG, innerhalb des Vereins Ansprechpartner für Diskriminierungsfälle zu benennen. Nur hierdurch kann sichergestellt werden, dass sich ein betroffener Athlet tatsächlich offenbart und der Arbeitgeber Kenntnis von Diskriminierungsvorfällen innerhalb des Vereins erlangt. Ohne eine solches „Frühwarnsystem“ droht den Vereinen die Gefahr, bei Zweitverstößen die Reaktionspflicht nach § 12 Abs. 3 AGG nicht erfüllen zu können.

Aber auch sonst ergeben sich im Profisport zahlreiche Anwendungsbeispiele für § 12 Abs. 3 AGG. Bereits die Vorschrift verweist auf arbeitsrechtliche Maßnahmen wie die Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung des Benachteiligenden. Zwar wird eine Umsetzung oder Versetzung im Profisport in den wenigsten Fällen erfolgsversprechend bzw. möglich sein.<sup>1380</sup> Die Abmahnung und Kündigung hingegen schon. So hat ein Verein beispielsweise eine Abmahnung auszusprechen, wenn sich Spieler, Trainer, Funktionäre oder andere Beschäftigte diskriminierend verhalten. Äußert sich etwa ein Fußballprofi wie der Hertha-Profi Axel Kruse in der Press dahingehend, dass „Fußball [...] echter Mannersport, und nichts für Tuntten“ sei, so hat der beschäftigende Verein ein derartiges Verhalten abzumahnern. Dasselbe gilt, wenn Trainer und Funktionäre sich schwulenfeindlich in den Medien äußern.<sup>1381</sup> Eine Abmahnung besitzt grundsätzlich eine Rüge-, Dokumentations- und Warnfunktion, weshalb sie bei leichten Pflichtverletzungen geeignet und erforderlich ist, dem Benachteiligenden sein Fehlverhalten

<sup>1375</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 30 zu § 12; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 26 zu § 12; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, RN 19 zu § 12.

<sup>1376</sup> So auch Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, RN 19 zu § 12.

<sup>1377</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 26 zu § 12; Meinel/Heyn/Hermes, AGG, 2007, RN 19 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 30 zu § 12.

<sup>1378</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 31 zu § 12.

<sup>1379</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 31 zu § 12.

<sup>1380</sup> Zu denken wäre bei einer Umsetzung (=Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes) beispielsweise an die Zwangsversetzung für einige Pflichtspiele in die zweite Mannschaft. Die Versetzung (=Zuweisung einer anderen Tätigkeit) erscheint hingegen aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen.

<sup>1381</sup> Lobe, Die archaische Welt des Fußballs, Zeit-Online, 17.3.2010; Theweleit, Daum-Äußerungen verärgern Homosexuelle, Spiegel-Online, 25.5.2008.

deutlich zu machen (Rügefunktion), und ihm die Konsequenzen für den Fall eines erneuten Verstoßes in der Zukunft aufzuzeigen (Warnfunktion).<sup>1382</sup> Mit einer Abmahnung kann ein Verein daher unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er Diskriminierungen in keiner Weise toleriert und Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot sanktioniert. Bei leichten bzw. unter Umständen unbewussten Pflichtverletzungen, wird die Abmahnung daher ausreichend sein, um weitere Diskriminierungen durch den benachteiligten Beschäftigten zu vermeiden. Ist die Pflichtverletzung hingegen schwerwiegender, etwa bei körperlichen und psychischen Drangsalierungen, und sind weitere Diskriminierungen zu erwarten, so kann eine Kündigung – unter Umständen auch ohne vorangegangene Abmahnung - erforderlich sein.<sup>1383</sup> Sie ist allerdings nur zu ergreifen, wenn andere, mildere Maßnahmen nicht geeignet erscheinen.<sup>1384</sup> Im Profisport wurde beispielsweise dem Profi-Keeper Arek Onyszko fristlos gekündigt, da er nach mehreren schwulenfeindlichen Äußerungen in den Medien das schwulenfeindliche Buch „Fucking Polak“ veröffentlicht hat und hierin öffentlich bekannte: „Ich hasse Schwule, das tue ich wirklich.“<sup>1385</sup>

Jedoch sind auch andere, als die in § 12 Abs. 3 AGG genannten Maßnahmen, denkbar. Abschließend ist die dortige Aufzählung nicht.<sup>1386</sup> Als weitere Maßnahmen wären beispielsweise im Profisport die Suspendierung des Sportlers oder die Verhängung von Geldstrafen denkbar.<sup>1387</sup> Hierzu müssen allerdings die Arbeitsverträge der Athleten im Vorfeld entsprechend ausgestaltet sein. In diesem Zusammenhang ist ferner erneut die Aufstellung eines Verhaltenskodex zu erwähnen. Mit einem derartigen Kodex kann der Verein nicht nur klarstellen, dass Diskriminierungen jeglicher Art zu vermeiden sind, sondern er kann hierin auch die Folgen eines Verstoßes verbindlich regeln. Ein Verhaltenskodex kann einem Verein bei entsprechender Ausgestaltung und Einbeziehung somit eine zusätzliche Sanktionierungsmöglichkeit eröffnen. Insofern kann einem Verhaltenskodex neben der präventiven Klarstellungsfunktion zugleich auch eine repressive Maßregelungsfunktion zukommen. Zuletzt kann ein Verein mit einem derartigen Verhaltenskodex auch sicherstellen, dass Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot einheitlich sanktioniert werden. Ein solches einheitliches Vorgehen sollte das Bestreben eines jeden Arbeitgebers sein, denn bei einer unterschiedlichen Sanktionierung von gleichartigen Verstößen besteht die Gefahr, durch die Reaktion selbst eine Benachteiligung im Sinne von § 7 AGG zu begehen.<sup>1388</sup>

<sup>1382</sup> Hey, AGG, 2009, RN 22 zu § 12; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 22 zu § 12.

<sup>1383</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 22 zu § 12.

<sup>1384</sup> Schlausener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 28 zu § 12; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 24 zu § 12.

<sup>1385</sup> N-TV.de, Schwulenfeindlicher Schläger – Midtjylland feuert Keeper, 2.11.2009.

<sup>1386</sup> BT-Drucks. 15/4538, S. 34.

<sup>1387</sup> Zur Suspendierung ausführlich: Göpfert/Siegrist, ZIP 2006, S. 1710, 1714.

<sup>1388</sup> Göpfert/Siegrist, ZIP 2006, S. 1710, 1714 ff.

*dd. Maßnahmen gegen Dritte, § 12 Abs. 4 AGG*

Eine Regelung für Maßnahmen gegen „externe Täter“ hat der Gesetzgeber mit § 12 Abs. 4 AGG geschaffen.<sup>1389</sup> Hiernach hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen, wenn Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte nach § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt werden.

*[1]. Umfang*

Die Besonderheit von § 12 Abs. 4 AGG gegenüber § 12 Abs. 3 AGG liegt darin, dass von dieser Vorschrift nicht Benachteiligungen durch andere Beschäftigte, sondern durch außenstehende, betriebsfremde Dritte erfasst werden.<sup>1390</sup> Die amtliche Begründung des AGG nennt beispielhaft die Schikanierung eines Auslieferungsfahrers durch einen Kunden wegen seiner ethnischen Herkunft.<sup>1391</sup> Im Schrifttum wird daher angenommen, dass die Benachteiligung durch einen Kunden der typische Anwendungsfall dieser Vorschrift ist.<sup>1392</sup> Von § 12 Abs. 4 AGG werden – dies verdeutlicht bereits der Wortlaut – aber auch Benachteiligungen durch jeden sonstigen Dritten erfasst.<sup>1393</sup> Somit kommen im Profisport neben zahlenden Zuschauern auch alle anderen betriebsfremden Dritte in Betracht. Diese können z.B. Fans und Sponsoren, aber auch Konkurrenten und Funktionäre von anderen Vereinen sein. Unter Umständen kann auch ein Verband, sofern er nicht Arbeitgeber ist, Dritter im Sinne von § 12 Abs. 4 AGG sein. Wie die Ausführungen zu III. 4. b. bb. [3]. [c]. [bb]. [ccc]. gezeigt haben, werden allerdings vorgelagerte Diskriminierungen durch Dritte bezüglich des Zugangs zur Tätigkeit nicht von § 12 Abs. 4 AGG erfasst. Eine Pflicht zum Einschreiten gegen Benachteiligungen durch Dritte besteht insofern nur während der Ausübung der Tätigkeit, nicht jedoch hinsichtlich des Zugangs zur jeweiligen Tätigkeit. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass das AGG zwischen den beiden Begriffen „Ausübung“ und „Zugang“ differenziert und in § 12 Abs. 4 AGG nur von der „Ausübung“ spricht. Zum anderen scheint diese Beschränkung vom Gesetzgeber gewollt gewesen zu sein. So macht eine rechtsvergleichende Betrachtung deutlich, dass eine derartige Beschränkung nicht ungewöhnlich ist. So sehen Umsetzungen wie die von Lettland beispielsweise gar keine Haftung für das diskriminierende Verhalten von Dritten vor, während Ungarn bei seiner Umsetzung zwischen beschäftigten und beschäftigungssuchenden Personen unterscheidet, und hierdurch beschäftigte Personen bewusst stärker schützt.<sup>1394</sup> Gerade die Umsetzung von Ungarn führt zu der Annahme, dass auch der deutsche Gesetzgeber beschäftigte Personen stärker schützen bzw. den Arbeitgeber nicht mit unzumutbaren Schutzmaßnahmen belasten will, indem er die

<sup>1389</sup> Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, S. 61, RN 145.

<sup>1390</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 12.

<sup>1391</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 37.

<sup>1392</sup> Hey, AGG, 2009, RN 26 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 12.

<sup>1393</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 26 zu § 12; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 32 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 39 zu § 12; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 30 zu § 12.

<sup>1394</sup> Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, 2010, S. 21 und S. 51.

Pflichten des Arbeitgebers bei Benachteiligungen durch Dritte nur für den Zeitraum der Ausübung der Tätigkeit geregelt hat. Aufgrund der geringen Anforderungen, welche die Richtlinien an die Vorkehrungspflichten des Arbeitgebers stellen, dürfte diese Intention des Gesetzgebers auch nicht zu beanstanden sein.<sup>1395</sup> Insofern ergibt sich keine Verpflichtung des Vereins gegen einen Verband vorzugehen, wenn die Benachteiligung durch den Verband allein den Zugang zur Tätigkeit betrifft. Ausführlich heißt dies, dass ein Verein keine Einstellungsvoraussetzungen für beschäftigungssuchende Athleten schaffen muss, wenn die Benachteiligung hinsichtlich des Zugangs durch den Verband als Dritten erfolgt. In diesen Fällen ist es allein Sache des betroffenen Athleten, die Benachteiligung durch eine Überprüfung der Verbandsvorgaben zu beseitigen. Anders stellt sich jedoch die Angelegenheit dar, wenn der Verein den betroffenen Athleten bereits beschäftigt hat. In diesen Fällen hat sich der Verein schützend vor den Athleten zu stellen, da insofern die Benachteiligung „bei“ der Ausübung der Tätigkeit als Berufssportler erfolgt.

## *[2]. Konkrete Maßnahmen im Sport*

Ähnliche Anwendungsfälle, wie diejenigen der Gesetzesbegründung, existieren auch im Bereich des Sports. In dieselbe Situation gelangt beispielsweise ein Sportler, wenn er durch Fans, Zuschauer oder Reporter diskriminiert wird. So ist im Fußball beispielsweise denkbar, dass ein Spieler durch rassistische oder schwulenfeindliche Sprechchöre oder Spruchbänder im Fußballstadion beleidigt wird. Aber auch, dass er nach Spielende bzw. Trainingsende von den Fans beim Verlassen des Stadions oder des Trainingsgeländes abgefangen und tätlich angegriffen wird. In diesen Situationen ist ein Berufssportler ebenso schutzwürdig, wie ein normaler Arbeitnehmer. Zum Schutz des Athleten hat ein Verein daher bereits im Vorfeld geeignete Vorkehrungen zur Vermeidung solcher Übergriffe zu treffen. Haben sich bereits früher Diskriminierungsvorfälle ereignet, oder sind solche – beispielsweise wegen einem Coming-Out – zu erwarten, so sind strengere Maßstäbe an die Vorkehrungsmaßnahmen zu stellen. Im Hinblick auf die Sicherheitsmaßnahmen ist in einem ersten Schritt die Schulung und Anweisung des Sicherheitspersonals für Diskriminierungsfälle erforderlich. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Sicherheitsleute und die Platzordner im Falle einer Benachteiligung angemessen reagieren. Für die Durchsetzung von konkreten Schutzmaßnahmen ist ferner die Einführung einer geeigneten Stadionordnung erforderlich. So sollte dort klar geregelt sein, dass es verboten ist, Parolen mit menschenverachtenden oder diskriminierenden Inhalten zu äußern oder zu verbreiten, und Zuwiderhandlungen mit Hausverboten bis hin zur Geltendmachung von Schadensersatz sanktioniert werden. Selbiges muss für die Mitführung von Fahnen, Transparenten oder sonstigem Propagandamaterial gelten, die diskriminierenden Inhalt haben. Das Sicherheitspersonal ist einem weiteren Schritt anzuweisen, die Stadionordnung konsequent – für jeden Diskriminierungsgrund gleichermaßen – umzusetzen. Fahnen und Transparente mit derartigem Inhalt sind bereits bei den Eingangskontrollen zu beschlagnahmen, einzelne Störer(-gruppen) auf ihr Fehlverhalten hinzuweisen.

<sup>1395</sup> Einzig Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 enthält die Verpflichtung „angemessene Vorkehrungen“ zur Gewährleistung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu treffen.

Im äußersten Fall sind letztere durch Ausübung des Hausrechtes aus der Spielstätte zu entfernen.

Sicherlich wird die Umsetzung einiger Maßnahmen in der Praxis Schwierigkeiten bereiten. So besteht bei Diskriminierungen durch größere Störer-Gruppen in Stadien die Gefahr der Eskalation, wenn Spruchbänder entfernt – aus diesem Grund sollten bereits im Vorfeld diskriminierende Transparente abgenommen werden – oder Hausverbote durchgesetzt werden. Ob die konkrete Maßnahme durchgesetzt werden muss, ist somit immer eine Frage des Einzelfalles und der Angemessenheit. Damit im Einzelfall angemessen reagiert werden kann, sollten die Schulungen des Sicherheitspersonals daher zwingend zum Inhalt haben, wie in bestimmten Situationen zu reagieren ist und welche Maßnahmen zu treffen sind. Nicht zu akzeptieren ist – mitunter wegen der aufgezeigten Möglichkeiten - der pauschale Einwand hinsichtlich der Homophobie im Fußball, dass man die Diskriminierung von homosexuellen Fußballspielern in Stadien nicht verhindern könne. Es ist nicht einzusehen, weshalb gegen Rassismus in Stadien auf das schärfste – Behandlung von Fangruppen mit Schlagstöcken, Spiele vor leeren Kulissen - vorgegangen wird, ein Vorgehen gegen Homophobie hingegen nicht möglich sein soll. Es sind daher in den jeweiligen Spielstätten nicht nur Vorkehrungen im Hinblick auf Rassismus, sondern auch im Hinblick auf die anderen Diskriminierungsgründe zu treffen. Nur hierdurch kann eine gleichartige Sanktionierung hinsichtlich aller Diskriminierungsmerkmale sicher gestellt werden.

Sollte ein Verband einen Athleten bei der Ausübung seiner Tätigkeit diskriminieren, so ist der Verein als Arbeitgeber nach § 12 Abs. 4 AGG gezwungen, Maßnahmen zum Schutz des Athleten zu treffen. Im Zusammenhang mit benachteiligenden kollektivrechtlichen Vereinbarungen nimmt das Schrifttum an, dass die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers darin bestehen, den Verband auf Prüfung der Rechtslage und gegebenenfalls auf Abänderung der Vorgaben zu drängen.<sup>1396</sup> Zumindest hat er Abhilfemöglichkeiten zu prüfen und zu verfolgen.<sup>1397</sup> Ein solches Vorgehen gegen den jeweiligen Verband wird man einem Arbeitgeber auch im Sport zumuten können.

#### *ee. Pflicht zur Bekanntmachung, § 12 Abs. 5 AGG*

Nach § 12 Abs. 5 Satz 1 AGG sind das AGG und § 61 b des Arbeitsgerichtsgesetzes – diese Vorschrift regelt die klageweise Geltendmachung des Entschädigungsanspruches nach § 15 AGG vor dem Arbeitsgericht – sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 AGG zuständigen Stellen im Betrieb oder in der Dienststelle bekannt zu machen. § 12 Abs. 5 AGG regelt somit eine Bekanntmachungsverpflichtung des Arbeitgebers.<sup>1398</sup> Sie verpflichtet den Arbeitgeber, die gesetzlichen Vorschriften des AGG einschließlich der maßgeblichen Klagefrist in § 61 b ArbGG bekannt zu machen. Das Schrifttum verlangt zur Erfüllung dieser Verpflichtung eine

---

<sup>1396</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 66 zu § 15.

<sup>1397</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 66 zu § 15.

<sup>1398</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 47 zu § 12; Däubler/Bertzbach, AGG, 2009, RN 31 zu § 12.



Mitteilung über den vollständigen Wortlaut der Vorschriften.<sup>1399</sup> Daher wird im Bereich des Profisports vertreten, dass Vereine jedem Spieler Gesetzestexte des AGG auszuhändigen haben.<sup>1400</sup> Erläuterungen oder Kommentierungen braucht der Arbeitgeber hingegen nicht zur Verfügung stellen.<sup>1401</sup> Um den Betroffenen die Wahrnehmung ihrer Rechte zu erleichtern, hat der Arbeitgeber zugleich über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 AGG zuständigen Stellen zu informieren. Aus dieser Bekanntmachungsverpflichtung lässt sich allerdings nicht die Verpflichtung zu einer Einrichtung einer eigenständigen Beschwerdestelle ableiten.<sup>1402</sup> Gleichwohl empfiehlt es sich im Hinblick auf die Organisationsverpflichtung nach § 12 Abs. 1 AGG und § 13 AGG für Arbeitgeber im Bereich des Sports, eine solche eigenständige Beschwerdestelle einzurichten; zumindest sollten aus haftungsrechtlichen Gründen Ansprechpartner benannt werden.<sup>1403</sup> Grundsätzlich steht es dem Arbeitgeber frei, in welcher Form die Bekanntmachung erfolgt. So kann nach § 12 Abs. 5 Satz 2 AGG die Bekanntmachung durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb oder der Dienststelle üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen. Dies verdeutlicht, dass dem Arbeitgeber grundsätzlich ein Auswahlrecht zwischen den verschiedenen Bekanntmachungsmöglichkeiten zusteht.<sup>1404</sup> Dementsprechend kommt auch eine Bekanntmachung durch Aushang, Auslegung, Veröffentlichung im Intranet, Versendung per E-Mail oder sonstige Weise in Betracht.<sup>1405</sup> Erforderlich ist allein, dass der Adressatenkreis von der Bekanntmachung Kenntnis erlangen kann.<sup>1406</sup> In diesem Zusammenhang ist erneut die Einführung eines Verhaltenskodex als überaus empfehlenswert zu erwähnen. Einem solchen können als Anlage sowohl der Gesetzestext des AGG, als auch von § 61 b ArbGG, beigefügt werden. Ferner können hierin Ansprechpartner für Diskriminierungsfälle angegeben werden. Zuletzt kann ein Verhaltenskodex – dies ist wegen der Verbindlichkeit zu empfehlen – nicht nur ausgehändigt, sondern auch veröffentlicht werden.<sup>1407</sup>

Anders als die Verletzung der Pflichten nach § 12 Abs. 1 bis 4 AGG, bleibt die unzureichende Bekanntmachung allerdings sanktionslos.<sup>1408</sup> Die Vorschrift selbst normiert keine Rechtsfolgen.<sup>1409</sup> Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung zu vergleichbaren Bekanntmachungsvorschriften – z.B. § 8 TVG – konkretisiert § 12 Abs. 5 AGG weder arbeits-

<sup>1399</sup> Hey, AGG, 2009, RN 28 zu § 12; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 47 zu § 12; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 63 zu § 12.

<sup>1400</sup> Kiesgen/Wichert, SPONSORS 2007, S. 39.

<sup>1401</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 63 zu § 12.

<sup>1402</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 10 zu § 13; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 13; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 12 zu § 13; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 13; wohl auch Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 18 zu § 13.

<sup>1403</sup> Hierzu ausführlich unter IV. 1. b. aa. [2]. [a].

<sup>1404</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 43 zu § 12.

<sup>1405</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 28 zu § 12; Hey, AGG, 2009, RN 30 zu § 12.

<sup>1406</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 37.

<sup>1407</sup> So wurde der SV Werder Bremen Ethik Kodex z.B. über die Webseite des Vereins veröffentlicht.

<sup>1408</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 43 zu § 12.

<sup>1409</sup> Hey, AGG, 2009, RN 31 zu § 12.

vertragliche Pflichten, noch ist die Vorschrift als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB anzusehen, weshalb das Schrifttum einstimmig annimmt, dass die Verletzung der Bekanntmachungspflicht nach § 12 Abs. 5 AGG nicht zu Schadensersatzansprüchen führt.<sup>1410</sup> Da die Bekanntmachungspflicht allerdings eine Konkretisierung der allgemeinen Präventionspflichten des Arbeitgebers nach § 12 Abs. 1 AGG darstellt, und an die Verletzung dieser Pflichten im Schrifttum erhebliche Rechtsfolgen geknüpft werden, ist Arbeitgebern im Sport dennoch dringend zu empfehlen, den Bekanntmachungspflichten ordnungsgemäß nachzukommen.<sup>1411</sup>

### c. Anspruch auf Durchführung der Maßnahmen

Die Verletzung der soeben genannten Pflichten nach § 12 AGG kann – ein Vertretenmüssen ist zumindest bei einem Zweitverstoß anzunehmen – eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers nach § 15 AGG auslösen.<sup>1412</sup> Allein aus diesem Grund wird der Arbeitgeber ein eigenes Interesse an der Erfüllung seiner Pflichten haben. Aber die Bestimmungen von § 12 Abs. 1 bis 4 AGG begründen nicht nur Rechtspflichten für den Arbeitgeber. Nach Ansichten im Schrifttum resultiert aus der jeweiligen Rechtspflicht des Arbeitgebers zugleich auch ein Rechtsanspruch, weshalb Beschäftigte den Arbeitgeber auf Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen in Anspruch nehmen können.<sup>1413</sup> Wegen der Einschätzungsprärogative<sup>1414</sup> des Arbeitgebers beschränkt sich der Anspruch jedoch zunächst nur auf die Ausübung des fehlerfreien Ermessens.<sup>1415</sup> Nur in Ausnahmefällen, in welchen jede andere Maßnahme rechtsfehlerhaft wäre, reduziert sich das Ermessen auf Null, weshalb nur in diesen Fällen ein bestimmtes Tun vom Arbeitgeber verlangt werden kann.<sup>1416</sup> Die Geltendmachung des Anspruches hat vor den Gerichten für Arbeitssachen zu erfolgen.<sup>1417</sup>

Somit kann ein betroffener Athlet von seinem Arbeitgeber die Erfüllung der präventiven und repressiven Schutzmaßnahmen nach § 12 Abs. 1 bis Abs. 4 AGG verlangen. Konkret bedeutet dies, dass er ein Einschreiten gegen Fans, den Verband oder sonstige Dritte einfordern kann. Problematisch ist jedoch auch hier, dass dem Verein ein Entscheidungsspielraum zukommt und somit grundsätzlich nicht das Ergreifen bestimmter Maßnahmen gefordert werden kann. Allerdings sind auch im Sport Konstellationen

<sup>1410</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 29 zu § 12; Hey, AGG, 2009, RN 31 zu § 12; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 57 zu § 12; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 49 zu § 12; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 43 zu § 12.

<sup>1411</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 49 zu § 12.

<sup>1412</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 12; Bezani/Richter, AGG, 2006, RN 381; Rust/Falke, AGG, 2007, RN 4 zu § 12; a.A. Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 55 zu § 12; wohl auch Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 52 zu § 12.

<sup>1413</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 52 zu § 12; Däubler/Bertzbach, AGG, 2009, RN 14 und 32 zu § 12.

<sup>1414</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 23 zu § 12.

<sup>1415</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 52 zu § 12; Däubler/Bertzbach, AGG, 2009, RN 14 zu § 12.

<sup>1416</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 52 zu § 12.

<sup>1417</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2009, RN 32 zu § 12; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 57 zu § 12.

denkbar, in welchen sich der Ermessensspielraum auf Null reduziert. So wird ein Athlet nach einem Coming-Out beispielsweise den Einsatz von Sicherheitspersonal beim Verlassen des Stadions einfordern können, wenn aufgrund des Medienrummels andernfalls mit einer Eskalation zu rechnen ist.<sup>1418</sup> In derartigen Fällen ergeben sich auch keine Probleme im Hinblick auf die Aktivlegitimation. Das Schrifttum nimmt an, dass sich Ansprüche aus § 12 AGG nur in seltenen Fällen einklagen lassen, da hierfür eine „besondere Aktivlegitimation“ dahingehend belegt werden müsste, dass gerade zu Gunsten des Klägers besondere Schutzmaßnahmen erforderlich sind.<sup>1419</sup> Dieser Beweis wird einem homosexuellen Fußballspieler allerdings ohne Weiteres gelingen, wenn er sich öffentlich zu seiner Homosexualität bekennt und in der Folgezeit schwulenfeindliche Fan-Gruppen zu Gegenaktionen in Stadien aufrufen.

## 2. Beschäftigte

Auskunft darüber, welche Rechte einem betroffenen Athleten im Fall von Benachteiligungen zustehen, gibt das AGG mit seinem Unterabschnitt 3 des zweiten Abschnittes. Dort sind in den §§ 13 bis 16 AGG die Rechte der betroffenen Beschäftigten geregelt.

### a. Beschwerderecht, § 13 AGG

So steht den Beschäftigten nach § 13 Abs. 1 Satz 1 AGG beispielsweise das Recht zu, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebes, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt fühlen.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift besteht das Beschwerderecht bereits, wenn sich der Beschäftigte subjektiv benachteiligt fühlt.<sup>1420</sup> Dass eine Benachteiligung auch objektiv vorliegt, ist hingegen nicht erforderlich.<sup>1421</sup> Fühlt sich ein Beschäftigter zu Unrecht benachteiligt, so muss er durch die Wahrnehmung seines Beschwerderechts auch keine Nachteile fürchten. In diesen Fällen gilt das Maßregelungsverbot nach § 16 Abs. 1 AGG, wonach der Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG benachteiligen darf.<sup>1422</sup> Fühlt sich ein Athlet also von einem Trainer, Funktionär, Mannschaftskollegen oder außenstehenden Dritten (Fans, Medien, Sponsoren etc.) benachteiligt, so kann er dies der im Verein eingerichteten Beschwerdestelle bzw. dem zuständigen Ansprechpartner mitteilen, ohne hieraus nachteilige Konsequenzen fürchten zu müssen.

<sup>1418</sup> Das Vorhandensein von Sicherheitspersonal wird hingegen in aller Regel durch das Lizenzierungsverfahren sichergestellt; vgl. z.B. § 5 1. g) Lizenzierungsordnung (LO) des DFB.

<sup>1419</sup> Däubler/Bertzach, AGG, 2009, RN 14 zu § 12.

<sup>1420</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 236, RN 585; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 13; Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 4 zu § 13.

<sup>1421</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 13.

<sup>1422</sup> Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 34 zu § 13.

Eine Beschwerdepflicht ergibt sich allerdings aus § 13 Abs. 1 AGG nicht.<sup>1423</sup> Insbesondere ist die Erhebung einer Beschwerde keine Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen.<sup>1424</sup> Der betroffene Athlet muss daher im Falle von Benachteiligungen keine Beschwerde erheben, um später Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche geltend machen zu können. Um Schadensersatzansprüche auszulösen – für das Vertretenmüssen wird es in vielen Fällen auf die Kenntnis des Arbeitgebers ankommen – ist die Erhebung einer Beschwerde dennoch zu empfehlen. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass es nicht notwendig ist, eine förmliche Beschwerde zu erheben. Eine Beschwerde kann formlos und somit auch mündlich erhoben werden.<sup>1425</sup> Eine Beschwerde im Sinne von § 13 Abs. 1 AGG kann daher im Rahmen eines vier Augen-Gesprächs gegenüber einer zuständigen Vertrauensperson erfolgen. Aus Dokumentationsgründen sollte die Beschwerde allerdings dennoch schriftlich eingereicht werden.

Eine Pflicht zur Errichtung einer eigenständigen Beschwerdestelle lässt sich aus § 13 Abs. 1 AGG nach herrschender Ansicht im Schrifttum ebenfalls nicht ableiten.<sup>1426</sup> Allein dem Arbeitgeber steht es frei, ob er eine gesonderte Beschwerdestelle ausschließlich für Verstöße gegen das AGG schaffen möchte oder nicht.<sup>1427</sup> Will er dies nicht, so ist es ausreichend, wenn er Dienst- oder Fachvorgesetzte, Mitarbeiter der Personalabteilung, Betriebs- bzw. Personalräte, oder reguläre Beschäftigte als Beschwerdestellen benennt.<sup>1428</sup> Nach Ansichten im Schrifttum existieren auch ohne ausdrückliche Benennung des Arbeitgebers unter Umständen Personen, die kraft ihres Amtes zur Entgegennahme von Beschwerden befugt sind.<sup>1429</sup> Als solche sogenannte „geborenen Beschwerdestellen“ sind beispielsweise Betriebs- und Personalräte, Schwerbehindertenvertretungen und Gleichstellungsbeauftragte zu nennen.<sup>1430</sup> Im Sport existieren derartige „geborene Beschwerdestellen“ in aller Regel jedoch nicht, weshalb Vereine zumindest feste Ansprechpartner für Diskriminierungsfälle benennen sollten.<sup>1431</sup> Hierzu eignet sich beispielsweise eine entsprechende Regelung in einem sog. Verhaltenskodex. Hat ein Verein keine Beschwerdestelle eingerichtet, und entstehen hierdurch Verzögerungen wegen Zuständigkeitsfragen oder Unbeholfenheit, so gehen die Folgen allein zu Lasten des Vereins.<sup>1432</sup>

Ist eine Beschwerde erhoben worden, so hat der Arbeitgeber nach § 13 Abs. 1 Satz 2 AGG die Beschwerde zu prüfen und das Ergebnis dem betroffenen Athleten mitzuteilen.

<sup>1423</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 13 zu § 13.

<sup>1424</sup> Ring, ZAP 2006, S. 903, 913 ff.

<sup>1425</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 13.

<sup>1426</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 10 zu § 13; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 13; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 12 zu § 13; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 13; wohl auch Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 18 zu § 13.

<sup>1427</sup> Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 13.

<sup>1428</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 13; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 11 zu § 13.

<sup>1429</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 13.

<sup>1430</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 13.

<sup>1431</sup> Siehe hierzu bereits ausführlich IV. 1. b. aa. [2]. [a].

<sup>1432</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 12 zu § 13.

Insofern enthält § 13 Abs. 1 Satz 2 AGG eine Prüfungs- und Mitteilungspflicht des Arbeitgebers.<sup>1433</sup> Vereinen ist daher nicht nur aus Gründen der Schadensminderung – durch eine frühzeitige Abhilfe kann in vielen Fällen eine Eskalation vermieden werden – zu raten, Beschwerden gewissenhaft nachzugehen.

### b. Leistungsverweigerungsrecht, § 14 AGG

§ 14 AGG räumt dem Beschäftigten das Recht ein, seine Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgeltes einzustellen, sofern der Arbeitgeber keine ausreichenden Maßnahmen zu seinem Schutz trifft.<sup>1434</sup> So heißt es in § 14 Satz 1 AGG, dass die betroffenen Beschäftigten – soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist - berechtigt sind, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgeltes einzustellen, wenn der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ergreift.

Das Leistungsverweigerungsrecht gilt seinem Wortlaut nach allerdings nur für Belästigungen im Sinne von § 3 Abs. 3 und Abs. 4 AGG.<sup>1435</sup> Für alle anderen Formen von Benachteiligungen gilt § 14 AGG hingegen nicht.<sup>1436</sup> Ferner gilt § 14 AGG nur bei einem tatsächlichen Vorliegen von (sexuellen) Belästigungen.<sup>1437</sup> Das Leistungsverweigerungsrecht steht dem Beschäftigten nur zu, wenn der Arbeitgeber keine oder eine offensichtlich ungeeignete Maßnahme ergriffen hat. Offensichtlich ungeeignet ist eine Maßnahme dabei, wenn deren Untauglichkeit aus objektiver Sicht ersichtlich ist.<sup>1438</sup>

Entsprechend dem Vorgesagten wird man daher beispielsweise einem homosexuellen Fußballspieler ein Leistungsverweigerungsrecht zusprechen können, wenn dieser nach einem Pflichtspiel von Fans auf das Übelste beschimpft und beim Verlassen des Stadions tätlich angegriffen wurde, der Verein für das nächste Pflichtspiel allerdings dennoch keine Anpassung der Schutzvorkehrungen trifft. Bei den Beschimpfungen und tätlichen Angriffen handelt es sich um Belästigungen im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG. Dass die bisherigen Schutzmaßnahmen zum Schutz des betroffenen Spielers offensichtlich ungeeignet sind, ergibt sich aus dem Umstand, dass bereits beim letzten Pflichtspiel Belästigungen stattgefunden haben. Einem homosexuellen Fußball-Profi erlaubt § 14 AGG somit unter Umständen, sich einem „Spießbrutenlauf“ – so wird das Szenario von Sportfunktionären gerne bezeichnet - im Stadion zu entziehen, ohne den Anspruch auf das Spielergeloh zu verlieren.

<sup>1433</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 9 zu § 13.

<sup>1434</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 1 zu § 14; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 2 zu § 14; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 1 zu § 14.

<sup>1435</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 5 zu § 14.

<sup>1436</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 2 zu § 14; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 14.

<sup>1437</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 7 zu § 14; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 7 zu § 14; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 5 zu § 14.

<sup>1438</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 14; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 11 zu § 14.

Problematisch ist jedoch, dass Irrtümer oder Fehleinschätzungen hinsichtlich vermeintlich benachteiligender Verhaltensweisen und ungeeigneten Maßnahmen zu Lasten des Beschäftigten gehen.<sup>1439</sup> Glaubt ein Beschäftigter, zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt zu sein, obwohl die objektiven Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechtes nicht vorliegen, so trägt allein er das Risiko des Irrtums.<sup>1440</sup> Eine Fehleinschätzung kann dabei schwere Folgen haben. Die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes erfolgt in aller Regel durch ein Fernbleiben von der Arbeit.<sup>1441</sup> Erbringt der Beschäftigte mangels eines tatsächlich bestehenden Leistungsverweigerungsrechtes zu Unrecht keine Arbeitsleistung, so verletzt er durch sein Fernbleiben seine arbeitsvertragliche Hauptleistungspflicht.<sup>1442</sup> Eine beharrliche Arbeitsverweigerung kann in derartigen Fällen eine verhaltensbedingte ordentliche oder außerordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages zur Folge haben.<sup>1443</sup> Aufgrund dieses Risikos – immerhin können durch die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit somit auch befristete Arbeitsverträge von Profisportlern aufgelöst werden – sind betroffene Athleten gut beraten, von einer Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts nur Gebrauch zu machen, wenn die objektiven Voraussetzungen eindeutig vorliegen bzw. schwerwiegende Benachteiligungen drohen.<sup>1444</sup>

### c. Schadensersatz und Entschädigung, § 15 AGG

Einen der wichtigsten Ansprüche stellt der Schadensersatz- und Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG dar.<sup>1445</sup> Dies liegt mitunter daran, dass beinahe alle Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot durch § 15 AGG in finanzieller Hinsicht sanktioniert werden.<sup>1446</sup> Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot können daher für den Arbeitgeber teuer werden und spürbare Folgen haben.<sup>1447</sup> Ein Arbeitgeber wird daher vor allem aus diesen Gründen ein großes Interesse an der Einhaltung des Benachteiligungsverbot haben.

#### aa. Schadensersatz, § 15 Abs. 1 AGG

So ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen.

<sup>1439</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2583, 2588; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 9 zu § 14; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, RN 14 zu § 14; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 20 zu § 14.

<sup>1440</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 14 zu § 14 mit Verweis auf: BAG, Urteil vom 29.11.1983, AP Nr. 78 zu § 626 BGB.

<sup>1441</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 14.

<sup>1442</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 9 zu § 14.

<sup>1443</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 14 zu § 14; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 10 zu § 14.

<sup>1444</sup> So auch Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 26 zu § 14; Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2583, 2588.

<sup>1445</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 152, RN 208.

<sup>1446</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 23 zu § 15.

<sup>1447</sup> Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2009, S. 160, RN 507.

*[1]. Umfang der Schadensersatzpflicht, § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG*

Die Schadensersatzpflicht nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG begründet für den Betroffenen einen Anspruch auf Ersatz des durch eine verbotene Benachteiligung entstandenen materiellen Schadens.<sup>1448</sup> Der Umfang des Schadensersatzanspruches richtet sich dabei grundsätzlich nach den §§ 249 ff. BGB.<sup>1449</sup> Nach § 249 Abs. 1 BGB hat dabei derjenige, der zu Schadensersatz verpflichtet ist, zunächst den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ersatzfähig ist somit grundsätzlich das positive Interesse, weshalb der Betroffene so zu stellen ist, wie er stehen würde, wenn die verbotene Benachteiligung nicht begangen worden wäre.<sup>1450</sup> Allerdings ist zu beachten, dass nach § 15 Abs. 6 AGG ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, eines Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg begründet, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund. In den von § 15 Abs. 6 AGG genannten Fällen besteht somit kein Anspruch auf Naturalrestitution, weshalb der Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG regelmäßig in Geld zu leisten ist.<sup>1451</sup>

Als bedeutendster zu ersetzender Schaden kommt der Verdienstausschlag in Betracht.<sup>1452</sup> Dieser kann in zweierlei Hinsicht entstehen. Zum einen ist dieser denkbar, wenn dem Betroffenen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu Unrecht gekündigt wurde. In dieser Konstellation wird ein Verdienstausschlagsschaden allerdings nur selten eintreten, da eine diskriminierende Kündigung unwirksam ist und sich ein Entgeltanspruch wegen Annahmeverzuges bereits aus §§ 611, 615, 294 ff. BGB ergibt.<sup>1453</sup> Zum anderen kann ein Verdienstausschlagsschaden dadurch entstehen, dass einem Bewerber im Rahmen einer Neueinstellung ein Entgeltanspruch dadurch entgeht, weil er die Stelle allein wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes nicht erhalten hat. Ob und in welcher Höhe in dieser Konstellation dem Bewerber ein Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG zusteht, ist umstritten.<sup>1454</sup> Ein Teil des Schrifttums will den Anspruch nach § 15 Abs. 1 AGG für den Fall der Verweigerung eines sonst zustande gekommenen Vertrages auf das negative Interesse, den sogenannten Vertrauensschaden, beschränken.<sup>1455</sup> Diese Beschränkung der Haftung des Arbeitgebers hätte zur Folge, dass ein Entgeltanspruch aus dem nicht zustande gekommenen Vertrag nicht im Wege von Schadensersatz eingefordert werden könnte. Die überwiegende Ansicht im Schrifttum spricht hingegen dem abge-

<sup>1448</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 23 zu § 15.

<sup>1449</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 22 zu § 15; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 15 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 23 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 41 zu § 15.

<sup>1450</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 33 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 41 zu § 15.

<sup>1451</sup> Hey, AGG, 2009, RN 41 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 23 zu § 15.

<sup>1452</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 38 ff. zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 43 zu § 15.

<sup>1453</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 16 zu § 15.

<sup>1454</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 39 zu § 15; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 24 ff. zu § 15.

<sup>1455</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 24 ff. zu § 15; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 17 ff. zu § 15.

lehnten Bewerber einen Anspruch auf ein entgangenes Arbeitsentgelt zu.<sup>1456</sup> Strittig ist innerhalb dieser herrschenden Ansicht lediglich, für welchen Zeitraum der Arbeitgeber schadensersatzpflichtig sein soll. Während nach der Rechtsprechung des BGH<sup>1457</sup> bei Unfällen ein Erwerbsschaden die entgangenen Verdienstmöglichkeiten für das ganze Erwerbsleben betreffen kann, soll nach Ansichten im Schrifttum der Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG<sup>1458</sup> zu § 628 BGB auf den Zeitraum bis zum ersten hypothetischen Kündigungstermin begrenzt sein.<sup>1459</sup> Dabei können freilich nur die Kündigungsmöglichkeiten Berücksichtigung finden, die ihrerseits bei einer hypothetischen Ausübung nicht diskriminierend wären.<sup>1460</sup> Aber auch eine Begrenzung auf höchstens 12 Monateinkommen durch eine entsprechende Anwendung der §§ 9, 10 KSchG wird im Schrifttum diskutiert, größtenteils jedoch abgelehnt.<sup>1461</sup> Im Extremfall kann sich der Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG somit wegen § 622 Abs. 3 BGB auf den Ersatz der für zwei Wochen entgangenen Vergütung beschränken.<sup>1462</sup>

Die Problematik hinsichtlich der (zeitlichen) Beschränkung des Schadensersatzanspruches wird sich im Profisport allerdings in den allermeisten Fällen nicht ergeben. Dort sind die Verträge in aller Regel zeitlich befristet.<sup>1463</sup> Ein ordentliches Kündigungsrechts, eine solche Möglichkeit besteht grundsätzlich wegen § 15 Abs. 3 TzBfG auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen, wird aus Gründen der Planungssicherheit nicht vereinbart. Wegen der zeitlichen Befristung solcher Verträge besteht kein Zweifel über den hypothetischen Bezugszeitraum der Vergütung, weshalb dort die Schadenshöhe nach der gesamten Laufzeit des befristeten Vertrages zu bemessen ist.<sup>1464</sup> Diese Annahme steht auch in Einklang mit den Ansichten im Schrifttum, wonach der Verdienstausschlag bis zu dem Zeitpunkt zu bemessen ist, zu dem der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis frühestens wieder hätte kündigen können.<sup>1465</sup> Denn bei einem befristeten Arbeitsverhältnis ist eine ordentliche Kündigung des Arbeitgebers vor Ablauf der Vertragslaufzeit nicht möglich, weshalb man zu demselben Ergebnis gelangt.

<sup>1456</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 27 zu § 15; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 39 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 43 ff. zu § 15; Annuß, in: Staudinger, BGB, 2005, § 611 a BGB RN 99; Pfeiffer, in: KR, 2004, § 611 a BGB RN 99.

<sup>1457</sup> BGH NJW 1998, S. 1634.

<sup>1458</sup> BAG, Urteil vom 22.4.2004 – 8 AZR 269/03, AP Nr. 18 zu § 628 BGB.

<sup>1459</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 15; Annuß, in: Staudinger, BGB, 2005, § 611 a BGB RN 99; Pfeiffer, in: KR, 2004, § 611 a BGB RN 99; Simon/Greiflin, BB 2007, S. 1782, 1787; mit weiteren zahlreichen Nachweisen Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 39 zu § 15.

<sup>1460</sup> Pfeiffer, in: KR, 2004, § 611 a BGB RN 99.

<sup>1461</sup> Treber, NZA 2006, S. 856, 858; ablehnend Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 28 zu § 15, Däubler/Bertzbach, AGG, RN 39 b zu § 15 und Hey, AGG, 2009, RN 49 zu § 15.

<sup>1462</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 15.

<sup>1463</sup> Die Maßgeblichkeit der Vertragsgestaltung erkennt auch das Schrifttum, wenn sie etwa davon spricht, dass der Betrag des Schadensersatzanspruches bei einer vertraglichen Verlängerung der Kündigungsfrist höher sein kann; vgl. hierzu Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 27 zu § 15.

<sup>1464</sup> So mittlerweile auch ausdrücklich Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 39 f zu § 15.

<sup>1465</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 27 zu § 15.



Strittig können in diesen Fällen allenfalls die Höhe der Vergütung und die Laufzeit des Vertrages sein. Immerhin kommt es wegen der Diskriminierung nicht zu einem endgültigen Vertragsabschluss, weshalb der etwaige Inhalt des Arbeitsvertrages sich nur schwerlich bestimmen lässt. Vor große Probleme wird das einen benachteiligten Athleten allerdings nicht stellen. So kann die Höhe der Vergütung beispielsweise durch die Analyse des Marktwertes des Athleten festgestellt werden. Hinsichtlich der Laufzeit des Vertrages kann auf die übliche Befristungsdauer<sup>1466</sup> von Sportverträgen abgestellt werden, wobei die Eigenart der jeweiligen Sportart zu berücksichtigen ist.<sup>1467</sup> Etwas anderes ergibt sich nur, wenn neben einer zeitlichen Befristung die Vereinbarung einer Probezeit oder - wider Erwarten eines ordentlichen Kündigungsrechts - üblich ist. Zu derartigen Eingeständnissen werden Profisportler allerdings nur in Randsportarten oder Amateurligen bereit sein, weshalb davon auszugehen ist, dass bei einer Diskriminierung im Einstellungsverfahren im Spitzensport der volle entgangene Vergütungsanspruch für die gesamte Vertragslaufzeit eingefordert werden kann.

Schließt ein Athlet nach der Benachteiligung einen Vertrag mit einem anderen Arbeitgeber ab bzw. unterlässt er den Abschluss eines solchen Vertrages schuldhaft, so ist dies bei der Schadensberechnung im Rahmen von § 254 BGB zu berücksichtigen.<sup>1468</sup> Im Profisport ist in diesem Zusammenhang allerdings zugunsten des betroffenen Athleten zu beachten, dass es in Mannschaftssportarten nach Saisonbeginn schwierig sein dürfte, eine anderweitige zumutbare Beschäftigung zu finden.<sup>1469</sup> In diesen Fällen droht dem benachteiligenden Arbeitgeber ein Schadensersatzanspruch zumindest in Höhe der Vergütung für die bereits laufende Saison.

Allerdings gestaltet sich die Geltendmachung eines Verdienstausschadens in der Praxis als überaus schwierig. Um einen entgangenen Entgeltanspruch im Rahmen einer Einstellung erfolgreich geltend machen zu können, muss der Betroffene nachweisen, dass er die Stelle bei einer benachteiligungsfreien Auswahl auch tatsächlich erhalten hätte und insofern der sogenannte bestqualifizierte Bewerber war.<sup>1470</sup> Die Darlegungs- und Beweislast trägt hierfür allein der Betroffene.<sup>1471</sup> Der Beweis, von allen Bewerbern der Bestgeeigneste zu sein, gelingt nur den wenigsten Bewerbern.<sup>1472</sup> In Fällen, in welchen der Beweis nicht gelingt, kommt allerdings eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von maximal drei Monatsgehältern in Betracht.<sup>1473</sup> In Anbetracht der hohen Gehäl-

<sup>1466</sup> Auf die durchschnittliche Beschäftigungsdauer im jeweiligen Beruf stellen Ansichten im Schrifttum bereits bei der Grundproblematik der zeitlichen Beschränkung des Verdienstausschadens ab; vgl. hierzu ausführlich Wagner/Potsch, JZ 2006, S. 1085, 1096.

<sup>1467</sup> Im Fußball sind beispielsweise 3-Jahresverträge, im Basketball oftmals nur 1-Jahresverträge üblich.

<sup>1468</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 30 zu § 15.

<sup>1469</sup> Zu dieser Problematik auch Hey, AGG, 2009, RN 54 zu § 15.

<sup>1470</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 26 zu § 15; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 24 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 25 zu § 15.

<sup>1471</sup> Düwell, BB 2006, S. 1741, 1744; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 25 zu § 15.

<sup>1472</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 24 zu § 15; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 17 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 59 zu § 15.

<sup>1473</sup> Hey, AGG, 2009, RN 55 zu § 15.

ter einiger Spitzensportler, stellt dieser Entschädigungsanspruch – hierzu später mehr – eine ebenfalls wirksame Sanktionsmöglichkeit dar.

[2]. *Vertretenmüssen, § 15 Abs. 1 S. 2 AGG*

Eine Schadensersatzpflicht trifft den Arbeitgeber nach § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG allerdings nur, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Dabei wird ein Verschulden, ähnlich wie bei § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, zunächst vermutet.<sup>1474</sup>

[a]. *Pflichtverletzungen des Arbeitgebers*

Im Schrifttum ist umstritten, ob eine verschuldensabhängige Haftung bei eigenen Verstößen des Arbeitgebers europarechtskonform ist.<sup>1475</sup> Nach vorherrschender Ansicht haftet ein Arbeitgeber bei einem eigenen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot jedoch zumindest dann, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.<sup>1476</sup> Nach der Gesetzesbegründung beurteilt sich das Vertretenmüssen insbesondere nach den §§ 276 Abs. 1 und 2, 278 BGB.<sup>1477</sup> Der Arbeitgeber haftet somit grundsätzlich für eigenes Verschulden und das von Erfüllungsgehilfen, wobei nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB bereits leichte Fahrlässigkeit ausreichend ist.<sup>1478</sup>

Nach Ansichten im Schrifttum kann sich ein Arbeitgeber allerdings auch dann im Sinne von § 15 Abs. 1 AGG schadensersatzpflichtig machen, wenn er die in § 12 AGG genannten Pflichten schuldhaft verletzt.<sup>1479</sup> Eine schuldhafte Verletzung droht dort, wo der Arbeitgeber die Umsetzung der Handlungspflichten nach § 12 AGG vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt.<sup>1480</sup> In diesen Fällen haftet der Arbeitgeber aus eigenem Organisationsverschulden.<sup>1481</sup> Im Hinblick auf die Reaktionspflichten nach § 12 Abs. 3 und 4 AGG wird man ein Vertretenmüssen allerdings erst bei einem Zweitverstoß annehmen können.<sup>1482</sup> Denn dort wird in den allermeisten Fällen eine Verpflichtung des Arbeitgebers zum Einschreiten erst durch das Bekanntwerden des Erstverstoßes ausgelöst. Anders

<sup>1474</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 11 zu § 15.

<sup>1475</sup> Bejahend Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 15 zu § 15; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 11 zu § 15; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 21 zu § 15; Richardi, NZA 2006, S. 881, 885; kritisch Hey, AGG, 2009, RN 26 ff. zu § 15; ablehnend Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 7 ff. zu § 15; Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 30 zu § 15.

<sup>1476</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 7 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 15 zu § 15; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 11 zu § 15; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 21 zu § 15; Richardi, NZA 2006, S. 881, 885.

<sup>1477</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

<sup>1478</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 13 zu § 15.

<sup>1479</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 12; Bezani/Richter, AGG, 2006, RN 381; Rust/Falke, AGG, 2007, RN 4 zu § 12; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 152, RN 208; a.A. Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 55 zu § 12; wohl auch Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 52 zu § 12.

<sup>1480</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 17 zu § 15.

<sup>1481</sup> Däubler/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 137 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 17 zu § 15.

<sup>1482</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18, 28 und 31 zu § 12; Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, S. 62, RN 146.

stellt sich die Angelegenheit dar, wenn der Erstverstoß offensichtlich durch präventive Maßnahmen nach § 12 Abs. 1 AGG verhindert hätte werden können oder der Erstverstoß zu erwarten war.<sup>1483</sup>

*[b]. Pflichtverletzungen durch Dritte*

Im Schrifttum wird ferner vertreten, dass der Arbeitgeber nach § 15 Abs. 1 AGG für Verstöße haftet, die durch einen Dritten begangen wurden.<sup>1484</sup> Im Grunde genommen handelt es sich jedoch um eigenes (Organisations-) Verschulden des Arbeitgebers.<sup>1485</sup> Insofern kann auf die obigen Ausführungen zu den Pflichtverletzungen des Arbeitgebers verwiesen werden. Kurz zusammengefasst lässt sich jedoch die Aussage treffen, dass ein Arbeitgeber immer dann für einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot durch einen Dritten haftet, wenn er den Verstoß in schuldhafter Weise – etwa durch die Nichterfüllung seiner Pflichten nach § 12 AGG – mit verursacht hat. Erfüllt ein Arbeitgeber seine konkreten Handlungspflichten nach § 12 AGG nicht, so haftet er aufgrund eigenen Organisationsverschuldens auf Schadensersatz und Entschädigung nach § 15 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AGG auch dann, wenn die eigentliche Benachteiligungshandlung durch einen anderen Beschäftigten oder eine Dritten begangen wird.<sup>1486</sup> Dieses Ergebnis ist nicht zu beanstanden. Zum einen ist zu bedenken, dass die ursprüngliche Fassung des AGG gar eine verschuldensunabhängige Haftung für Pflichtverletzung für Diskriminierungen durch Dritte vorgesehen hatte.<sup>1487</sup> Die Streichung dieser Vorschrift bedeutet jedoch nicht, dass der Arbeitgeber für keinerlei Diskriminierungen durch Dritte einzustehen hat.<sup>1488</sup> Zum anderen hat es der Arbeitgeber durch das Ergreifen von präventiven und repressiven Maßnahmen selbst in der Hand, ob er für das Handeln eines Dritten in die Verantwortung gezogen wird. Die Ausführungen zu den umfangreichen Pflichten des Arbeitgebers nach § 12 AGG zeigen ferner, dass es sich in begründeten Haftungsfällen des Arbeitgebers nicht um eine Haftung für ein Fremdverschulden, sondern um eine Haftung für eigenes Organisationsverschulden handelt.

*[3]. Mögliche Haftungsfälle im Profisport*

Für den Profisport bedeutet dies, dass die dortigen Arbeitgeber einer Vielzahl von Haftungsfällen ausgesetzt sind.

Haftungsfälle auf Schadensersatz drohen beispielsweise, wenn sich Benachteiligungen durch „interne Täter“ wie Trainer, Betreuer oder Mannschaftskollegen ereignen und hiergegen keine geeigneten Maßnahmen zur Unterbindung weiterer Benachteiligungen

<sup>1483</sup> Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2008, S. 62, RN 146.

<sup>1484</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 12 zu § 15.

<sup>1485</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 12; Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2008, S. 62, RN 146.

<sup>1486</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 5 zu § 12.

<sup>1487</sup> Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2008, S. 61, RN 145; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 12 zu § 15.

<sup>1488</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 12 zu § 15.

getroffen werden (Verletzung der Reaktionspflicht). Für die Erstbegehung einer Benachteiligung haftet der Arbeitgeber hingegen mangels eines Vertretenmüssens nicht, wenn zuvor die erforderlichen präventiven Maßnahmen ergriffen wurden. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, von der Exkulpationsmöglichkeit des § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG Gebrauch zu machen, und die Beschäftigten im Sinne von § 12 Abs. 2 Satz 1 AGG zu schulen.<sup>1489</sup> Nur hierdurch kann sichergestellt werden, dass die Pflicht zur Ergreifung präventiver Maßnahmen nach § 12 Abs. 1 AGG erfüllt wird und eine Erstbegehung nicht zu einem Haftungsfall führt.

Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber können sich allerdings auch aufgrund von Benachteiligungen durch externe Dritte wie Fans, Zuschauer, Sponsoren, Konkurrenten etc. ergeben. Allerdings ist auch hier zwischen einer Erstbegehung und einer Wiederholung zu unterscheiden.<sup>1490</sup> Im normalen Berufsleben haftet ein Arbeitgeber für einen Erstverstoß durch einen betriebsfremden nicht, da dort kaum Möglichkeiten bestehen, prophylaktisch auf Kunden und Lieferanten zuzugehen und diesen Verhaltensvorschriften zu machen.<sup>1491</sup> Anders verhält es sich hingegen im Sport. Dort existieren mit der Stadionordnung, dem Verhaltenskodex, der Anweisung von Sicherheitspersonal und Aufklärungskampagnen, zahlreiche Möglichkeiten, um im Vorfeld präventiv gegenüber Dritten tätig zu werden.<sup>1492</sup> Im Profisport ist somit eine prophylaktische Einwirkung auf die Verhaltensweise von Dritten möglich, weshalb bereits ein Erstverstoß zu einem Schadensersatzanspruch führen kann, wenn präventive Schutzpflichten im Sinne von § 12 Abs. 1 AGG verletzt wurden. Hierzu muss zunächst dargelegt werden, dass die Benachteiligung durch das Ergreifen einer bestimmten präventiven Maßnahme hätte verhindert werden können. Für die Bejahung eines Verschuldens müsste allerdings ferner nachgewiesen werden, dass sich dem Arbeitgeber die Ergreifung dieser konkreten Maßnahme bereits im Vorfeld aufdrängen musste. Dieser Nachweis wird in den seltensten Fällen gelingen. Zum einen steht dem Arbeitgeber bei der Beurteilung der erforderlichen präventiven Maßnahmen ein Ermessensspielraum zu.<sup>1493</sup> Zum anderen muss berücksichtigt werden, dass dem Arbeitgeber bei Benachteiligungen durch betriebsfremde Dritte die Exkulpationsmöglichkeit nach § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG verwehrt bleibt. Zur Vermeidung einer ausufernden Verpflichtung im Sinne von § 12 Abs. 1 AGG, ist ein Verschulden bei Erstverstößen daher nur anzunehmen, wenn sich der Ermessensspielraum aufgrund konkreter Umstände auf Null reduziert hat. Dies kann der Fall sein, wenn sich durch bestimmte Ereignisse im Vorfeld bereits ein Erstverstoß ankündigt und dieser durch bestimmte Maßnahmen verhindert werden kann.<sup>1494</sup> Hat hingegen bereits ein Erstverstoß durch einen Dritten stattgefunden, so haftet der Arbeitgeber, wenn er seine Re-

<sup>1489</sup> Zu den Schulungsmöglichkeiten im Sport siehe ausführlich unter IV. 1. b. bb. [3].

<sup>1490</sup> Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2008, S. 62, RN 146.

<sup>1491</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 28 zu § 12.

<sup>1492</sup> Vgl. hierzu ausführlich IV. 1. b.

<sup>1493</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 11 zu § 12; Rust/Falke, AGG, 2008, RN 8 zu § 12.

<sup>1494</sup> Z.B. Anweisung des Sicherheitspersonals zur Abnahme von Transparenten bzw. Zurverfügungstellung von Schutzpersonal nach einem Coming-Out eines Fußballspielers.

aktionspflichten nach § 12 Abs. 4 AGG verletzt.<sup>1495</sup> Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Verein trotz bereits erfolgten Benachteiligungen keine oder nur ungenügende Maßnahmen im Stadion ergreift, um weitere Benachteiligungen durch Fans zu unterbinden.<sup>1496</sup>

Auch die Benachteiligung durch einen Verband kann eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers zur Folge haben. Benachteiligt ein Verband einen Athleten bei der Ausübung seiner Tätigkeit wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, so ist Arbeitgeber nach § 12 Abs. 4 AGG gezwungen, Maßnahmen zum Schutz des Athleten zu treffen.<sup>1497</sup> Zwar ist der Arbeitgeber nicht gezwungen, Verbandsvorgaben zu beseitigen.<sup>1498</sup> Als zumutbare Maßnahmen im Sinne von § 12 Abs. 4 AGG kommt jedoch in Betracht, dass der Verein den Verband auf Prüfung der Rechtslage und gegebenenfalls auf Abänderung der Vorgaben drängt; zumindest hat der Arbeitgeber Abhilfemöglichkeiten zu prüfen und zu verfolgen.<sup>1499</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang ferner, dass der Arbeitgeber selbst eine Benachteiligung begeht, wenn er diskriminierende Verbandsvorgaben anwendet. Zu einer Schadensersatzpflicht gelangt man jedoch auch hier nur, wenn ein Vertretenmüssen des Arbeitgebers vorliegt. Für ein solches wäre es erforderlich, dass der Arbeitgeber die Unzulässigkeit der Verbandsvorgaben tatsächlich kennt oder kennen muss. Ist der Verstoß nicht offensichtlich, und teilt der Verband nach einer Beanstandung des Vereins mit, dass die Verbandsvorgaben zulässig und somit wirksam sind, kann man einem Verein schwerlich einen Vorwurf machen. Anders stellt sich der Sachverhalt dar, wenn der Sportler eine rechtskräftige Entscheidung über die Wirksamkeit der Verbandsvorgaben erwirkt hat.<sup>1500</sup>

Zuletzt ist zu beachten, dass § 15 Abs. 1 AGG im Gegensatz zu § 15 Abs. 2 AGG keine Obergrenze für den erstattungsfähigen Schaden beinhaltet. Somit drohen in Anbetracht der teilweise sehr hohen Gehälter im Spitzensport mitunter hohe Schadensersatzsummen. Wegen den Besonderheiten des Einstellungsverfahrens im Sport – in aller Regel gehen die Offerten von den Arbeitgebern aus – gestaltet sich im Profisport der Beweis, der qualifizierteste Bewerber zu sein, einfacher. So ist es im Profifußball üblich, dass Vereine aktiv auf Spieler zugehen und Angebote unterbreiten, weshalb ein Verein im Nachhinein nur schwer argumentieren kann, dass der Spieler trotz des eigenen Angebotes nicht eingestellt worden wäre. Ferner sind Diskriminierungsfälle bekannt, in welchen der Vertrag bereits unterschriftsreif war und es nach Bekanntwerden eines Diskriminierungsmerkmals nach § 1 AGG allein aus diesen Gründen nicht zu einer Unterzeichnung gekommen ist. In derart gelagerten Fällen wird den betroffenen Athleten der Beweis gelingen, dass sie ohne den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot eingestellt worden wären. Auch wenn in rechtlicher Hinsicht wegen der Üblichkeit von befristeten Arbeitsverhält-

<sup>1495</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 28 zu § 12.

<sup>1496</sup> Z.B. wenn trotz Vorfällen kein geschultes Sicherheitspersonal eingesetzt wird bzw. keinerlei Anweisungen erfolgen.

<sup>1497</sup> Vgl. hierzu IV. 1. b. dd. [2].

<sup>1498</sup> Vgl. hierzu ausführlich III. 4. b. aa. [3]. [c].

<sup>1499</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 66 zu § 15.

<sup>1500</sup> Vgl. hierzu III. 4. b. bb. [3]. [a].

nissen im Sport grundsätzlich der Verdienstausschaden für die gesamte Vertragslaufzeit geltend gemacht werden kann, so wird ein Schadensersatzanspruch auf die volle Vergütung wegen der Obliegenheit zur Schadensminderung in der Praxis allerdings nur in Ausnahmefällen begründet sein.<sup>1501</sup>

*bb. Entschädigung, § 15 Abs. 2 AGG*

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann ein Beschäftigter nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG ferner eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Dabei darf nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wären.

Im Gegensatz zu § 15 Abs. 1 AGG schuldet der Arbeitgeber mit § 15 Abs. 2 AGG nicht den Ersatz des materiellen, sondern des immateriellen Schadens.<sup>1502</sup>

*[1]. Allgemein*

Bei § 15 Abs. 2 AGG handelt es sich um eine Rechtsfolgenregelung im Sinne einer Haftungsausfüllung, weshalb für die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Entschädigung zu leisten ist, grundsätzlich auf § 15 Abs. 1 AGG zurückzugreifen ist.<sup>1503</sup>

*[a]. Verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers*

Nach herrschender Auffassung im Schrifttum ist im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG allerdings kein Verschulden des Arbeitgebers notwendig; vielmehr ist § 15 Abs. 2 AGG verschuldensunabhängig ausgestaltet.<sup>1504</sup> Auf ein Verschulden kommt es auch bei der Haftung des Arbeitgebers für Verstöße durch Dritte nicht an.<sup>1505</sup> Dies darf aber nicht zu der Annahme führen, dass der Arbeitgeber immer für Verstöße durch Dritte haften muss. Vielmehr bedarf es für einen begründeten Entschädigungsanspruch zunächst immer einer Pflichtverletzung des Arbeitgebers. Eine solche Pflichtverletzung liegt bei Verstößen durch Dritte jedoch – wie auch bei § 15 Abs. 1 AGG – nur vor, wenn der Arbeitgeber seine Handlungspflichten nach § 12 AGG verletzt oder ihm das Fehlverhalten eines Dritten über § 31 bzw. § 278 BGB zugerechnet wird.<sup>1506</sup>

<sup>1501</sup> So wird ein - bei der Einstellung benachteiligter - Fußballprofi zwar unter Umständen für die anstehende Saison keinen anderen Arbeitgeber mehr finden; jedoch für die darauffolgende Saison muss er sich um einen neuen Vertrag bemühen; zur Schadensminderungspflicht ferner Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 30 zu § 15.

<sup>1502</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 1 zu § 15.

<sup>1503</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 35 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 31 zu § 15.

<sup>1504</sup> Däubler/Bertzsch, AGG, 2008, RN 58 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 32 zu § 15; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 33 zu § 15; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 34 zu § 15; Schiek, AGG, 2007, RN 27 zu § 15; Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2583, 2589; Hey, AGG, 2009, RN 61 zu § 15; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 46 zu § 15; Richardi, NZA 2006, S. 881, 885.

<sup>1505</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, 2008, RN 33 zu § 15.

<sup>1506</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 45 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, 2008, RN 33 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 72 zu § 15.

*[b]. Bemessung der Entschädigung*

Wie sich der Gesetzesbegründung entnehmen lässt, ist § 15 Abs. 2 AGG eine Sondervorschrift im Sinne von § 253 BGB.<sup>1507</sup> Mit § 15 Abs. 2 AGG kann demnach der nach § 253 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht erstattungsfähige, immaterielle Schaden geltend gemacht werden, der durch einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot entsteht. Dabei gilt die Besonderheit, dass entsprechend der Gesetzesbegründung bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ein immaterieller Schaden grundsätzlich immer vermutet wird.<sup>1508</sup> Der immaterielle Schaden gründet bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot dabei regelmäßig in der Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wobei die Folgen des Verstoßes nicht die Schwere einer Persönlichkeitsverletzung erreichen müssen.<sup>1509</sup>

Die Höhe der Entschädigung ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles durch das jeweils zuständige Gericht zu bemessen und muss angemessen sein.<sup>1510</sup> Einen wichtigen Anhaltspunkt bilden hierbei die von den Zivilgerichten zugebilligten Schmerzensgeldbeträge bei Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>1511</sup> Zu beachten ist, dass die Gesetzesbegründung in diesem Zusammenhang auf die ständige Rechtsprechung des EuGH hinweist, wonach eine Entschädigung zur Gewährleistung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes geeignet sein muss, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu haben.<sup>1512</sup> Demnach soll eine erhöhte Entschädigung geboten sein, wenn ein Beschäftigter aus mehreren Gründen unzulässig benachteiligt oder belästigt wird.<sup>1513</sup> Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung sind im Rahmen der gerichtlichen Ermessensentscheidung aber auch folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:<sup>1514</sup>

- Erhaltene Genugtuung: Je nach der Art des Verstoßes kann eine Berichterstattung über die Benachteiligung in den Medien oder eine öffentliche Diskussion entschädigungsmindernd bzw. erhöhend sein.
- Ausgleich eines materiellen Schadens: Ist der Arbeitgeber bereits zu einem Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG verpflichtet, kann sich dies auf den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG mindernd auswirken.

<sup>1507</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

<sup>1508</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38; so auch Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 15; Däubler/Bertzsch, AGG, 2008, RN 51 zu § 15; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 39 zu § 15; a.A. Hey, AGG, 2009, RN 75 ff. zu § 15.

<sup>1509</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 37 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 34 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 74 zu § 15; a.A. BAG NZA 2009, S. 945.

<sup>1510</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

<sup>1511</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 35 zu § 15.

<sup>1512</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38; EuGH, Urteil vom 22.4.1997 – C-180/95 = NJW 1997, S. 1839.

<sup>1513</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

<sup>1514</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 44 ff. zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 36 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 78 ff. zu § 15.

- Geleistete Wiedergutmachung: Leistungen mit dem Ziel, eine erlittene Benachteiligung auszugleichen oder wieder gutzumachen, können entschädigungsmindernd berücksichtigt werden; z.B. öffentliche Entschuldigung des Arbeitgebers.
- Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers: Obwohl die Haftung nach § 15 Abs. 2 AGG verschuldensunabhängig ist, kann die Höhe der Entschädigung vom Grad des Verschuldens (leichte, mittlere oder grobe Fahrlässigkeit, bedingter und direkter Vorsatz, Absicht) des Arbeitgebers abhängen.
- Höhe der Vergütung: Die Vergütung ist nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG eine zulässiges Anknüpfungskriterium für die Bestimmung der Entschädigungshöhe.
- Art und Schwere der Benachteiligung: Berücksichtigung von Dauer, Intensität und Folgen der Benachteiligung.
- Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers: Ähnlich wie bei der Schmerzensgeldermittlung nach § 253 BGB, ist auch im Rahmen von § 15 Abs. 2 AGG die Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers zu berücksichtigen.

Teils wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, die Entschädigung pauschal mit zwei Monatsgehältern pro Benachteiligung festzusetzen.<sup>1515</sup> Diese starre Bemessung ist jedoch nicht einzelfallbezogen, weshalb diese pauschale „Faustregel“ überwiegend abgelehnt wird.<sup>1516</sup>

Für den Fall der Nichteinstellung normiert § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG eine Obergrenze, wonach der Entschädigungsanspruch auf drei Monatsgehälter begrenzt ist, wenn der Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. In der Praxis findet die Begrenzung immer dann Anwendung, wenn der Beweis, bestqualifizierter Bewerber zu sein, nicht gelingt und aus diesen Gründen ein Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG ausscheidet.<sup>1517</sup>

## [2]. Bedeutung im Profisport

Den wichtigsten Anwendungsfall von § 15 Abs. 2 AGG bildet im normalen Berufsleben die Ablehnung eines Bewerbers.<sup>1518</sup> Anders stellt sich die Situation im Profisport dar.

Zwar sind auch dort Anwendungsfälle im Zusammenhang mit dem Einstellungsverfahren denkbar. So zum Beispiel, wenn ein Fußballprofi während den Vertragsverhandlungen sein Coming-Out bekannt gibt und allein aus diesen Gründen ein Vertrag nicht zustande kommt. Es ist jedoch zu erwarten, dass ein derart offenes Bekenntnis nur in den seltensten Fällen stattfinden wird. Zu groß sind die Ängste von Berufssportlern, nach einem derartigen Geständnis diskriminiert zu werden. Zudem existieren typische Bewerbungsverfahren, wie sie alltäglich im normalen Berufsleben stattfinden, im Pro-

<sup>1515</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 82 zu § 15.

<sup>1516</sup> Hey, AGG, 2009, RN 82 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 35 zu § 15.

<sup>1517</sup> Hey, AGG, 2009, RN 55 zu § 15.

<sup>1518</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 41 zu § 15; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 52 zu § 15.



fisport nicht. Aus diesen Gründen wird der Anwendungsbereich in diesem Zusammenhang eher gering ausfallen.

Praxisrelevant könnten im Profisport allerdings Belästigungen im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG werden, welche darauf abzielen, die Würde des Betroffenen zu verletzen. Dies gerade deswegen, da für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht zwingend erforderlich ist, dass die Folgen der Benachteiligung die Schwere einer Persönlichkeitsverletzung erreichen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an öffentliche Anfeindungen von Trainern, Funktionären, Mitspielern, Konkurrenten oder Fans. Etwa, wenn sich ein Trainer, Funktionär oder Mitspieler, in einer Pressekonferenz wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes beleidigend über einen Spieler äußert. Ferner, wenn erniedrigende Hasslieder von Fans angestimmt werden oder der Spieler gar von diesen bedroht wird. Freilich ist für einen begründeten Entschädigungsanspruch zunächst eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers erforderlich. Diesbezüglich gelten die Ausführungen zum Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG entsprechend. Allerdings verlangt § 15 Abs. 2 AGG nach herrschender Ansicht kein Verschulden, weshalb dort ein deutlich höheres Haftungsrisiko für Arbeitgeber im Sport besteht. Auf eine Unterscheidung zwischen einem Erst- und Zweitverstoß kommt es somit bei einem Entschädigungsanspruch nicht an. Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ist beachten, dass in den soeben genannten Beispielfällen die Obergrenze des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht gilt. Berücksichtigt man, dass wegen der Medienwirksamkeit und der öffentlichen Verbreitung der Diffamierung die Benachteiligung besonders schwer wiegt, und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einiger Vereine immens hoch ist, so drohen den Arbeitgebern im Profisport teils hohe Entschädigungssummen. Allerdings besteht dort wegen der Medienwirksamkeit gerade auch durch öffentliche Stellungnahmen – sofern diese ernst gemeint sind – die Möglichkeit, die Entschädigungshöhe zu mindern. Ferner kann der Grad des Verschuldens für die Höhe der Entschädigung ausschlaggebend sein. Hat sich ein Verein redlich – jedoch im Ergebnis ungenügend – gegen Diskriminierungen engagiert, so kann dieser Umstand bei der Bemessung der Entschädigungshöhe mindernd berücksichtigt werden.

*cc. Frist zur Geltendmachung, § 15 Abs. 4 AGG*

Gem. § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn,

die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Es handelt sich hierbei um eine materielle Ausschlussfrist.<sup>1519</sup> Die Frist beginnt nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung, und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

Nach überwiegender Ansicht im Schrifttum, gilt § 15 Abs. 4 AGG über seinen Wortlaut hinaus auch für Ansprüche nach allgemeinen Rechtsvorschriften (z.B. §§ 280 Abs. 1, 823, 1004 BGB), die im Zusammenhang mit einer Diskriminierung geltend gemacht werden.<sup>1520</sup> Abweichende tarifvertragliche Regelung existieren in Deutschland für den Profisport nicht, weshalb ein betroffener Athlet seine Ansprüche somit innerhalb der zweimonatigen Frist schriftlich – Einhaltung der „einfachen“ Textform genügt<sup>1521</sup> – gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen hat, sofern er diese nicht verlieren will.

#### **d. Ansprüche aus anderen Rechtsvorschriften, § 15 Abs. 5 AGG**

Unter Umständen können dem Betroffenen neben Ansprüchen aus dem AGG auch Ansprüche aus allgemeinen Rechtsvorschriften wie den §§ 280, 823, 1004 BGB zustehen.<sup>1522</sup> § 15 Abs. 5 AGG stellt dabei klar, dass diese aus allgemeinen Rechtsvorschriften resultierenden Ansprüche neben den Ansprüchen nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG geltend gemacht werden können.<sup>1523</sup> Diese Arbeit beschränkt sich auf unmittelbare Ansprüche aus dem AGG, weshalb weitere Ausführungen zu Ansprüchen aus allgemeinen Rechtsvorschriften unterbleiben.

#### **e. Maßregelungsverbot, § 16 AGG**

Um eine diskriminierungsfreie Wahrnehmung von Rechten nach dem AGG sicherzustellen, sieht § 16 Abs. 1 Satz 1 AGG ein Maßregelungsverbot für den Arbeitgeber vor. Hiernach darf ein Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach den §§ 13 bis 15 AGG, oder wegen der Weigerung, eine gegen das Benachteiligungsverbot verstoßende Anweisung auszuführen, benachteiligen. § 16 Abs. 1 Satz 1 AGG enthält insofern ein eigenes, allgemeines Benachteiligungsverbot, weshalb § 16 AGG im Schrifttum als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB angesehen wird.<sup>1524</sup> Ein betroffener Athlet muss daher keine Sanktionen fürchten, wenn er von seinen Rechten nach dem AGG Gebrauch macht. Ergreift ein Arbeitgeber dennoch gegen das Maß-

<sup>1519</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 67 zu § 15.

<sup>1520</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 74; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 49 zu § 15; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 65 zu § 15; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 69 zu § 15; Bauer/Evers, NZA 2006, S. 893, 897; Hey, AGG, 2009, RN 117 zu § 15; a.A. Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 97 zu § 15.

<sup>1521</sup> So BAG NJW 2001, S. 989 zu den tariflichen Ausschlussfristen.

<sup>1522</sup> Vgl. hierzu ausführlich Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 65 ff. zu § 15; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 101 zu § 15.

<sup>1523</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 65 zu § 15.

<sup>1524</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 3 zu § 16; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 4 zu § 16; Schiek, AGG, 2007, RN 17 zu § 16.

regelungsverbot verstoßende Sanktionen, wie z.B. Kündigung, Abmahnung oder Versetzung, so sind diese Maßnahmen nach § 16 Abs. 1 AGG unwirksam bzw. rechtswidrig.<sup>1525</sup>

Vom Maßregelungsverbot des § 16 Abs. 1 AGG werden allerdings nicht nur alle Beschäftigten des Arbeitgebers geschützt.<sup>1526</sup> Als flankierende Schutzvorschrift erweitert § 16 Abs. 1 Satz 2 AGG den Schutzbereich zusätzlich für Personen, die den Beschäftigten unterstützen, oder als Zeuginnen oder Zeugen aussagen.<sup>1527</sup> Als Unterstützung ist dabei jede konkrete Handlung zu verstehen, die dem Betroffenen hilft, seine Rechte aus dem AGG wahrzunehmen.<sup>1528</sup> Dies kann die Aufklärung des Betroffenen über seine Rechte, die Artikulierung der Rechte gegenüber dem Arbeitgeber, oder die Abwehr von benachteiligenden Handlungen sein.<sup>1529</sup> Im Bereich des Profisports ist etwa denkbar, dass ein Mitspieler einen Diskriminierungsvorfall - z.B. im Rahmen einer Traineransprache in der Kabine – bezeugt. Aber auch sonstige Unterstützungshandlungen, wie etwa die Wortergreifung zugunsten des Benachteiligten in Mannschaftsbesprechungen oder deeskalierendes Dazwischentreten bei Ausschreitungen zwischen Mannschaftskollegen, Trainer oder Fans, sind denkbare Szenarien. In derartigen Fällen darf der Arbeitgeber in Hinblick auf § 16 Abs. 1 Satz 2 AGG keine nachteiligen Konsequenzen für den Unterstützer ziehen. Tut er dies dennoch, so kann sich der Unterstützer mit Hilfe des allgemeinen Benachteiligungsverbot nach § 16 Abs. 1 AGG zur Wehr setzen.

Schutz erfahren Betroffene, Zeugen und Unterstützer, ferner durch die Verweisung des § 16 Abs. 3 AGG auf die Beweislasterleichterung des § 22 AGG. Durch die entsprechende Anwendung der Beweislastregelung des § 22 AGG müssen nur ausreichende Indizien vorgetragen werden, die eine Benachteiligung wegen der Inanspruchnahme von Rechten, der Weigerung der Ausführung einer Anweisung, einer darauf gerichteten Unterstützungshandlung oder einer entsprechenden Zeugenaussage, vermuten lassen.<sup>1530</sup> Gelingt dies, so trägt allein der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass die streitgegenständliche Personalmaßnahme gerade nicht in diesem Zusammenhang erfolgt ist.<sup>1531</sup>

#### **f. Inanspruchnahme der Antidiskriminierungsstelle, § 27 AGG**

Ist eine Person der Ansicht, wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt worden zu sein, so steht ihr ferner nach § 27 Abs. 1 AGG das Recht zu, sich an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes zu wenden. Die Inanspruchnahme bedarf dabei weder einer bestimmter Form, noch der Einhaltung einer Frist.<sup>1532</sup> Durch die Inan-

<sup>1525</sup> Hey, AGG, 2009, RN 8 zu § 16; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 33 zu § 16; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 15 zu § 16.

<sup>1526</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 7 zu § 16.

<sup>1527</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 16.

<sup>1528</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 11 zu § 16; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 16.

<sup>1529</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 11 zu § 16; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 10 zu § 16.

<sup>1530</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 19 zu § 16; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 29 zu § 16.

<sup>1531</sup> Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 41 zu § 16; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 30 zu § 16.

<sup>1532</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 8 zu § 27.

spruchnahme kann der Betroffene von der Unterstützungs- und Ombudsfunktion der Antidiskriminierungsstelle Gebrauch machen.<sup>1533</sup> So hat nach § 27 Abs. 2 Satz 1 AGG die Antidiskriminierungsstelle den Betroffenen auf unabhängige Weise bei der Durchsetzung seiner Rechte zum Schutz vor Benachteiligungen zu unterstützen. Eine Konkretisierung der Unterstützungsaufgaben erfolgt dabei durch § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 AGG.<sup>1534</sup> Hiernach kann sie über Ansprüche und Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens im Rahmen der gesetzlichen Regelungen zum Schutz vor Benachteiligungen informieren (§ 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AGG). Über die allgemeine Beratung hinaus, kann sie ferner eine einzelfallbezogene Betreuung durch die Vermittlung an andere Stellen gewährleisten (§ 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AGG). Die Antidiskriminierungsstelle kann aber auch eine gütliche Beilegung zwischen den Beteiligten anstreben (§ 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 AGG).

Für den Bereich des gut bezahlten Profisports könnte man zunächst annehmen, dass die Inanspruchnahme von Diskriminierungsstellen nur in den seltensten Fällen erfolgen wird. Immerhin soll die Antidiskriminierungsstelle vor allem sicherstellen, dass sich Personen auch dann gegen eine unzulässige Benachteiligung wehren können, wenn sie sich keinen professionellen Rechtsschutz leisten können.<sup>1535</sup> Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die gütliche Beilegung der Streitigkeiten eine der wesentlichsten Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle nach § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 AGG darstellt. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass eine einvernehmliche Konfliktbereinigung im Interesse aller Beteiligten ist, und den Betroffenen eine praktische Verbesserung der Situation wichtiger ist, als ein möglicherweise langwieriger Rechtsstreit mit unsicherem Ausgang.<sup>1536</sup> Bei einer Dialog- und Kooperationsbereitschaft der Beteiligten soll die Antidiskriminierungsstelle daher vor allem von ihrem Recht nach § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 AGG Gebrauch machen.<sup>1537</sup> Gerade im Profisport ist die Bereitschaft zu außergerichtlichen Einigungen besonders hoch. Dies liegt zum einen daran, dass dort die Arbeitgeber in aller Regel wegen der Medienwirksamkeit negative Schlagzeilen vermeiden wollen. Zum anderen existieren im Profisport wenige Präzedenzfälle, weshalb vor allem dort lange und unsichere Verfahren drohen. Mit der Inanspruchnahme der Antidiskriminierungsstelle kann hingegen ein Verfahren – von einem solchen kann wegen § 28 Abs. 1 AGG gesprochen werden, da die Antidiskriminierungsstelle zur Einholung von Stellungnahmen von den Beteiligten befugt ist – ohne Kostenrisiko in Gang gebracht werden, das eine solche außergerichtliche Einigung zum Gegenstand hat. Die Inanspruchnahme der Antidiskriminierungsstelle kann daher in vielen Fällen als taktisches Mittel angewendet werden, wenn der benachteiligte Athlet eine rasche und außergerichtliche Erledigung der Angelegenheit ohne hohes Prozessrisiko wünscht.

<sup>1533</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 3 zu § 27; BT-Drucks. 16/1780, S. 50 und S. 51.

<sup>1534</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 7 zu § 25 – 30.

<sup>1535</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 9 zu § 27.

<sup>1536</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 50.

<sup>1537</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 50.

## g. Klageerhebung

Trotz der hohen Bereitschaft im Sport, Streitigkeiten außergerichtlich beizulegen, werden manche benachteiligte Sportler dennoch gezwungen sein, ihre Ansprüche gerichtlich durchzusetzen.

### aa. Rechtsweg

Auf welchem Rechtsweg die Ansprüche geltend zu machen sind, hängt dabei maßgeblich von der Art des Anspruches und dem jeweiligen Anspruchsgegner ab.

#### [1]. Arbeitgeber

Anspruchsgegner und Verpflichteter im Sinne des AGG ist wegen dem persönlichen Anwendungsbereich nach § 6 Abs. 2 AGG und der Nennung in den §§ 12 und 15 AGG lediglich der Arbeitgeber. Da sich Ansprüche auf Schadensersatz (§ 15 Abs. 1 AGG), Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG) oder auf ein Einschreiten (§ 12 AGG) demnach nur gegen den Arbeitgeber richten können, sind diese Ansprüche wegen § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG ausschließlich vor deutschen Arbeitsgerichten geltend zu machen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass mittlerweile in beinahe jeder Sportart eine eigene Sport- und Verbandsgerichtsbarkeit - meist in Form von Schiedsgerichten - existiert.<sup>1538</sup> Arbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber können nur im Rahmen der §§ 4, 101 ArbGG durch ein Schiedsgericht geklärt werden. § 101 ArbGG stellt dabei den Grundsatz auf, dass die Schiedsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht grundsätzlich ausgeschlossen und nur ausnahmsweise bei einer Absicherung durch Tarifverträge zulässig ist.<sup>1539</sup> In Deutschland gibt es im Bereich des Sports allerdings keine Tarifverträge, weshalb Schiedsvereinbarungen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten unzulässig sind.<sup>1540</sup> Benachteiligte Sportler können somit ihre Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und dem AGG gegen ihren Arbeitgeber direkt vor staatlichen Arbeitsgerichten geltend machen.

#### [2]. Dritte

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der benachteiligte Sportler gegen diskriminierende Dritte vorgehen will.

Hier ist zunächst zu beachten, dass sich grundsätzlich keine Ansprüche aus dem AGG gegen Dritte ergeben.<sup>1541</sup> Das AGG enthält insofern keine Regelung zur Haftung von Dritten.<sup>1542</sup> Unmittelbare Ansprüche gegen Dritte können allenfalls aus anderen Rechtsvor-

<sup>1538</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 207 ff.; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 87, RN 67.

<sup>1539</sup> Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 2009, RN 33 zu § 101.

<sup>1540</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 573, RN 152.

<sup>1541</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6 und RN 7 zu § 7; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 145 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7.

<sup>1542</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 228, RN 558.

schriften, etwa aus Delikt nach §§ 823 ff. BGB, resultieren.<sup>1543</sup> Für diese zivilrechtlichen Ansprüche ist in aller Regel der Rechtsweg vor die ordentlichen Gerichten gem. §§ 12 und 13 GVG eröffnet, sofern keine Schiedsvereinbarungen getroffen wurden.

Handelt es sich bei dem Dritten um einen benachteiligenden Verband, so gilt die Besonderheit, dass der Sportler zunächst vor dem jeweiligen Verbandsgericht gegen die benachteiligende Verbandsvorgabe bzw. Verbandsentscheidung vorzugehen hat.<sup>1544</sup> Die Überprüfung des Verbandsrechtes durch staatliche Gerichte ist wegen der Verbandsautonomie nach Art. 9 GG nur subsidiär und eingeschränkt möglich.<sup>1545</sup> Die Überprüfung von staatlichen Gerichten ohne vorherige Ausschöpfung der verbandsinternen Rechtsbehelfe ist nur ausnahmsweise möglich, wenn das Beschreiten des verbandsinternen Rechtsbehelfs im konkreten Fall unzumutbar wäre.<sup>1546</sup> Eine Unzumutbarkeit könnte sich beispielsweise im Zusammenhang mit dem AGG im Hinblick mit den Geltendmachungsfristen nach § 15 Abs. 4 AGG und § 61 b Abs. 1 ArbGG ergeben. Einschränkungen ergeben sich ferner bei der Kontrolldichte staatlicher Gerichte. So darf ein staatliches Gericht wegen der Verbandsautonomie nach Art. 9 GG nur die Einhaltung der Verfahrensvorschriften und die Tatsachengrundlage überprüfen.<sup>1547</sup> Das Verbandsrecht selbst darf nur anhand des allgemeinen Kontrollmaßstabes der §§ 134, 138 BGB sowie auf Billigkeit nach § 242 BGB geprüft werden.<sup>1548</sup> Im Hinblick auf Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot ist dies jedoch nicht weiter problematisch, da § 7 Abs. 1 AGG im Schrifttum als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB anerkannt ist.<sup>1549</sup> Somit können Verbandsvorgaben auch vor ordentlichen Gerichten im Rahmen von §§ 134, 138 BGB dahingehend überprüft werden, ob sie der gesetzlichen Wertentscheidungen des AGG entsprechen.

*bb. Frist, § 61 b Abs. 1 ArbGG*

Möchte der Betroffene einen Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch gerichtlich geltend machen, so hat er neben § 15 Abs. 4 AGG, ferner die Ausschlussfrist des § 61 b Abs. 1 ArbGG zu beachten.<sup>1550</sup> Hiernach muss eine Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden. Im Zusammenspiel mit § 15 Abs. 4 AGG resultiert hieraus eine zweistufige Ausschlussfrist, weshalb nach spätestens fünf Monaten keine Ansprüche

<sup>1543</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 146 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 7.

<sup>1544</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 87, RN 67.

<sup>1545</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 88, RN 69.

<sup>1546</sup> BGH NJW 1988, S. 3159.

<sup>1547</sup> Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 91, RN 79.

<sup>1548</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007, S. 226, RN 312 ff.; Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006, S. 91, RN 79; Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, S. 102 und 103; BGHZ 105, S. 305, 320; 128, S. 93, 101.

<sup>1549</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 203, RN 493; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 31 zu § 7; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 20 zu § 7; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 6 zu § 7; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 3 zu § 7; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 1 zu § 7.

<sup>1550</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 67 zu § 15; a.A. Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 116 zu § 15.

mehr gegen den Arbeitgeber geltend gemacht werden können.<sup>1551</sup> Je nachdem, wann die schriftliche Geltendmachung erfolgte, kann die Geltendmachungs- und Klagefrist zusammen auch weniger als fünf Monate betragen.<sup>1552</sup> Entgegen dem Wortlaut erfasst nach überwiegender Ansicht im Schrifttum § 61 b Abs. 1 ArbGG – wie auch § 15 Abs. 4 AGG – neben Schadensersatzansprüchen nach § 15 Abs. 1 AGG auch die mit § 15 AGG in Anspruchskonkurrenz stehenden, sonstigen materiellen Schadensersatzansprüche nach anderen Rechtsvorschriften.<sup>1553</sup> Zur erfolgreichen Geltendmachung und Durchsetzung von Ansprüchen, die im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot im Sinne von § 7 Abs. 1 AGG stehen, ist daher stets auf die Einhaltung dieser Fristen zu achten.

*cc. Beweislast, § 22 AGG*

Von zentraler Bedeutung für die Gewährleistung des Diskriminierungsschutzes ist ferner § 22 AGG.<sup>1554</sup> Nach dieser Vorschrift muss der Beschäftigte im Streitfall lediglich Indizien darlegen und beweisen, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Gelingt dieser Indizienbeweis, so obliegt es dann dem Arbeitgeber zu beweisen, dass keine verbotene Benachteiligung vorliegt oder eine etwaige Benachteiligung nach den Vorgaben des AGG gerechtfertigt ist. Mit § 22 AGG sollen dabei Art. 8 der Richtlinie 2000/43/EG, Art. 10 der Richtlinie 2000/78/EG, Art. 9 der Richtlinie 2004/113/EG und Art. 4 der Richtlinie 97/80/EG umgesetzt werden.<sup>1555</sup> Danach müssen die Mitgliedsstaaten durch geeignete Maßnahmen gewährleisten, dass im Fall der „Glaubhaftmachung von Tatsachen“ durch den Anspruchsteller gegenüber Gerichten oder anderen zuständigen Stellen, nach denen eine Benachteiligung überwiegend wahrscheinlich erscheint, die jeweilige Gegenseite zu beweisen hat, dass keine Benachteiligung vorliegt.<sup>1556</sup> § 22 AGG versucht diese Anforderungen an einen effektiven Schutz vor Benachteiligungen durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast zu gewährleisten.<sup>1557</sup> Umfang und Tragweite von § 22 AGG sind allerdings im Schrifttum umstritten.<sup>1558</sup> Nach der herrschenden Ansicht modifiziert § 22 AGG die allgemeinen Regeln zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast dahingehend, dass der Anspruchsteller ausschließlich im Hinblick auf die Kausalität des Benachteiligungsgrunds nicht das übliche Beweismaß der vollen Überzeugung des Gerichts nach § 286 ZPO, sondern nur das herabgesetzte Beweismaß der Vermutung zu erbringen hat.<sup>1559</sup> Mit § 22 AGG erfolgt in erster Linie eine Verteilung der Beweislast nach

<sup>1551</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 63 zu § 15.

<sup>1552</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 59 zu § 15.

<sup>1553</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008, RN 62 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 57 zu § 15; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 71 zu § 15.

<sup>1554</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 1 zu § 22; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 1 zu § 22.

<sup>1555</sup> Hey, AGG, 2009, RN 1 zu § 22.

<sup>1556</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 22.

<sup>1557</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 1 zu § 22.

<sup>1558</sup> Hierzu ausführlich Hey, AGG, 2009, RN 32 ff. zu § 22.

<sup>1559</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 6 zu § 22; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 22; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 19 zu § 22.

Verantwortungsbereichen.<sup>1560</sup> Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der Motivationsgrund für eine Ungleichbehandlung in der Sphäre des Benachteiligenden liegt und somit für das Diskriminierungsopfer nur schwer nachvollziehbar ist. Insofern befindet sich der Benachteiligte regelmäßig in Beweisnot, da es sich bei der Motivation des Benachteiligenden um innere Tatsachen handelt, die dem Beweis nur schwer zugänglich sind.<sup>1561</sup> Aus diesem Grund hat der Benachteiligte nur Indizien darzulegen und zu beweisen, aus welchen sich Rückschlüsse auf die Motivation des Benachteiligenden ergeben.<sup>1562</sup>

Im Bereich des Sports ist dieser Indizienbeweis in vielfacher Sicht denkbar. So kann ein benachteiligter Sportler etwa durch die Vorlage von Medienberichten darlegen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermutet werden kann, wenn sich aus diesen Rückschlüsse auf eine diskriminierende Grundhaltung ergeben.<sup>1563</sup> Im engsten Vertrauen – etwa im Rahmen von Mannschaftsbesprechungen – getätigte Aussagen, können durch Zeugenaussagen von Mannschaftskollegen zur Umkehr der Beweislast führen. Auch die Darlegung der bisherigen Personalstruktur – dies wird vor allem für Mannschaftssportarten von Bedeutung sein – kann als Indizienbeweis dienen.<sup>1564</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass § 22 AGG nur auf Individualansprüche, die im AGG geregelt sind und an eine verbotene Benachteiligung gem. § 7 Abs. 1 AGG anknüpfen, Anwendung findet.<sup>1565</sup> Erfasst werden daher insbesondere die Ansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG.<sup>1566</sup> Hinsichtlich der Verletzung von Reaktionspflichten im Sinne von § 12 Abs. 3 AGG gilt die Umkehr der Beweislast zugunsten des Benachteiligten nach § 22 AGG nicht.<sup>1567</sup> Ebenso hat § 22 AGG für Ansprüche außerhalb des AGG keine Geltung.<sup>1568</sup>

### 3. Monopolistische Sportvereinigungen, § 18 Abs. 1 AGG

Als Anspruchsgegner für die soeben unter IV. 1. und 2. aufgezeigten Ansprüche kommt aber nicht nur der Arbeitgeber in Betracht. Zwar ist dem persönlichen Anwendungsbereich des § 6 Abs. 2 AGG und der Benennung des Arbeitgebers als Verpflichteter in den §§ 11 – 16 AGG zu entnehmen, dass sich die Ansprüche in erster Linie gegen den Arbeitgeber richten.<sup>1569</sup> Allerdings erfährt der persönliche und sachliche Anwendungsbereich durch § 18 Abs. 1 AGG eine Erweiterung.<sup>1570</sup> Nach dieser Vorschrift finden die Vorschriften der §§ 6 bis 16 AGG auf die unter § 18 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AGG genannten

<sup>1560</sup> Grobys, NZA 2006, S. 898, 899.

<sup>1561</sup> Hey, AGG, 2009, RN 32 zu § 22.

<sup>1562</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 6 zu § 22.

<sup>1563</sup> Z.B. Äußerungen von Daum und Assauer in der Presse; vgl. Lobe, Die archaische Welt des Fußballs, Zeit-Online, 17.3.2010; Theweleit, Daum-Äußerungen verärgern Homosexuelle, Spiegel-Online, 25.5.2008.

<sup>1564</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 39 zu § 22.

<sup>1565</sup> Hinsichtlich eines Verstoßes gegen das allgemeine Benachteiligungsverbot nach § 16 Abs. 1 AGG gilt § 22 AGG wegen der Verweisung in § 16 Abs. 3 AGG entsprechend.

<sup>1566</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 15 zu § 22.

<sup>1567</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 38 zu § 22.

<sup>1568</sup> Grobys, NZA 2006, S. 898, 899.

<sup>1569</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 7; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 20 zu § 6.

<sup>1570</sup> Vgl. hierzu ausführlich II. 1. a. cc. [2]. und II. 2. d.



Vereinigungen entsprechende Anwendung.<sup>1571</sup> Im Bereich des Profisports erlangt dabei vor allem § 18 Abs. 1 Nr. 2 AGG Bedeutung, da von dieser Vorschrift Sportvereinigungen mit überragender Machtstellung erfasst werden.<sup>1572</sup> Als mächtige Vereinigungen mit Monopolstellung wurden durch die Rechtsprechung bislang der Deutsche Sportbund e.V.<sup>1573</sup>, die Landessportverbände<sup>1574</sup>, Sportfachverband<sup>1575</sup> und Sportförderdachvereine<sup>1576</sup> anerkannt.<sup>1577</sup> Für derartige Verbände – auch wenn sie keine Arbeitgeber sind – gelten die Regelungen zum Benachteiligungsverbot wegen der in § 1 AGG genannten Gründe, zu den Rechtfertigungsgründen, den Organisationspflichten sowie zu den Rechtsfolgen, einschließlich Schadensersatz, Entschädigung und Maßregelungsverbot entsprechend, wobei die Vereinigungsfreiheit und die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 GG angemessen zu berücksichtigen sind.<sup>1578</sup> Insofern kann auf die Ausführungen zu IV. 1. und 2. verwiesen werden. Allerdings ist zu beachten, dass bislang ungeklärt ist, wie weit die Schutzwirkung des § 18 AGG im Zusammenhang mit Sportvereinigungen reicht und ob aufgrund grundrechtlich geschützter Interessen der Vereinigungen Abweichungen von den Vorschriften der §§ 6 bis 17 AGG geboten sind.<sup>1579</sup> Probleme können sich im Zusammenhang mit Sportvereinigungen im Hinblick auf § 18 AGG auch dahingehend ergeben, ob nun der einzelne Athlet oder vielmehr der Verein anspruchsberechtigt ist.<sup>1580</sup>

#### 4. Dritte

Obwohl das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG gegenüber jedermann gilt, hat ein Verstoß durch einen Dritten für diesen im Berufsleben keine unmittelbare Haftung aus dem AGG zur Folge.<sup>1581</sup> Dies liegt daran, dass das AGG die Haftung von Dritten im Berufsleben nicht regelt und Anspruchsgegner sämtlicher Ansprüche nur der Arbeitgeber ist.<sup>1582</sup> Der Anspruch nach § 21 AGG, der sich ganz allgemein gegen den „Benachteiligenden“ richtet, gilt nur für Verstöße im allgemeinen Zivilrechtsverkehr.<sup>1583</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass der benachteiligende Dritte keine Konsequenzen zu befürchten hat und eine Haftung gänzlich ausscheidet.

<sup>1571</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 14 zu § 18.

<sup>1572</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 10 a zu § 18; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 4 zu § 18.

<sup>1573</sup> BGHZ 63, S. 282.

<sup>1574</sup> BGH NJW-RR 1986, S. 583.

<sup>1575</sup> BGH NJW-RR 1986, S. 583.

<sup>1576</sup> BGH NJW 1999, S. 1326.

<sup>1577</sup> Vgl. Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 12 zu § 18; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 11 zu § 18.

<sup>1578</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 14 zu § 18.

<sup>1579</sup> Hierzu ausführlich unter II. 1. a. cc. [2]. [b].; ferner Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18 zu § 18.

<sup>1580</sup> Hierzu unter II. 2. d. bb.

<sup>1581</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6 und RN 7 zu § 7; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 145 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7.

<sup>1582</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 124, RN 308 und S. 228, RN 558; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 145 zu § 15; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7.

<sup>1583</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 2 zu § 21.

Wegen § 32 AGG ist die Geltendmachung von Ansprüchen gegen Dritte, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, grundsätzlich nicht ausgeschlossen.<sup>1584</sup> Zu denken ist dabei an eine Haftung nach Delikt gem. §§ 823 ff. BGB.<sup>1585</sup> Ferner an einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB.<sup>1586</sup> Eine Haftung des Dritten als Täter erfordert jedoch, dass die verbotene Benachteiligung zugleich einen rechtswidrigen Eingriff in ein durch § 823 Abs. 1 BGB geschütztes absolutes Rechtsgut darstellt.<sup>1587</sup> Als solche Rechtsgüter kommen insbesondere das allgemein Persönlichkeitsrecht, das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in Betracht.<sup>1588</sup> Anders als dies beispielsweise bei der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG der Fall ist, erfordert die Rechtsverletzung allerdings eine gewisse Erheblichkeit, welche nur bei schwerwiegenden Eingriffen angenommen werden kann.<sup>1589</sup> Nicht jede Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes ist daher zugleich auch immer eine Persönlichkeitsverletzung.<sup>1590</sup> Strittig ist in diesem Zusammenhang ferner, ob neben § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes auch § 823 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung von § 7 Abs. 1 AGG als Schutzgesetz einschlägig ist.<sup>1591</sup> Ein Teil des Schrifttums vertritt hierbei die Ansicht, dass es sich bei § 7 Abs. 1 AGG um ein Schutzgesetz handelt, weshalb ein Verstoß gegen das dort verankerte Benachteiligungsverbot eine Haftung nach § 823 Abs. 2 AGG auslösen kann.<sup>1592</sup> Gestützt wird diese Ansicht mitunter auf einer Entscheidung des BAG zu § 2 Abs. 1 BeschFG, einer Vorschrift, die ein Benachteiligungsverbot im Hinblick auf teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer aufstellt.<sup>1593</sup> In dieser Entscheidung hat das BAG klargestellt, dass § 2 Abs. 1 BeschFG ein Schutzgesetz ist und daher ein Verstoß gegen das dortige Benachteiligungsverbot zu deliktischen Ansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB führen kann. Andere Ansichten im Schrifttum verneinen hingegen die Schutzgesetzeigenschaft des § 7 Abs. 1 AGG, bejahen jedoch den Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB für Benachteiligungen, die eine Verletzung von Strafvorschriften zur Folge haben.<sup>1594</sup> Dies ergäbe sich gerade aus dem Umstand, dass Adressat der Normen des zweiten Abschnitts des AGG ausschließlich der Arbeitgeber sei und bei einer Annahme eines Schutzgesetzes bezüglich § 7 Abs. 1 AGG diese Systematik unterlaufen würde; über den „Umweg“ des § 823 Abs. 2 BGB sei sonst mittels § 7 Abs. 1 AGG

<sup>1584</sup> Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 146 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 7.

<sup>1585</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 6; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 25 zu § 7.

<sup>1586</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 230, RN 563.

<sup>1587</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 116 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 7.

<sup>1588</sup> Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 7; Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 146 zu § 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 7.

<sup>1589</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 7 und RN 34 zu § 15.

<sup>1590</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 116 zu § 15.

<sup>1591</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 230, RN 562.

<sup>1592</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 7 zu § 7; Schiek, AGG, 2007, RN 1 zu § 7; Däubler/Bertzach, AGG, 2008, RN 2 zu § 7.

<sup>1593</sup> BAG, Urteil vom 25.4.2001 – 5 AZR 368/99 = NZA 2002, S. 1211.

<sup>1594</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 7; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 110 zu § 15, Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, S. 230, RN 562.

entgegen der Gesetzssystematik des AGG eine Inanspruchnahme des Dritten möglich.<sup>1595</sup> Bei einer Annahme eines Schutzgesetzes würde also die alleinige Verantwortlichkeit des Arbeitgebers nach § 6 Abs. 2 AGG umgangen.<sup>1596</sup> Im Ergebnis lässt sich somit zusammenfassen, dass Ansprüche gegen Dritte nach allgemeinen Rechtsvorschriften nur im Ausnahmefall bei schwerwiegenden Eingriffen in ein absolutes Rechtsgut begründet sind.<sup>1597</sup> Im Sport wird eine allgemeine Haftung von Dritten daher in aller Regel nur dann anzunehmen sein, wenn im Rahmen der Benachteiligung Straftatbestände verwirklicht werden, etwa dann, wenn wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes tätliche Angriffe gegenüber einen Athleten oder strafrechtlich relevante Beleidigungen begangen werden.

Rückgriffe drohen dem Dritten aber nicht nur durch den Betroffenen. Handelt es sich um einen benachteiligenden Beschäftigten, so drohen Konsequenzen auch von dessen Arbeitgeber. Letzterer hat, wie unter IV. 1. b. ausführlich dargelegt wurde, nach § 12 Abs. 3 AGG geeignete und erforderliche Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung gegenüber seinem benachteiligenden Beschäftigten zu ergreifen. Ferner stellt § 7 Abs. 3 AGG klar, dass eine Benachteiligung nach § 7 Abs. 1 AGG durch einen Beschäftigten eine Verletzung vertraglicher Pflichten darstellt. Der Arbeitgeber kann somit gegenüber seinem Beschäftigten nicht nur einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot, sondern auch eine Pflichtverletzung des Arbeitsvertrages beanstanden. Somit stehen dem Arbeitgeber nicht nur arbeitsrechtliche Sanktionen nach § 12 Abs. 3 AGG zu, sondern er kann den benachteiligenden Beschäftigten sogar seinerseits wegen der Verletzung des Arbeitsvertrages in Regress nehmen.<sup>1598</sup> Ein Regressanspruch lässt sich dabei aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 7 Abs. 3 AGG ableiten.<sup>1599</sup> Dies wird dann zu erwarten sein, wenn der Arbeitgeber selbst durch den Betroffenen – z.B. im Rahmen von § 15 AGG - in Anspruch genommen wird.<sup>1600</sup>

## 5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist jedem Arbeitgeber im Profisport somit zu empfehlen, sich ernsthaft und ausführlich mit dem Thema Diskriminierungsschutz zu beschäftigen. Das AGG sieht mit § 12 AGG eine Reihe von Handlungspflichten vor, welche auch Arbeitgeber im Bereich des Profisports zu erfüllen haben. So regelt § 12 Abs. 1 AGG beispielsweise die Organisations- und Aufklärungspflichten des Arbeitgebers. Gerade im Sport empfiehlt sich in diesem Zusammenhang, eine Beschwerdestelle für Diskriminierungsfälle einzurichten. Dabei ist es nicht erforderlich, dass eine eigenständige Anlaufstelle geschaffen wird. Ausreichend ist vielmehr, wenn bestimmte Ansprechpartner benannt werden. Ferner haben Arbeitgeber im Sport somit aktiv an der Aufklärung bei zu tragen. Hierzu eignen sich beispielsweise die Zusammenarbeit mit den Arbeitsgruppen der jeweiligen Dachverbän-

<sup>1595</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 7 zu § 7; Hey, AGG, 2009, RN 5 zu § 7.

<sup>1596</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 110 zu § 15.

<sup>1597</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 8 zu § 7.

<sup>1598</sup> Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, RN 298 zu § 7.

<sup>1599</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 117 zu § 15.

<sup>1600</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, RN 64 zu § 7; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, RN 23 zu § 7.

de und die Durchführung von Aufklärungskampagnen. Zur Erfüllung der präventiven und repressiven Verpflichtungen des § 12 AGG hat der Arbeitgeber zudem sicher zu stellen, dass Diskriminierungen präventiv entgegen gewirkt, und Verstöße effektiv sanktioniert werden. Neben ausdrücklichen Regelungen in Arbeitsverträgen, Satzungen und Stadionordnungen, kann dies vor allem durch die Einführung eines Verhaltenskodex gewährleistet werden. Der Verhaltenskodex stellt dabei ein sehr effektives Mittel zur Erfüllung weiterer Pflichten nach § 12 AGG dar. So soll der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 2 Satz 1 AGG seine Beschäftigten in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Die Ausgabe und Besprechung eines Verhaltenskodex kann unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen eine derartige Schulung ersetzen. Arbeitgebern im Sport ist dringend zu raten, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Dies vor allem auch deswegen, da die Einführung eines Verhaltenskodex nach § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG als Erfüllung der präventiven Pflichten nach § 12 Abs. 1 AGG gelten kann. Insofern ermöglicht § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG den Arbeitgebern im Sport eine Exkulpationsmöglichkeit. Zuletzt sei auf die repressiven Pflichten des Arbeitgebers nach § 12 Abs. 3 und 4 AGG hingewiesen. Nach § 12 Abs. 3 AGG hat der Arbeitgeber arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen seine Beschäftigten zu ergreifen, wenn diese gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG verstoßen. Geeignete Maßnahmen zum Schutz seiner Beschäftigten muss der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 4 AGG ferner treffen, wenn die Benachteiligungen bei der Ausübung der Tätigkeit durch einen Dritten erfolgen. Auch zur Erfüllung dieser Verpflichtungen empfiehlt es sich bereits im Vorfeld durch vertragliche Ausgestaltungen (z.B. Arbeitsvertrag, Stadionordnung, Ticketbedingungen, Fan-Kodex) sicher zu stellen, dass Verstöße sanktioniert werden können. Ferner ist anzumerken, dass der Arbeitgeber nicht nur verpflichtet sein kann, gegen Beschäftigte und Fans vorzugehen, sondern die Pflicht nach § 12 Abs. 4 AGG auch dazu führen kann, dass der Arbeitgeber im Rahmen seiner Handlungsmöglichkeiten gegen einen Verband vorzugehen hat, wenn durch diesen Benachteiligungen eines Sportlers bei der Ausübung seines Berufssports ausgehen. Bei einer Nichterfüllung der soeben genannten Pflichten drohen Arbeitgebern im Sport unter Umständen Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche auch dann, wenn die Benachteiligung nicht von ihnen selbst, sondern von Dritten begangen wird.

Benachteiligten Sportlern steht hingegen nach § 13 AGG ein Beschwerderecht gegenüber dem Arbeitgeber zu, an dessen Ausübung nach § 16 Abs. 1 S. 1 AGG keine nachteiligen Folgen geknüpft werden dürfen. Das in § 16 Abs. 1 S. 2 AGG geregelte Maßregelungsverbot schützt dabei allerdings nicht nur den betroffenen Athleten, sondern auch dessen Unterstützer. Somit genießen auch Sportkollegen Diskriminierungsschutz, wenn sie ihren benachteiligten Kollegen durch Zeugenaussagen, Wortergreifung oder ein Dazwischentreten bei Tumulten, unterstützen. Benachteiligte Sportler sind nach § 14 AGG ferner berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, wenn der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ergreift. Dieses Leistungs-

verweigerungsrecht könnte beispielsweise einem homosexuellen Fußballspieler einen „Spießrutenlauf“ im Stadion ersparen, wenn nach einem Coming-Out Eskalationen zu befürchten sind, und der Verein dennoch keine Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz des betroffenen Spielers trifft. Der Einsatz eines solchen Leistungsverweigerungsrechtes sollte allerdings stets gut überlegt sein, da eine unberechtigte Ausübung die Verletzung einer arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht zur Folge hat, und somit unter Umständen zu einer fristlosen Kündigung führen kann. Betroffene Athleten sind daher gut beraten, von einer Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts nur Gebrauch zu machen, wenn die objektiven Voraussetzungen eindeutig vorliegen bzw. schwerwiegende Benachteiligungen drohen. Nach § 27 AGG können betroffene Athleten ferner die Antidiskriminierungsstelle des Bundes in Anspruch nehmen. Da gerade im Profisport die Bereitschaft zu außergerichtlichen Einigungen sehr hoch ist, und die gütliche Beilegung der Streitigkeiten eine der wesentlichsten Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle nach § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 AGG darstellt, erscheint die Inanspruchnahme der Antidiskriminierungsstelle besonders geeignet zu sein, um eine rasche und außergerichtliche Erledigung der Angelegenheit ohne hohes Prozessrisiko herbei zu führen. Einen der wichtigsten Ansprüche stellt der Schadensersatz- und Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG dar. Aufgrund der teilweise sehr hohen Gehälter im Spitzensport, sind vor allem dort hohe Schadensersatzsummen zu erwarten. Dies könnte die Arbeitgeber im Profisport dazu veranlassen, sich künftig mehr im Diskriminierungsschutz zu engagieren. Wegen der öffentlichen Ausübung und der Medienwirksamkeit des Berufssports drohen Arbeitgebern im Sport vor allem Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG. Dies vor allem deswegen, da der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zum einen grundsätzlich verschuldensunabhängig ausgestaltet ist. Ferner ist nicht zwingend erforderlich, dass die Folgen einer Benachteiligung die Schwere einer Persönlichkeitsverletzung erreichen. Die Medienwirksamkeit des Profisports eröffnet Arbeitgebern dort allerdings auch die Möglichkeit, sich öffentlich gegen jegliche Form der Diskriminierung auszusprechen und somit zur Beseitigung von traditionellen Fehlvorstellungen beizutragen, was mitunter bei der Bestimmung der Entschädigungshöhe positiv berücksichtigt werden kann, wenn dieses Bemühen ernsthaft ist.

Unmittelbare Ansprüche gegen benachteiligende Dritte stehen den betroffenen Athleten hingegen aus dem AGG nicht zu. Ansprüche gegenüber diesem Personenkreis können sich allenfalls nach allgemeinen Grundsätzen und somit nach den §§ 823 ff. BGB und § 1004 BGB ergeben. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt allerdings für Sportvereinigungen, die eine überragende Machtstellung innehaben. Nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 AGG finden die Vorschriften der §§ 6 bis 16 AGG auf diese Vereinigungen entsprechende Anwendung. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass bislang die Reichweite der Schutzwirkung von § 18 AGG ungeklärt ist und es hierzu im Schrifttum mitunter heißt, dass die entsprechende Geltung einer „angemessene Berücksichtigung auch der grundrechtlich geschützten Interessen von Vereinigungen“ bedarf, weshalb „Abweichungen von den Vorschriften der §§ 6 bis 17 AGG geboten sind“.<sup>1601</sup>

<sup>1601</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 18 zu § 18.

Hinsichtlich der weiteren Verpflichtungen des Arbeitgebers, den Rechten eines Benachteiligten und den zahlreichen konkreten Hilfestellungen für den Bereich des Profisports, sei auf die Ausführungen unter IV. 1. verwiesen.



## V. ZUSAMMENFASSUNG

Im Ergebnis lässt sich somit zusammenfassen, dass das AGG im Leistungssport grundsätzlich Anwendung findet. Auswirkungen hat dies vor allem auf die Mannschaftssportarten. Dort sind die Sportler in aller Regel als Arbeitnehmer zu qualifizieren, da sie weisungsgebunden und innerhalb des Organisationsbetriebes des jeweiligen Vereins beruflich tätig sind, weshalb der persönliche Anwendungsbereich über § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG eröffnet wird. Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft sind dort vor allem die ausführlichen vertraglichen Regelungen, welche dem Sportler keine Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf die Auswahl von Trainingszeit, -umfang und -ort geben und ihn zur Teilnahme am Ligabetrieb und sonstigen Wettkämpfen des Vereins verpflichten. In Einzelsportarten ist hingegen tendenziell von einer Selbstständigkeit der Sportler auszugehen. Der persönliche Anwendungsbereich wird bei selbstständigen Sportlern nicht über § 6 Abs. 1 AGG, sondern über § 6 Abs. 3 AGG eröffnet. Dabei gilt die Besonderheit, dass der Schutz für Selbstständige auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg begrenzt wird. Bei einer Ablehnung der Arbeitnehmereigenschaft muss der Schutz des AGG jedoch nicht immer eingeschränkt sein. Vollumfänglichen Schutz durch das AGG erfahren auch arbeitnehmerähnliche Personen nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG. Eine arbeitnehmerähnliche Person kann im Leistungssport angenommen werden, wenn die Selbstständigkeit des Sportlers durch vertragliche Verpflichtungen oder eine Eingliederung in den Organisationsbetrieb eines Vereins beschränkt wird. Auf Sportsoldaten – in Deutschland eine Form der Spitzensportförderung – ist das AGG grundsätzlich nicht anwendbar. Hier gilt das SoldGG vorrangig. Abweichungen von diesem Grundsatz können sich allerdings ergeben, wenn Sportsoldaten ihren Berufssport im Rahmen eines weiteren privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses erbringen. Vor allem in Randsportarten beschäftigen Vereine Sportsoldaten im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung. Erfolgen Diskriminierungen innerhalb dieses zusätzlichen Beschäftigungsverhältnisses, so findet für diese Benachteiligungen das AGG Anwendung. Dies kann im Hinblick auf die Wahl des richtigen Anspruchsgegners von entscheidender Bedeutung sein, was zugleich verdeutlicht, dass der Diskriminierungsschutz von Sportsoldaten unterschiedlich ausfallen kann. Während bei einem Schutz durch das SoldGG Ansprüche nur gegenüber dem Dienstherrn geltend zu machen sind, so hat der Sportsoldat bei einer Anwendung des AGG direkt gegen den Verein als Arbeitgeber vor zu gehen. Dies zeigt ganz deutlich, dass die Sportförderung in Form einer Besoldung als Berufssoldat unpassend und zu überdenken ist. Zumindest sollte der unterschiedliche Schutz von Sportsoldaten – derzeit hängt dieser davon ab, ob ein zusätzliches Beschäftigungsverhältnis mit dem jeweiligen Verein oder Verband vorliegt – durch eine Anpassung des AGG und des SoldGG beseitigt werden.

In sachlicher Hinsicht ist festzustellen, dass für einen Großteil der Benachteiligungen im Sport der Anwendungsbereich über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet wird. Bereits im normalen Arbeitsleben ist diese Vorschrift Hauptanwendungsfall des AGG. Dies liegt



zum einen daran, dass diese Vorschrift als Auffangtatbestand fungiert. Zum anderen betrifft diese Vorschrift neben der Durchführung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses auch die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Mit diesen Rahmenbedingungen ist der Sportler jeden Tag im Verein, Training oder Wettkampf konfrontiert. Erstaunlich ist dabei die Feststellung, dass nur angestellte Athleten vom Schutzbereich dieses umfangreichen Diskriminierungsschutzes erfasst werden. Für selbstständige Athleten ist der Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG hingegen nicht eröffnet. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG und § 6 Abs. 3 AGG, wonach der Diskriminierungsschutz bei Selbstständigen auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit beschränkt ist. Eine interessante Feststellung ist ferner im Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG zu machen. Im normalen Arbeitsleben hat diese Vorschrift die Ausschreibungspraxis von Arbeitsstellen und die Durchführung von Bewerbungsverfahren in Deutschland maßgeblich beeinflusst. Im Sport hat § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG hingegen kaum Bedeutung, da es dort die typische „Bewerbung“ nicht gibt.

Unter Zugrundelegung der gesetzlichen Wertungen des AGG – ausdrücklich die §§ 1, 3 und 7 AGG - sind sodann im Leistungssport tatsächlich Benachteiligungen im Sinne des AGG festzustellen. Offenkundige Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG ergeben sich vor allem im Zusammenhang mit den Merkmalen der ethnischen Herkunft und der sexuellen Identität. So prägen beispielsweise Rassismus und Homophobie den Fußballsport. Spiele vor leeren Rängen sind aufgrund von Rassismus keine Seltenheit mehr. Anfeindungen gehen dabei allerdings nicht nur von Fans aus. Öffentliche Äußerungen von Trainern und Spielern über homosexuelle Fußballspieler bekunden, dass Benachteiligungen auch aus dem nahen Umfeld der Spieler drohen. Die Angst von homosexuellen Fußballspielern vor Drangsalierungen und einem vorzeitigen Karriereende ist derart groß, dass bislang kein aktiver Spieler ein Coming-Out gewagt hat. Spielerberater schüren diese Angst, indem sie ihren Klienten mitteilen, dass sie sich ja nicht outen mögen, da sie andernfalls nicht mehr zu vermitteln seien. Missstände, die das AGG im normalen Arbeitsleben gerade verhindern und beseitigen will. Benachteiligungen, wenngleich diese weniger offenkundig erscheinen mögen, ergeben sich allerdings auch in anderen Bereichen des Profisports. So kann unter Umständen aus einer U24-Regelung eine Altersdiskriminierung resultieren. Eine Benachteiligung kann sich bei einer U24-Regelung dadurch ergeben, dass durch die Zuwendung von Fördergeldern ein zu großer Anreiz zur Einstellung von jüngeren Athleten geschaffen oder eine Mindestanzahl von U24-Spielern in einem Kader festgelegt wird. Eine unmittelbare Benachteiligung stellt ferner die Suspendierung bzw. der Ausschluss von zwischengeschlechtlichen Athleten dar. Bislang haben Sportverbände wie die IAAF die staatliche Zuordnung zu einem Geschlecht akzeptiert. Aufgrund der Dominanz von Caster Semenya wurde dieses Vorgehen jedoch in Frage gestellt. Nunmehr fordern Verbände eine genetische Zuordnung zu einem Geschlecht. Während der Phase, in welcher eine solche Zuordnung durch die Einholung von Gutachten stattfinden soll, werden zwischengeschlechtliche Athleten in aller Regel gesperrt bzw. an der Teilnahme von Wettkämpfen durch die Nichterteilung einer Startberechtigung abgehalten. Allein hierin ist eine unmittelba-

re Benachteiligung der zwischengeschlechtlichen Athleten aufgrund seines Geschlechts zu sehen, da er im Gegensatz zu seinen Konkurrenten während dieses Schwebezustandes nicht in der Lage ist, an Wettkämpfen teilzunehmen. Hierdurch drohen zwischengeschlechtlichen Athleten neben dem Verlust der Wettkampfform vor allem auch finanzielle Einbußen. Einen Fall der mittelbaren Benachteiligung stellt die IAAF-Regel 144.2 dar, wonach der Einsatz von technischen Vorrichtungen untersagt wird. Eine mittelbare Benachteiligung resultiert dabei aus dem Umstand, dass vor allem behinderte Athleten auf derartige Hilfsmittel angewiesen sind und somit überwiegend dieser Personenkreis vom Wettkampf ausgeschlossen wird. So geschehen im Fall Oscar Pistorius. Im Zusammenhang mit dem Fall Birgit Prinz und dem Ausschluss von Frauen vom Wettkampf der Herren wurde festgestellt, dass andere Sportarten im Gegensatz zum Fußball keine absolute geschlechtsspezifische Trennung fordern. So liegt mit Art. 51 Nr. 10 DEB-Satzung im deutschen Eishockey eine Regelung vor, die Frauen eine Teilnahme am Wettkampf der Herren ermöglicht. Ferner konnte in diesem Zusammenhang festgestellt werden, dass eine Benachteiligung der Frauen nicht nur im Ausschluss von der finanzstärksten Liga zu sehen ist, sondern vor allem auch in der unterschiedlichen Behandlung von Männern und Frauen hinsichtlich ihres Selbstbestimmungsrechtes zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung. So erlaubt man männlichen Fußballspielern trotz lebensbedrohlicher Krankheiten (z.B. Gerald Asamoah) oder ihrer zierlichen Statur (z.B. Marko Marin) am Ligabetrieb teilzunehmen, während weibliche Fußballspielerinnen hingegen mit einem pauschalen Verweis auf ihr Geschlecht und die hiermit angeblich einhergehende „erhöhte“ Gesundheitsgefährdung ausgeschlossen werden. Die europarechtlich sonst so bedenklichen „Ausländerklauseln“ sind in diskriminierungsrechtlicher Hinsicht hingegen nicht zu beanstanden, da dort nur an der Nationalität der Athleten angeknüpft wird, und die Staatsangehörigkeit nicht von den in § 1 AGG genannten Merkmalen erfasst wird.

Das AGG sieht mit den §§ 3 Abs. 2, 5, 8, 9, und 10 AGG allerdings eine Reihe von Rechtfertigungsmöglichkeiten vor, weshalb nicht jede Benachteiligung im Sport zwangsläufig auch eine unzulässige Benachteiligung darstellen muss. Beinahe allen Rechtfertigungstatbeständen des AGG ist gemein, dass ein rechtmäßiges/legitimes Ziel/Zweck verfolgt werden muss, und die Mittel zur Verfolgung dieser Ziele/Zwecke verhältnismäßig sein müssen. Als rechtmäßige/legitime Ziele/Zwecke kommen im Sport dabei die Vergleichbarkeit der Leistungen, die Wahrung der Chancengleichheit und der körperlichen Unversehrtheit, die Gewährleistung der Durchführbarkeit des Wettkampfes, die Beibehaltung der wesentlichen Bestandteile der jeweiligen Sportart und die Jugendförderung in Betracht. Dabei ist zu beachten, dass Athleten auf ihr Recht auf Chancengleichheit und körperliche Unversehrtheit unter gewissen Umständen verzichten können. Dies ist bei der Überprüfung der jeweiligen Maßnahmen und Regelwerke im Sport vor allem im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Die jahrelange Praxis und Tradition in einigen Sportarten können hingegen nicht als Rechtfertigungsgründe angeführt werden. Für den Profisport bedeutet dies, dass beispielsweise über § 3 Abs. 2 AGG, diese Vorschrift sieht eine Rechtfertigungsmöglichkeit für mittelbare Benachteiligungen vor,

die Existenz der IAAF-Regel 144.2 gerechtfertigt werden kann. Eine derartige Regel stellt die Wahrung der Chancengleichheit im Sport sicher, indem ein Einsatz von technischen Hilfsmitteln untersagt wird. Die Regel ist auch verhältnismäßig, da von dieser nur Hilfsmittel erfasst werden, die dem Athleten einen Vorteil verschaffen. Für die Rechtfertigung von Benachteiligungen im Sport sind ferner § 8 und 10 AGG von zentraler Bedeutung. Nach § 8 Abs. 1 AGG können Benachteiligungen aufgrund der beruflichen Anforderungen des Berufssports gerechtfertigt sein. Im Rahmen von § 8 Abs. 1 AGG musste festgestellt werden, dass die absolute geschlechtsbezogene Trennung in Mannschaftssportarten unverhältnismäßig ist. Ferner, dass der Ausschluss von zwischengeschlechtlichen Athleten zur Wahrung der Chancengleichheit zulässig sein kann, wenn keine klare Zuordnung zu einem Geschlecht möglich ist, oder klare Vorteile aus der Zwischengeschlechtlichkeit gezogen werden. Nach § 10 AGG sind Benachteiligungen im Zusammenhang mit dem Alter zulässig, was im Sport Benachteiligungen im Rahmen der Jugend- und Nachwuchsförderung ermöglicht. Somit können beispielsweise U24-Regelungen zulässig sein, wenn sie verhältnismäßig sind. Probleme können sich in diesem Zusammenhang vor allem dann ergeben, wenn ein zu großer Anreiz für die Beschäftigung von jungen Athleten geschaffen wird, etwa durch die Zuwendung hoher Fördergelder, oder aber zu intensiv in die Beschäftigungsmöglichkeiten von älteren Athleten, etwa durch die Beschränkung der Kaderplätze, eingegriffen wird. Nach § 5 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Diese Vorschrift bietet im Berufssport die Möglichkeit, benachteiligte Athleten unter Vorbehalt zum Wettkampf zuzulassen, wenn ungeklärt ist, ob sie aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmals gegenüber ihren Konkurrenten bevorteilt sind. Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an die Zulassung eines zwischengeschlechtlichen Athleten zum Wettkampf der Frauen, obwohl der Athlet höchst wahrscheinlich als Mann einzustufen ist, oder aber die Zulassung eines behinderten Athleten zum Wettkampf der gesunden Athleten, obwohl dieser ein Hilfsmittel einsetzt, das ihm womöglich einen Wettkampfvorteil bringt. Sollte durch eine Zulassung unter Vorbehalt, etwa, weil sich später heraus stellen sollte, dass der Athlet tatsächlich bevorteilt ist, die Chancengleichheit der anderen Athleten kurzzeitig verletzt werden, so kann dies im Sinne einer positiven Maßnahme mittels § 5 AGG gerechtfertigt werden, um Benachteiligungen der betroffenen Athleten allein wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu vermeiden bzw. zu beseitigen. Offenkundige Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG aus Gründen von Rassismus und Homophobie können hingegen erwartungsgemäß auch im Sport nicht gerechtfertigt werden.

Auswirkungen haben diese Feststellungen vor allem für die Vereine und deren Sportkapitalgesellschaften, da sie in aller Regel die Arbeitgeber von Sportlern sind. Diesen ist dringend zu raten, sich ausführlich und ernsthaft mit dem Thema Diskriminierungsschutz zu befassen. So regelt § 12 AGG eine Reihe von präventiven und repressiven Pflichten des Arbeitgebers, deren Nichterfüllung unter Umständen hohe Schadensersatzforderungen auch dann zur Folge haben können, wenn die Benachteiligungen

von Dritten ausgehen. Dies vor allem auch deswegen, da die Haftung nach § 15 Abs. 2 AGG verschuldensunabhängig ausgestaltet ist und dort geringere Anforderungen an die Schwere des Persönlichkeitseingriffs als beispielsweise in § 823 Abs. 1 BGB gestellt werden. Letztlich zeigen die Ausführungen auch, dass Arbeitgebern im Sport eine Reihe von präventiven und repressiven Maßnahmen zur Verfügung stehen, um Diskriminierungen effektiv entgegen zu wirken. Bedeutend ist zudem die Feststellung, dass Arbeitgeber im Sport eine eigene Benachteiligung begehen, wenn sie diskriminierende Verbandsvorgaben anwenden. Die Ausführungen zeigen ferner, dass unter Umständen auch Verbände, beispielsweise im Rahmen von Nationalmannschaftseinsätzen, als Arbeitgeber zu qualifizieren sind. Verbände können ferner über eine entsprechende Anwendung der §§ 6 bis 17 AGG mittels § 18 Abs. 1 Nr. 2 AGG in die Pflicht genommen werden. Allerdings ist hierfür erforderlich, dass der Verband eine Vereinigung mit überragender Machtstellung darstellt. Bislang wurden von der Rechtsprechung aufgrund ihrer faktischen Monopolstellung Sportverbände wie der Deutsche Sportbund e.V., die Landessportverbände und die Sportförderdachvereine als solche Vereinigungen eingestuft. Ungeklärt ist jedoch bislang, wie weit der Schutz des § 18 AGG im Hinblick auf Sportvereinigungen reicht, und inwiefern Abweichungen von den Vorschriften der §§ 6 bis 17 AGG aufgrund der grundrechtlich geschützten Interessen der Verbände geboten sind. Unmittelbare Ansprüche gegen benachteiligende Dritte ergeben sich aus dem AGG hingegen nicht, da sich das AGG in erster Linie an den Arbeitgeber richtet. Allerdings ist wegen § 32 AGG die Geltendmachung von Ansprüchen gegen Dritte, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, nicht ausgeschlossen. Die Inanspruchnahme von Dritten aus Delikt nach den §§ 823 ff. BGB oder auf Unterlassung nach § 1004 BGB ist somit grundsätzlich möglich.



## VI. SCHLUSSWORT UND AUSBLICK

Integration ist ein wichtiger Bestandteil unserer Gesellschaft. So appellierte der Bundespräsident in seiner Rede „Vielfalt schätzen – Zusammenhalt fördern“ vom 3. Oktober 2010 an die Bereitschaft zur Integration und hob deren Bedeutung für das Gemeinwohl hervor.<sup>1602</sup> Gerade der Sport wird als eine der effektivsten Integrationsmöglichkeiten verstanden. Bei genauer Betrachtung muss man allerdings feststellen, dass der Sport in vielen Bereichen nicht als Paradebeispiel für gelungene Integration dienen kann. Nirgendwo sonst in der Gesellschaft – außer im Sport – wird es toleriert, wenn andere Menschen aufs Übelste beschimpft werden. Nirgendwo anders äußern sich Kollegen und Vorgesetzte diskriminierender als dort. Es scheint, als wäre der Sport von Vorurteilen und traditionellen Denkweisen geprägt, die mit modernen Wert- und Moralvorstellungen der Gesellschaft nicht in Einklang zu bringen sind. So offenbart die Ausarbeitung, dass Frauen und Athleten mit Behinderung in einigen Sportarten - anstelle sie zu integrieren - unrechtmäßig vom Wettkampf ausgeschlossen werden. Auch die Ausgrenzung und Anfeindung von homosexuellen Athleten stellt im Leistungssport ein großes Problem dar. Besonders betroffen ist hiervon die Fußballbundesliga. Dort ist die Angst von homosexuellen Fußballspielern vor Drangsalierungen aufgrund der im Fußball vorherrschenden Homophobie derart groß, dass bislang kein Profi ein Coming-Out gewagt hat. Schwulenfeindliche Äußerungen von Trainern, Spielern und Managern belegen, dass diese Angst nicht unbegründet ist. Welche schweren Folgen eine Diskriminierung aufgrund der Homosexualität haben kann, zeigt dabei das mahnende Beispiel des englischen Profis Justin Fashanu, der sich nach jahrelangen Provokationen durch Fans im Jahre 1998 das Leben nahm. Der DFB hat aus diesen Gründen eigens eine Arbeitsgruppe „Für Toleranz und Anerkennung gegen Rassismus und Diskriminierung“ gegründet, deren Aufgabe es ist, über Diskriminierungen aufzuklären und diese künftig zu verhindern. Umso erstaunlicher ist es, dass gerade der Fußball, der ansonsten überaus engagiert gegen Diskriminierungen vorgeht, ein Verfechter der absoluten geschlechtsbezogenen Trennung ist. Andere Sportarten sind im Hinblick auf die Integration weitaus moderner und offener. So existiert im Eishockey mit Art. 51 Nr. 10 DEB-Satzung eine Regelung, welche es erlaubt, Frauen eine Teilnahmeberechtigung am Wettkampf der Herren zu erteilen. Eine weitere Vorreiterrolle nimmt der Deutsche Schützenbund (DSB) ein. Nachdem ein Gutachten attestierte, dass behinderte Schützen, welche aufgrund einer SH1-Behinderung nur sitzend schießen können, gegenüber stehenden Schützen keinen Vorteil haben, beschloss der DSB-Gesamtvorstand umgehend, dass mit sofortiger Wirkung alle Behindertensportler der Schadensklasse SH1 für das Ligensystem des Deutschen Schützenbundes die volle Startberechtigung erhalten. Damit können Schützen mit Behinderungen nunmehr bis hin zur Bundesliga in der Kategorie Luftgewehr und Luftpistole gleichberechtigt gegen gesunde Athleten antreten. In der Pressemitteilung vom 4. Oktober 2010 hob DSB-Präsident Josef Ambacher hervor, dass der DSB das Thema der Integration behin-

<sup>1602</sup> Die Rede ist auf den Webseiten des Bundespräsidialamtes abrufbar: [www.bundespraesident.de](http://www.bundespraesident.de).

derter Athleten sehr ernst nehmen und sich daher sehr über die Entscheidung freuen.<sup>1603</sup> Eine derart moderne Denkweise wäre auch in einigen anderen Sportarten wünschenswert. Es bleibt abzuwarten, ob ein derartiger Sinneswandel – vielleicht gar unter Mithilfe des AGG – auch in traditionsbewussten Sportarten wie dem Fußball herbeigeführt werden kann. Zumindest zeigen die Ausführungen, dass ein Sinneswandel in vielen Bereichen des Sports nicht nur aus moralischen, sondern vor allem auch aus juristischen Gründen angezeigt ist.

---

<sup>1603</sup> Abrufbar unter [www.dsb.de](http://www.dsb.de)

## ABKÜRZUNGEN

### A

a.A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Alt.	Alternative
a.M.	andere Meinung
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
AR	Arbeit und Arbeitsrecht – Die Zeitschrift für das Personal-Management
Art.	Artikel
ArbGG	Arbeitszeitgesetz
ArbRB	Arbeitsrechtsberater (Zeitschrift)
ArbSchG	Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit - Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

### B

BAG	Bundesarbeitsgericht
BbergG	Bundesberggesetz vom 13.8.1980
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBiG	Berufsbildungsgesetz



BBL	Basketballbundesliga
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BeschSchG	Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz – Beschäftigtenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGG	Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGleiG	Bundesgleichstellungsgesetz
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BurlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Entscheidungssammlung des BVerfG
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
<b>C</b>	
causa sport	Die Sport-Zeitschrift für nationales und internationales Recht sowie für Wirtschaft
CERD	Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
<b>D</b>	
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBB	Deutscher Basketball Bund e.V.
DFB	Deutscher Fußball-Bund e.V.
DHB	Deutscher Handballbund e.V.
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
DSB	Deutscher Schützenbund e.V.
Dsj	Deutsche Sportjugend
DVV	Deutscher Volleyball-Verband e.V.

DVL	Deutsche Volleyball Liga e.V.
<b>E</b>	
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 1.5.1999 (Amsterdam)
eigtl.	eigentlich
Einl	Einleitung
ErfKomArbR	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
<b>F</b>	
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
f; ff	fortfolgende(r); fortfolgende
FS	Festschrift
<b>G</b>	
GenDG	Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen – Gendiagnostikgesetz
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
<b>H</b>	
HBVM	Handball-Bundesliga-Vereinigung der Männer e.V.
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
<b>I</b>	
IAAF	International Amateur Athletic Federation (Internationaler Leichtathletik-Verband)
i.d.F.	in der Fassung

i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne der / des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
<b>J</b>	
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
<b>K</b>	
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie – Kunst-Urhebergesetz
<b>L</b>	
lit.	Litera, Buchstabe(n)
LOS	Lizenzordnung der Spieler des DFB
<b>M</b>	
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.z.N.	mit zahlreichen Nachweisen
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
<b>N</b>	
n.F.	neue Fassung
NHL	National Hockey League
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtssprechungs-Report (Zivilrecht)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
<b>O</b>	
o.g.	oben genannte(r), (s)
<b>R</b>	
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RL	Richtlinie(n) der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union

RN	Randnummer
RR	Rechtsprechungs-Report
Rspr.	Rechtsprechung
<b>S</b>	
S.	Satz, Seite(n)
s.a.	siehe auch
SchwbG	
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch
SGleiG	Soldaten- und Soldatinnengleichstellungsgesetz
s.o.	siehe oben
sog.	so genannte(r), (n)
SPONSORS	SPONSORS, Magazin für Sportbusiness
SoldGG	Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten
SprAuG	Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten - Sprecherausschussgesetz
SpuRt	Sport und Recht (Zeitschrift)
str.	streitig, strittig
SZ	Süddeutsche Zeitung
<b>T</b>	
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge – Teilzeit- und Befristungsgesetz
<b>U</b>	
u.a.	und andere(s)
unstr.	unstreitig, unstrittig
usw.	und so weiter
<b>V</b>	
vgl.	vergleiche
Vorb	Vorbemerkung
<b>Z</b>	
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht

ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend

## LITERATURVERZEICHNIS

Adomeit/Mohr, Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz, NZA 2007, S. 179 ff. (zitiert als Adomeit/Mohr, NZA 2007)

---

Adomeit/Mohr, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co. KG, 2007 (zitiert als Adomeit/Mohr, AGG, 2007)

---

Annuß, Georg, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Verlag C. H. Beck München, Neubearbeitung 2005 (zitiert als Annuß, in: Staudinger, BGB, 2005)

---

Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, Kommentar, Verlag C. H. Beck München, 2. Auflage 2004 (zitiert als Baeck/Deutsch, ArbZG, 2004)

---

Bauer/Evers, Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden?, NZA 2006, S. 893 ff. (zitiert als Bauer/Evers, NZA 2006)

---

Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, Verlag C. H. Beck München, 2. Auflage 2008 (zitiert als Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2008)

---

Bauer/Thüsing/Schunder, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – alter Wein in neuen Schläuchen?, NZA 2006, S. 774 ff. (zitiert als Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2006)

---

Benecke, Martina, Mobbing: Persönlichkeitsschutz und Haftung des Arbeitgebers – Zugleich Besprechung zum Urteil BAG v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, RdA 2008, S. 357 ff. (zitiert als Benecke, RdA 2008)

---

Benecke, Martina, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, Expertise Antidiskriminierungs-stelle, August 2010 (zitiert als Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, 2010)

---

Bepler, Klaus, Sportler, Arbeit und Statuten, Duncker & Humblot, 2000 (zitiert als Bepler, Sportler, Arbeit und Statuten, 2000)

---

Bergermann, Michael, Doping und Zivilrecht, P. Lang Verlag, 2002 (zitiert als Bergermann, Doping und Zivilrecht, 2002)

---

Berkowsky, Wilfried, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, Verlag C. H. Beck München, 2. Auflage 2000 (zitiert als Berkowsky, in: MünchArbR, 2000)

---

Berkowsky, Wilfried, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, Verlag C. H. Beck München, 3. Auflage 2009 (zitiert als Berkowsky, in: MünchArbR, 2009)

---

Bezani/Richter, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, RWS-Verlag Kommunikationsforum Köln, 2006 (zitiert als Bezani/Richter, AGG, 2006)

---

---

Bierkamp, Jörn-Christian, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, Salzwasser Verlag, 2008 (zitiert als Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008)

---

Bogena, Kai Niels, Interview mit Marcus Urban: Drei homosexuelle Fußballer sind mir bekannt, Welt-Online, 11.11.2007 (zitiert als Bogena, Marcus Urban: Drei homosexuelle Fußballer sind mir bekannt, Welt-Online, 11.11.2007)

---

Bröhmer, Jürgen, Lauf als fundamentaler Bestandteil des Golfsports? Behindertendiskriminierung und Golf, SpuRt 2002, S. 141 ff. (zitiert als Bröhmer, SpuRt 2002)

---

Coing/Honsell, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Verlag C. H. Beck München, Neubearbeitung 2004 (zitiert als Coing/Honsell, in: Staudinger, BGB, 2004)

---

Conzelmann, Ruben, Modelle für eine Förderung der inländischen Nachwuchssportler zur Stärkung der Nationalmannschaften, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2008 (zitiert als Conzelmann, Modelle für eine Förderung der inländischen Nachwuchssportler zur Stärkung der Nationalmannschaften, 2008)

---

Däubler, Wolfgang, Was bedeutet „Diskriminierung“ nach neuem Recht?, ZfA 2006, S. 476 ff. (zitiert als Däubler, ZfA 2006)

---

Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, Nomos, 2. Auflage 2008 (zitiert als Däubler/Bertzbach, AGG, 2008)

---

Dahm, Katharina, EuGH: Verpflichtung zum Abschluss des ersten Vertrags als Berufsspieler mit dem ausbildenden Verein, EuZW 2010, S. 342 ff. (zitiert als Dahm, EuZW 2010)

---

Di Fabio, Udo, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Verlag C. H. Beck, München, 57. Auflage 2010 (zitiert als Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 57. Auflage 2010)

---

Diller, Martin, Einstellungsdiskriminierung durch Dritte – Im Irrgarten von Entschädigung, Auskunft, einstweiliger Verfügung, Ausschlussfrist und Rechtsweg, NZA 2007, S. 649 ff. (zitiert als Diller, NZA 2007)

---

Diller/Krieger/Arnold, Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Sind Arbeitnehmer zukünftig doppelt vor Kündigungen geschützt?, NZA 2006, S. 887 ff. (zitiert als Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006)

---

Domröse, Ronny, Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf? - Besprechung von EuGH, Urt. v. 11.7.2006 - Rs. C-13/05 Chacón Navas, NZA 2006, S. 1320 ff. (zitiert als Domröse, NZA 2006)

---

---

Dreier, Thomas, in: Dreier/Schulze, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlag C. H. Beck München, 3. Auflage 2008 (zitiert als Dreier in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008)

---

Düwell, Franz Josef, Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, BB 2006, S. 1741 ff. (zitiert als Düwell, BB 2006)

---

Eckhardt, Ann-Kathrin, Wie ein Mann, Süddeutsche Zeitung, Nr. 269, 21./22.11.2009 (zitiert als Eckhardt, Wie ein Mann, Süddeutsche Zeitung, Nr. 269, 21./22.11.2009)

---

Elias/Dunning, Sport im Zivilisationsprozeß – Studien zur Figurationssoziologie, LIT Verlag Münster, 1982 (zitiert als Elias/Dunning, Sport im Zivilisationsprozeß, 1982)

---

Fritzweiler, Jochen, Neueste Rechtsprechung zum Sportrecht, NJW 2000, S. 997 ff. (zitiert als Fritzweiler, NJW 2000)

---

Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, Verlag C. H. Beck München, 2. Auflage 2007 (zitiert als Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2007)

---

Fuhrmann/Pröpper, Vorschläge zur Satzungsgestaltung einer Berufsfußballkapitalgesellschaft, SpuRt 1995, S. 13 ff. (zitiert als Fuhrmann/Pröpper, SpuRt 1995)

---

Gaul/Naumann, Kündigungen unter Berücksichtigung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, ArbRB 2007, S. 15 ff. (zitiert als Gaul/Naumann, ArbRB 2007)

---

Germelmann, Claas-Hinrich, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, Verlag C. H. Beck München, 7. Auflage 2009 (zitiert als Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 2009)

---

Gernandt, Michael, Weltmeisterin Caster Semenya – Ungeklärter Status, Süddeutsche Zeitung, Nr. 72, 27./28.3.2010 (zitiert als Gernandt, Weltmeisterin Caster Semenya – Ungeklärter Status, Süddeutsche Zeitung, Nr. 72, 27./28.3.2010)

---

Gitter, Wolfgang, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, Verlag C. H. Beck München, 2. Auflage 2000 (zitiert als Gitter, in: MünchArbR, 2000)

---

Glindmeier, Mike, Rassismus im Stadion – Affenlaute aus der Gästekurve, Spiegel-Online, 3.10.2006 (zitiert als Glindmeier, Rassismus im Stadion, Spiegel-Online, 3.10.2006)

---

Grobys, Marcel Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess, NZA 2006, S. 898 ff. (zitiert als Grobys, NZA 2006)

---



---

Göpfert/Siegrist, Diskriminierungsverdacht: Über den richtigen Umgang mit arbeitsrechtlichen Diskriminierungsfällen, ZIP 2006, S. 1710 (zitiert als Göpfert/Siegrist, ZIP 2006)

---

Haas, Ulrich, in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts, Luchterhand Verlag, 2008 (zitiert als Haas, in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts, Dezember 2008)

---

Haas/Martens, Sport, ARD-Ratgeber Recht, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2004 (zitiert als Haas/Martens, Sport, 2004)

---

Hahn, Thomas, Ausmusterung der Alten, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2009 (zitiert als Hahn, Ausmusterung der Alten, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2009)

---

Hahn, Thomas, Ein potentieller Pistorius – David Behre strebt Südafrikas, Süddeutsche Zeitung, Nr. 17, 22./23.1.2011 (zitiert als Hahn, Ein potentieller Pistorius, Süddeutsche Zeitung, Nr. 17, 22./23.1.2011)

---

Hahn, Thomas, Ein Sieg ohne Gewinner, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2010 (zitiert als Hahn, Ein Sieg ohne Gewinner, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2010)

---

Hahn, Thomas, Rückkehr in Lappeenranta, Süddeutsche Zeitung, Nr. 162, 17./18.7.2010, S. 37 (zitiert als Hahn, Rückkehr in Lappeenranta, Süddeutsche Zeitung, Nr. 162, 17./18.7.2010)

---

Hahn, Thomas, Sie darf starten, Süddeutsche Zeitung, Nr. 153, 7.7.2010 (zitiert als Hahn, Sie darf starten, Süddeutsche Zeitung, Nr. 153, 7.7.2010)

---

Hamann, Wolfgang, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Schiendienst- und Scheinwerkverträgen, Duncker & Humblot Verlag, 1995 (zitiert als Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, 1995)

---

Hamann/Schüren, Arbeitgeberüberlassungsgesetz, Kommentar, Verlag C. H. Beck München, 3. Auflage 2007 (zitiert als Hamann/Schüren, AÜG, 2007)

---

Heitmann, Holger, Kopfgeld für den ersten Schwulen, News.de, 15.7.2009 (zitiert als Heitmann, Kopfgeld für den ersten Schwulen, News.de, 15.7.2009)

---

Henssler/Willemsen/Kalb, ArbeitsrechtKommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 3. Auflage 2008 (zitiert als Henssler/Willemsen/Kalb, 2008)

---

Hesse, Dirk, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2009 (zitiert als Hesse, in: MüKoBGB, 2009)

---

Hey, Thomas, Kommentar zum AGG, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2009 (zitiert als Hey, AGG, 2009)

---

Hilf, Meinhard, Die Freizügigkeit des Berufsfußballspielers innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1984, S. 517 ff. (zitiert als Hilf, NJW 1984)

---

---

Hilpert, Horst, Sportrecht und Sportrechtsprechung im In- und Ausland, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin, 2007 (zitiert als Hilpert, Sportrecht und Sportrechtsprechung im In- und Ausland, 2007)

---

Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 4. Auflage 2008 (zitiert als Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, 2008)

---

Holzke, Frank, Begriff des Sports im deutschen und europäischen Recht, Köln, 2001 (zitiert als Holzke, Begriff des Sports im deutschen und europäischen Recht, 2001)

---

Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Verlag Franz Vahlen GmbH, 7. Auflage 1963 (zitiert als Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963)

---

Imping, Andreas, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, Dahlem, 1995 (zitiert als Imping, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, 1995)

---

Jahn, FAZ, 15. Mai 2006, Nr. 112, S. 13 (zitiert als Jahn, FAZ, 15. Mai 2006, Nr. 112, S. 13)

---

Käppel/Wolf, AGG – Das neue Gleichbehandlungsgesetz, Walhalla Fachverlag Regensburg, 2007 (zitiert als Käppel/Wolf, AGG, 2007)

---

Kiesgen/Wichert, Neue Pflichten für Clubs? – Das AGG im Profisport, SPONSORS 2007, S. 38 ff. (zitiert als Kiesgen/Wichert, SPONSORS 2007)

---

Kirschenhofer, Matthias Sport als Beruf, Peter Lang Verlagsgruppe, Frankfurt am Main, 2002 (zitiert als Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002)

---

Kischel, Uwe, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Verlag C. H. Beck München, Stand: 1.6.2010 (zitiert als Kischel, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand: 1.6.2010)

---

Körner, Friedhelm, Real und die neuen Galaktischen, RP-Online, 13.6.2009 (zitiert als Körner, Real und die neuen Galaktischen, RP-Online, 13.6.2009)

---

Krähe, Christian Techno-Doping und der Fall Pistorius, SpuRt 2008, S. 149 (zitiert als Krähe, SpuRt 2008)

---

Lang, Heinrich in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Verlag C. H. Beck München, Stand: 1.6.2010 (zitiert als Lang, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand: 1.6.2010)

---

Le Ker, Heike, Wettkampf der Geschlechter, Spiegel-Online, 20.8.2009 (zitiert als Le Ker, Wettkampf der Geschlechter, Spiegel-Online, 20.8.2009)

---

Lindner, Josef, Staatliches „Anprangern“ des Arbeitgebers wegen Verstoß gegen das AGG – zugleich Besprechung des Urteils des EuGH vom 10.07.2008 Rs. C-54/07 – „Feryn“, RdA 2009, S. 45 ff. (zitiert als Lindner, RdA 2009)

---

Lobe, Adrian, Die archaische Welt des Fußballs - Bist du schwul, bist du pfui!, Zeit-Online, 17.3.2010 (zitiert als Lobe, Die archaische Welt des Fußballs, Zeit-Online, 17.3.2010)

---

---

Lück, Oliver, Homosexualität im Fußball – Warten auf das Coming-Out, Spiegel-Online, 29.10.2004 (zitiert als Lück, Homosexualität im Fußball – Warten auf das Coming-Out, Spiegel-Online, 29.10.2004)

---

Lück, Oliver, Interview mit John Blankenstein: Ich kenne schwule Nationalspieler, Zeit-Online, 23.11.2006. (zitiert als Lück, John Blankenstein: Ich kenne schwule Nationalspieler, Zeit-Online, 23.11.2006)

---

Maier-Reimer, Georg, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, S. 2577 ff. (zitiert als Maier-Reimer, NJW 2006)

---

Meinel/Heyn/Herms, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, Verlag C. H. Beck München, 2007 (zitiert als Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007)

---

Merkel, Benjamin, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, SHAKER Verlag, 2003 (zitiert als Merkel, Der Sport im kollektiven Arbeitsrecht, 2003)

---

Monheim, Dirk, Sportlerrechte und Sportgerichte im Lichte des Rechtsstaatsprinzips – auf dem Weg zu einem Bundessportgericht, Herbert Utz Verlag, München, 2006 (zitiert als Monheim, Sportlerrechte und Sportgerichte im Lichte des Rechtsstaatsprinzips, 2006)

---

Mölter, Joachim, Geklärt ist nichts, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2010, S. 41 (zitiert als Mölter, Geklärt ist nichts, Süddeutsche Zeitung, Nr. 154, 8.7.2010, S. 41)

---

Mustroph, Tom Fußball und Rassismus – Balotelli, das Feindbild Nummer eins, FAZ.net, 9.1.2010 (zitiert als Mustroph, Fußball und Rassismus, FAZ.net, 9.1.2010)

---

Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2009 (zitiert als Müller-Glöge, in: MüKoBGB, 2009)

---

Nolte, Martin, Handbuch Sportrecht, Hofmann-Verlag, Schorndorf, 2009 (zitiert als Nolte, Handbuch Sportrecht, 2009)

---

Pfeiffer, Gerhard, in: Fiebig/Gallner/Griebeling/Miestwerdt/Nägele/Pfeiffer, Kündigungsschutzgesetz – Handkommentar, Nomos Verlag, 2. Auflage 2004 (zitiert als Pfeiffer, in: KR, 2004)

---

Pfister, Bernhard, in: Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, J.C.B. Mohr Verlag, 1991 (zitiert als Pfister, FS Lorenz, 1991)

---

Pfister/Steiner, Sportrecht von A – Z, 1995, Verlag C.H. Beck München, 1995 (zitiert als Pfister/Steiner, Sportrecht A-Z, 1995)

---

Preis, Ulrich, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Auflage 2009 (zitiert als Preis, in: ErfKomArbR, 2009)

---

Preis, Ulrich, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht - Der Fall „Mangold“ und die Folgen, NZA 2006, S. 401 ff. (zitiert als Preis, NZA 2006)

---

---

Rath/Rütz, Ende der „Ladies Night“, der „Ü-30-Parties“ und der Partnervermittlung im Internet? – Risiken und Nebenwirkungen des allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots der §§ 19, 20 AGG, NJW 2007, S. 1498 ff. (zitiert als Rath/Rütz, NJW 2008)

---

Reinhard, Barbara, Wie das Diskriminierungsverbot Personalentscheidungen beeinflusst - Der Stille „Erfolg“ des AGG, Arbeit und Arbeitsrecht, 2/2010, S. 78 ff. (zitiert als Reinhard, AR 2/10)

---

Resch, Reinhard, Diskriminierung von ausländischen Arbeitnehmern oder Chancengleichheit im Profimannschaftssport?, ZESAR 09/2007, S. 354 ff. (zitiert als Resch, ZESAR 09/2007)

---

Resch, Reinhard, Jugendförderung oder Altersdiskriminierung, SpuRt 2007, 98 ff. (zitiert als Resch, SpuRt 2007)

---

Richardi, Reinhard, Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, S. 881 ff. (zitiert als Richardi, NZA 2006)

---

Ring, Gerhard, Das AGG – Begriffsbestimmungen und arbeitsrechtliche Besonderheiten, ZAP 2006, S. 903 ff. (zitiert als Ring, ZAP 2006)

---

Roloff, Sebastian in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK AGG, Verlag C. H. Beck München, Stand 1.12.2010 (zitiert als Roloff, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK AGG, 1.12.2010)

---

Rust/Falke, AGG - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften, Kommentar, Schmidt Verlag, Berlin, 2007 (zitiert als Rust/Falke, AGG, 2007)

---

Rühl/Schmid/Viethen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Verlag C. H. Beck München, 2007 (zitiert als Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007)

---

Rüsing, Jörg, Sportarbeitsrecht, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006 (zitiert als Rüsing, Sportarbeitsrecht, 2006)

---

Rüth, Holger, Tarifvertragliche Gehaltsobergrenze („Salary Cap“) bei Gehältern von Lizenzsportlern?, SpuRt 2003, S. 137 ff. (zitiert als Rüth, SpuRt 2003)

---

Schaub, Günther, Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C. H. Beck München, 13. Auflage 2009 (zitiert als Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2009)

---

Schiek, Dagmer, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, Sellier – European Law Publishers, 2007 (zitiert als Schiek, AGG, 2007)

---

Schimke, Martin, Sportrecht, Fischer Taschenbuch, 1996 (zitiert als Schimke, Sportrecht, 1996)

---

Schlachter, Monika, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Auflage 2009 (zitiert als Schlachter, in: ErfKomArbR, 2009)

---

---

Schleusener/Suckow/Voigt, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Luchterhand Verlag, 2. Auflage 2008 (zitiert als Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2008)

---

Smith, David, Caster Semenya sex row, guardian.co.uk, 20.8.2009 (zitiert als Smith, Caster Semenya sex row, guardian.co.uk, 20.8.2009)

---

Schneider, Klaus, Arbeitnehmereigenschaft der Sportler, Köln, 1967 (zitiert als Schneider, Arbeitnehmereigenschaft der Sportler, 1967)

---

Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, Nomos Verlagsgesellschaft, 2. Auflage 2009 (zitiert als Schrader/Schubert, Das AGG in der Beratungspraxis, 2009)

---

Schröder/Diller, Antidiskriminierung bei der Aufnahme als Gesellschafter?, NZG 2006, S. 728 ff. (zitiert als Schröder/Diller, NZG 2006)

---

Schroeder, Werner, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 15. Dezember 1995, Rs. C-415/93 - Bosman, JZ 1996, S. 254 ff. (zitiert als Schröder, JZ 1996)

---

Schroeder, Werner, Sport und europäische Integration, VVF, München, 1989 (zitiert als Schroeder, Sport und europäische Integration)

---

Scholz, Rupert, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Verlag C. H. Beck, München, 57. Auflage 2010 (zitiert als Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 57. Auflage 2010)

---

Scholz/Aulehner, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, SpuRt 1996, S. 44 ff. (zitiert als Scholz/Aulehner, SpuRt 1996)

---

Schwab, Dieter, Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland, DNotZ 2006, 649 ff. (zitiert als Schwab, DNotZ 2006)

---

Schwarze/Hetzel, Der Sport im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuR 2005, S. 581 ff. (zitiert als Schwarze/Hetzel, EuR 2005)

---

Schweighard, Hubert, Die Bestrafung eines Lizenzspielers durch die Sportgerichtsbarkeit des Deutschen Fußball-Bundes, Schön, 1973 (zitiert als Schweighard, Die Bestrafung eines Lizenzspielers, 1973)

---

Simon/Greiflin AGG: Haftung des Arbeitgebers bei Benachteiligungen durch Beschäftigte und Dritte, BB 2007, S. 1782 ff. (zitiert als Simon/Greiflin, BB 2007)

---

Sotschek, Ralf, Comingout nach irrer Karriere, Taz.de, 24.12.2009 (zitiert als Sotschek, Comingout nach irrer Karriere, Taz.de, 24.12.2009)

---

Steiner, Udo, Quo vadis Sportrecht?, causa sport 2009, S. 14 ff. (zitiert als Steiner, causa sport 2009)

---

---

Steiner, Udo, Was geht der Sport die Juristen an? in: Denzel/Wagner-Braun, Wirtschaftlicher und sportlicher Wettbewerb – Festschrift für Rainer Gömmel zum 65. Geburtstag, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2009, S. 279 ff. (zitiert als Steiner, FS Gömmel, 2009)

---

Stuber, Michael, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der betrieblichen Praxis, Haufe Mediengruppe, 2006 (zitiert als Stuber, AGG in der betrieblichen Praxis, 2006)

---

Temming, Felipe, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, Eine rechtsmethodische Analyse, Verlag C. H. Beck München, 2008 (zitiert als Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008)

---

Teuffel, Friedhard, Interview mit Leichtathletik-Funktionär Digel: Es muss endlich eine Lösung her, Zeit-Online, 30.3.2010 (zitiert als Teuffel, Digel: Es muss endlich eine Lösung her, Zeit-Online, 30.3.2010)

---

Theweleit, Daniel, Daum-Äußerungen verärgern Homosexuelle, Spiegel-Online, 25.5.2008 (zitiert als Theweleit, Daum-Äußerungen verärgern Homosexuelle, Spiegel-Online, 25.5.2008)

---

Thüsing, Gregor, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz – Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote -, Verlag C. H. Beck München, 2007 (zitiert als Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007)

---

Thüsing, Gregor, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, S. 3441 ff. (zitiert als Thüsing, NJW 2003)

---

Thüsing, Gregor, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2007 (zitiert als Thüsing, in: MüKoBGB, 2007)

---

Todt, Jens, Interview mit Sexualforscherin Hartmann-Tews: Schwulen Fußballern droht Drangsalierung, Spiegel-Online, 17.5.2005 (zitiert als Todt, Hartmann-Tews: Schwulen Fußballern droht Drangsalierung, Spiegel-Online, 17.5.2005)

---

Treber, Jürgen, Arbeitsrechtliche Neuerungen durch das „Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Arbeitsgerichtsgesetzes“, NZA 1998, S. 856 ff. (zitiert als Treber, NZA 1998)

---

Wagner/Potsch Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, JZ 2006, S. 1085 ff. (zitiert als Wagner/Potsch, JZ 2006)

---

Wallrodt, Lars, Interview mit Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010 (zitiert als Wallrodt, Tatjana Eggeling: Schwule Fußballer führen oft Scheinbeziehungen, Welt-Online, 9.3.2010)

---

Wank, Rolf, Die „neue Selbständigkeit“, DB 1992, S. 90 ff. (zitiert als Wank, DB 1992)

---

---

Wank, Rolf, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, Verlag C. H. Beck München, 2. Auflage 2000 (zitiert als Wank, in: MüArbR, 2000)

---

Weichselgärtner, Florian, Der Trainerwechsel im Profisport aus arbeitsrechtlicher Sicht – Befristung und Auflösung von Trainerverträgen, Grin Verlag, 2009 (zitiert als Weichselgärtner, Der Trainerwechsel im Profisport aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2009)

---

Wendt/Schäfer, Kontrahierungszwang nach § 21 I 1 AGG?, JuS 2009, S. 206 ff. (zitiert als Wendt/Schäfer, JuS 2009)

---

Wegmann, Henning, Im Blickpunkt: Rechtliche Probleme der Geschlechtsbestimmung im Sport, SpuRt 2010, S. 102 ff. (zitiert als Wegmann, SpuRt 2010)

---

Willeke, Stefan, Mit vollem Risiko, Zeit-Online, 1.6.2006 (zitiert als Willeke, Mit vollem Risiko, Zeit-Online, 1.6.2006)

---

Willemsen/Schweibert, Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, S. 2583 ff. (zitiert als Willemsen/Schweibert, NJW 2006)

---

Wisskirchen, Gerlind, AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, Frechen, 2. Auflage 2006 (zitiert als Wisskirchen, AGG, 2006)

---

Wisskirchen, Gerlind, Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Ein „Kochrezept“ für Arbeitgeber, DB 2006, S. 1491 ff. (zitiert als Wisskirchen, DB 2006)

---

Wißmann, Constantin, Ja, ein Fußballer kann sich outen, Zeit-Online, 14.1.2010 (zitiert als Wißmann, Ja, ein Fußballer kann sich outen, Zeit-Online, 14.1.2010)

---

Würtenberger, Thomas, Risiken des Sports – polizei- und ordnungsrechtliche Fragen, in: Würtenberger, Risikosportarten, Recht und Sport, C. F. Müller, Karlsruhe, 1991, S. 31 ff. (zitiert als Würtenberger, Risikosportarten, 1991)

---

Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, Richard Boorberg Verlag, 2006 (zitiert als Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport, 2006)

---

Zander, Henning, Viel Wirbel um nichts – Das neue Gesetz ist im Alltag angekommen, Der Tagesspiegel, 18.2.2007 (zitiert als Zander, Viel Wirbel um nichts, Der Tagesspiegel, 18.2.2007)

---

Zinger, Susanne, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, Duncker & Humblot, Berlin, 2003 (zitiert als Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003)

---

Zinger, Susanne, Gleichbehandlung im Sport, in: Vieweg, Spektrum des Sportrechts, Duncker & Humblot, Berlin, 2003 (zitiert als Zinger, Spektrum des Sportrechts, 2003)

---





