

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
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. Staatsangehörigkeit 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
V. ZUSAMMENFASSUNG	295
VI. SCHLUSSWORT UND AUSBLICK	301
ABKÜRZUNGEN	303
LITERATURVERZEICHNIS	309

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.¹ Insgesamt hat die Kommerzialisierung eine Verrechtlichung des Sportgeschehens bewirkt.² 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.³ 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.⁴ 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

¹ BVerfGE 14, S. 22; 22, S. 287; BGH NJW 1999, S. 3552.

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

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

⁴ 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.⁵

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

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

der Fußballbundesliga ein „Coming-Out“ homosexueller Profifußballspieler an.⁶ 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.⁷ 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.⁸ 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.⁹ Keiner der Betroffenen möchte sich in der Männerwelt des Fußballs angreifbar machen, weshalb homosexuelle Fußballer sogar Scheinbeziehungen und Scheinehen führen.¹⁰ 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.“¹¹ Auch gestandene Trainer wie Christoph Daum äußern sich in der Presse erniedrigend über Homosexuelle.¹² 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.¹³ 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-

⁶ 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.

⁷ Todt, Hartmann-Tews: Schwulen Fußballern droht Drangsalierung, Spiegel-Online, 17.5.2005.

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

⁹ Heitmann, Kopfgeld für den ersten Schwulen, News.de, 15.7.2009.

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

¹¹ Lobe, Die archaische Welt des Fußballs, Zeit-Online, 17.3.2010.

¹² Theweleit, Daum-Äußerungen verärgern Homosexuelle, Spiegel-Online, 25.5.2008.

¹³ 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.¹⁴ 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.¹⁵

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

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

¹⁵ 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.¹⁶

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.¹⁷ 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.¹⁸

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.¹⁹

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-

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

¹⁷ Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S.41.

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

¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹ Zuletzt gewährt das BGleG einen mittelbaren Schutz vor Diskriminierung, indem es Fördermaßnahmen gegen Diskriminierung innerhalb der Bundesverwaltung regelt.²²

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.

²⁰ Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 43.

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

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

Gem. Art. 13 EG-Vertrag²³ 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.²⁴ 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.²⁵ Da sie gem. Art. 3 Abs. 1 nur den Bereich des Arbeitsrechts umfasst, wird sie als sog. Rahmen- oder Beschäftigungs-Richtlinie bezeichnet.²⁶ 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

²³ In der Fassung des Amsterdamer Vertrags.

²⁴ Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 2.

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

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

Gender-Richtlinie bezeichnet.²⁷ 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.²⁸ 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.²⁹

b. Kritik

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

²⁷ Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 3.

²⁸ Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2577.

²⁹ BauerGöpfert/Krieger, AGG, 2008, RN 2 zu § 19.

³⁰ 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.

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

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

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.³⁴ 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.³⁵ 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.³⁶ 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.³⁷ Nach Ansicht des Bundesrates war dieser Entwurf zu weitreichend und sollte auf das europarechtlich zwingend Gebotene beschränkt werden.³⁸ 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.³⁹ 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.⁴⁰ Daher wurde der Regierungsentwurf bereits am 10. Mai 2006 vom Kabinett beschlossen und am 17. Mai 2006 dem Bundesrat als besonders eilbedürftig zu-geleitet.⁴¹

³² Reinhard, AR 2/10, 78.

³³ NJW-Spezial 2008, S. 372.

³⁴ Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2592.

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

³⁶ Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 44.

³⁷ Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 45.

³⁸ Beschluss BR-Drucks. 445/05.

³⁹ Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 9.

⁴⁰ Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007, S. 10.

⁴¹ 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.⁴²

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“.⁴³ 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.⁴⁴ Gerade im allgemeinen Zivilrechtsverkehr ist eine Zuständigkeit der Gemeinschaft jedoch nicht durchweg gegeben.⁴⁵ 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.⁴⁶

cc. Einschränkung der Privatautonomie

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

Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 10. Dezember 2001⁵⁰ 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

⁴² Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2578.

⁴³ 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.

⁴⁴ Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2578.

⁴⁵ Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2578.

⁴⁶ Maier-Reimer, NJW 2006, S. 2578.

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

⁴⁸ Wendt/Schäfer, JuS 2009, S. 209.

⁴⁹ Das Gesetz kennt jedoch auch Ausnahmen wie § 22 PBefG und § 10 AEG.

⁵⁰ 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.⁵¹ 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.⁵²

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.⁵³ § 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.⁵⁴ 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.⁵⁵

dd. § 2 Abs. 4 AGG

Für Kritik sorgte auch die Bereichsausnahme zum KSchG in § 2 Abs. 4 AGG.⁵⁶ 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.⁵⁷ Zuvor lautete die Norm noch: „Für Kündigungen gelten vorrangig die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes.“⁵⁸ Mit seinem Änderungswunsch wollte der Bundesrat klarstellen, dass ausschließlich die Bestimmungen des Kündigungsschutzes gelten sollen, wenn die Benachteiligung in der Kündigung liegt.⁵⁹ 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

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

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

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

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

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

⁵⁶ Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2584.

⁵⁷ BR-Drucks. 329/1/06.

⁵⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/1780.

⁵⁹ 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.⁶⁰ Eine Kündigung könnte daher in diesen Konstellationen ohne Rechtfertigung erfolgen. Ein Schutz vor Diskriminierung wäre mangels Anwendbarkeit des AGG dann verwehrt.⁶¹

Das BAG hat bislang offen gelassen, ob § 2 Abs. 4 AGG einer Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen entgegen steht.⁶² 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.⁶³ 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.⁶⁴ 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.⁶⁵

Obwohl es dogmatisch, wie soeben dargelegt, nicht notwendig erscheint, werden auch Ansichten vertreten, welche dem Problem der Bereichsausnahme auf andere Weise begegnen.⁶⁶ 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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2584.

⁶² BAG NZA 2010, S. 280; NZA 2008, S. 103.

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

⁶⁴ 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.

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

⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ Zum anderen ist das Ergebnis der teleologischen Reduktion in sich nicht schlüssig. Obwohl nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen eine rechtswirksame Kündigung grundsätzlich keinen Schadensersatzanspruch auslöst⁶⁹, 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.⁷⁰ 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.⁷¹

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.

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

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

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

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

⁷¹ 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).⁷² 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.⁷³ 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.⁷⁴ Die begriffliche Erfassung des Sports gestaltet sich aufgrund seiner Vielfältigkeit aber als äußerst schwierig und auch nicht als zielführend.⁷⁵

⁷² Vgl. BAG NJW 2006, S. 795.

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

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

⁷⁵ 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.⁷⁶

Daneben hat sich auch ein moderner Sport entwickelt, der sich immer mehr durch seine wirtschaftlichen Interessen und Zielsetzungen kennzeichnet.⁷⁷ Seither existieren Begriffe wie Profisport, Spitzensport, Leistungssport und Lizenzsport.⁷⁸ 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.⁷⁹ 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.⁸⁰ 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.⁸¹

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.⁸² 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.

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

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

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

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

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

⁸¹ 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.

⁸² 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.⁸³ 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.⁸⁴ Da Sportverbände und -vereine somit als juristische Personen des Privatrechtes autonomes Recht setzen, spricht man diesbezüglich von der sog. Verbandsautonomie.⁸⁵

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.⁸⁶ 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.⁸⁷ 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.⁸⁸

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

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

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

⁸⁴ 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.

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

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

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

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

⁸⁹ BVerfGE 50, S. 290, 354.

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

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

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

wenn sie nicht im Einklang mit der Moral der mehrheitlichen Gesellschaft steht.⁹³ 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.⁹⁴

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.⁹⁵

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

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 Verbandsgerichtsbarkeit¹⁰² -

⁹³ Pfister, FS Lorenz, 1991, S. 181.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cc. Grundsatz der getrennten Normenkreise

Ferner ist der Grundsatz der getrennten Normenkreise zu beachten.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ 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-

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

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

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

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

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

¹⁰⁸ www.tas-cas.org

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

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.¹¹⁰ In Deutschland gibt es im Bereich des Sports allerdings keine Tarifverträge, weshalb Schiedsvereinbarungen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten unzulässig sind.¹¹¹ 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.

¹⁰⁹ Vgl. Vorwort der DIS-Sport-Schiedsgerichtsordnung.

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

¹¹¹ 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.¹¹² 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.¹¹³ Das Schrifttum hält § 2 AGG für wenig gelungen und dogmatisch unzutreffend.¹¹⁴ Dies deswegen, da der tatsächliche sachliche Anwendungsbereich durch weitere Normen, wie z.B. die §§ 3, 18, 19 AGG, konkretisiert wird.¹¹⁵ § 2 Abs. 1 AGG beinhaltet somit lediglich eine Positivliste von Sachverhalten, für welches das AGG anwendbar sein soll, ohne gänzlich abschließend zu sein.¹¹⁶

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

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

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

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

¹¹⁶ 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.¹¹⁷ 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.¹¹⁸ Dort wirkt mit der Kommerzialisierung und Professionalisierung zunehmend das Arbeitsrecht auf den Sport ein.¹¹⁹ Zum einen ist dort die Sportausübung als Arbeit zu qualifizieren, da Leistungssportler im Zusammenhang mit dem Sport meist Einnahmen erzielen.¹²⁰ 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.¹²¹ 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.¹²² 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.

¹¹⁷ Bierkamp, Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht, 2008, S. 47.

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

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

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

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

¹²² 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 BVerfG¹²³ zum Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG heran.¹²⁴ 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.¹²⁵

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.¹²⁶ 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.¹²⁷

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.¹²⁸ 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.¹²⁹

[b]. Zugang zur selbständigen und unselbständiger Erwerbstätigkeit

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁹ Hierzu später unter II. 2. b. aa. [3]. und II. 2. b. bb. [2] [b].

¹³⁰ 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.¹³¹ 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.¹³² 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.¹³³

[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.¹³⁴ 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-

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

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

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

¹³⁴ 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.¹³⁵ 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.¹³⁶ 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.¹³⁷ 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

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

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

¹³⁷ 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 hinwegtäuschen, 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.¹³⁸

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

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

des AGG umfasst sein sollen.¹³⁹ Für den mittlerweile aufgehobenen § 611 a BGB wurde vertreten, dass bei europarechtskonformer Auslegung alle Dienstverträge erfasst sein müssen.¹⁴⁰ 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.¹⁴¹ Die Ausübung der selbständigen Tätigkeit wird vom AGG allerdings nicht geschützt.¹⁴² 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.¹⁴³ So zum Beispiel Franchise-Verträge¹⁴⁴ oder Gesellschaftsverträge¹⁴⁵, 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.¹⁴⁶ Die Vergabe eines einzelnen Auftrages betrifft nicht den Zugang zur selbständigen Tätigkeit.¹⁴⁷

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

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

¹⁴⁰ Thüsing, in: *MüKoBGB*, 2007, RN 5 zu § 2 AGG.

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

¹⁴² Hierzu auch unter II. 1. a. aa. [2].

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

¹⁴⁴ Schlachter, in: *ErfKomArbR*, 2009, RN 5 zu § 2 AGG.

¹⁴⁵ 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.

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

¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ Die Wertigkeit einer Stelle ist dabei nach objektiven Maßstäben zu bestimmen und hängt nicht von der subjektiven Einschätzung der betroffenen Person ab.¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰

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

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

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

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

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



Rechtskultur Dogmatik