



Antidiskriminierungsstelle  
des Bundes



# Rechtsfreie Räume? Die Umsetzung der EU-Antirassismusrichtlinie im Wohnungsbereich

Zum verbleibenden Umsetzungsbedarf der Richtlinie 2000/43/EG  
im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL. M. (Harvard), Dr. Sabine Vianden



Nomos



# Rechtsfreie Räume? Die Umsetzung der EU-Antirassismusrichtlinie im Wohnungsbereich

**Zum verbleibenden Umsetzungsbedarf der Richtlinie 2000/43/EG  
im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz**

Gutachten im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Autoren:

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL. M. (Harvard) und Dr. Sabine Vianden



# Inhalt

1. Problemaufriss und Fragestellungen	6
2. Zur Bereichsausnahme des § 19 Abs. 5 AGG bei privater Vermietung	8
2.1 Die Systematik des § 19 AGG und des zugrundeliegenden Europarechts	8
2.2 Die Bereichsausnahme privater Vermietung – Eine Sichtung des vorhandenen Schrifttums	10
2.3 Eine Ordnung der Argumente	13
2.3.1 Der Wortlaut	13
2.3.2 Die Systematik	14
2.3.3 Das Ziel	15
2.3.4 Zur Auslegung der Richtlinie 2000/43/EG auf Grundlage von Art. 7 GrCh	16
2.3.5 Ein erstes Zwischenfazit	20
2.4 Umsetzung in anderen Ländern	21
2.4.1 Großbritannien	21
2.4.2 Frankreich	22
2.4.3 Österreich	22
2.4.4 Schweden	23
2.4.5 Dänemark	24
2.4.6 Zwischenfazit	24
3. Zur möglichen Rechtfertigung des § 19 Abs. 3 AGG als positive Maßnahme i. S. d. Art. 5 Richtlinie 2000/43/EG	25
3.1 Begriff und Struktur der positiven Maßnahme	26
3.2 Anerkannte Beispiele	27
3.3 Folgerungen für § 19 Abs. 3 AGG	28
3.3.1 Kein legitimes Ziel	29
3.3.2 Keine Verhältnismäßigkeit bei Verfolgung des Ziels	29
3.3.3 Zwischenfazit	30

4. Folgen des Umsetzungsdefizits _____	31
4.1 Das Gebot der europarechtskonformen Auslegung _____	31
4.1.1 Möglichkeiten europarechtskonformer Auslegung __	32
4.1.2 Grenzen europarechtskonformer Auslegung _____	34
4.2 Unanwendbarkeit der Ausnahme aufgrund unmittelbar wirkenden Europarechts _____	36
5. Vorschlag für eine Neufassung der § 19 Abs. 3, Abs. 5 S. 1 und 2 AGG _____	38
Abkürzungsverzeichnis _____	40
Literaturverzeichnis _____	42

# 1. Problemaufriss und Fragestellungen

Das Diskriminierungsrecht der USA – Vorbild und Vorläufer des europäischen Rechts – hat seinen Ausgangspunkt in dem Verbot der Rassendiskriminierung, und dort hat es nun seit über 50 Jahren große Bedeutung, vor allem auch für den Wohnungsmarkt. Der *Fair Housing Act* ist als *Titel VIII* seit 1968 integraler Bestandteil des *Civil Rights Act*. Die Überwindung der *segregation* im Wohnungsmarkt war und bleibt jenseits des Atlantiks ein wichtiges Ziel. Es gibt eine Fülle von Entscheidungen und vor allem auch von Gerichtsurteilen zu diesen Regeln und ihrem richtigen Verständnis.<sup>1</sup> Auf europäischer Ebene ist die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/43/EG die erste, die aufgrund von Art. 13 EGV (jetzt: Art. 19 AEUV) erlassen wurde.<sup>2</sup> Im deutlichen Gegensatz dazu steht das deutsche Recht. Rechtsprechung fehlt bislang weitgehend.<sup>3</sup> Es mag daran liegen, dass wir hier keine Probleme haben, dass Diskriminierungen gar nicht vorkommen. Das freilich erscheint unwahrscheinlich – empirische, wenn vielleicht auch nur anekdotische Evidenz des Gegenteils ist schnell zur Hand.<sup>4</sup> Ein Grund wird vor allem darin liegen, dass hier durch § 19 Abs. 5 AGG ein Freiraum der Anwendbarkeit geschaffen wurde, der dieses Diskriminierungsverbot weit zurückdrängt: Nicht erfasst werden nach S. 1 „zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird“. Nach S. 2 kann dies bei Mietverhältnissen „insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre

<sup>1</sup> Zu seiner Bedeutung exemplarisch aus damaliger Perspektive Note, *The Federal Fair Housing Requirements: Title VIII of the 1968 Civil Rights Act*, *Duke Law Journal* Vol. 1969, No. 4 (Aug., 1969), pp. 733-771; aus heutiger Perspektive Johnson, *Unjust Cities? Gentrification, Integration, and the Fair Housing Act*, 53 *U. Rich. L. Rev.* 835 (2019).

<sup>2</sup> *Stork*, Diss. 2006, *Das Anti-Diskriminierungsrecht der europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht*, S. 20.

<sup>3</sup> Dokumentiert als unmittelbar einschlägig AG Hamburg-Barmbek v. 3.2.2017 – 811b C 273/15, WuM 2017, 393 sowie AG Berlin-Tempelhof v. 19.12.2014 – 25 C 357/14, WuM 2015, 73; LG Mönchengladbach, v. 27.05.2016 – 11 O 99/15, juris.

<sup>4</sup> Vgl. nur das Factsheet „Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt. Strategien zum Nachweis rassistischer Benachteiligungen.“ der ADS. Optimistischer dagegen ein Bericht der Wochenzeitung *DIE ZEIT* über eine Meta-Studie im Hinblick auf Kanada, USA und Europa, die vergangenes Jahr veröffentlicht wurde: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-07/rassismus-wohnungssuche-studie-diskriminierung-westeuropa-usa>. Über eine vielbeachtete Studie aus Frankreich berichtete im vergangenen Jahr u. a. der *Figaro*, [http://leparticulier.lefigaro.fr/jcms/p1\\_1709487/location-la-discrimination-reste-forte-dans-le-logement-prive](http://leparticulier.lefigaro.fr/jcms/p1_1709487/location-la-discrimination-reste-forte-dans-le-logement-prive).

Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen“. Zudem ist mit § 19 Abs. 3 AGG ein eigenständiger, wohnraumspezifischer Rechtfertigungsgrund geschaffen worden: „Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig.“ Wie weit das reicht, ist unklar. Man mag also in der Tat fragen: Rechtsfreie Räume?

Gegenstand dieser Untersuchung sind damit die Schutzlücken des deutschen Rechts im Hinblick auf die Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt aufgrund der Merkmale Rasse und ethnische Herkunft sowie mögliche Umsetzungsdefizite, die sich im Hinblick auf die europäischen Vorgaben ergeben. Dazu soll zunächst der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG im Hinblick auf die Vermietung von Wohnraum dargestellt werden. Wesentlich zu erörtern ist dabei die Bereichsausnahme privater Vermietung. Dabei soll zunächst auf die Systematik des § 19 AGG und des zugrundeliegenden Europarechts eingegangen werden. Im Anschluss daran erfolgt eine Sichtung des vorhandenen Schrifttums und nachgehend eine Ordnung der Argumente anhand der Auslegungskanones. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei der Notwendigkeit primärrechtskonformer Auslegung. Nach einem ersten Zwischenfazit ist der Blick auf die Umsetzung der Antirassismusrichtlinie in anderen europäischen Ländern zu richten. Danach wird untersucht, inwiefern der Rechtfertigungsgrund des § 19 Abs. 3 AGG als positive Maßnahme i. S. d. Art. 5 der Richtlinie 2000/43/EG verstanden werden kann. Dabei werden nach dem Begriff und der Struktur positiver Maßnahmen anerkannte Beispiele erörtert und daraus Schlussfolgerungen im Hinblick auf § 19 Abs. 3 AGG gezogen. Im Anschluss wenden sich die Ausführungen den Folgen möglicher Umsetzungsdefizite zu. Hierbei sind die Möglichkeiten und Grenzen europarechtskonformer Auslegung ebenso darzulegen wie auch die Folge der Unanwendbarkeit nationalen Rechts aufgrund unmittelbar wirkenden Europarechts. Schließlich soll auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse ein Vorschlag für eine Neufassung der § 19 Abs. 3, Abs. 5 S. 1 und 2 AGG erarbeitet werden.

## 2. Zur Bereichsausnahme des § 19 Abs. 5 AGG bei privater Vermietung

Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG erstreckt sich gemäß ihres Art. 3 Abs. 1 lit. h) auf

*„(...) alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf (...) den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.“*

Diese Formulierung findet sich fast wortgleich auch in § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG wieder, auf den § 19 Abs. 2 AGG bezüglich der Merkmale der Rasse und der ethnischen Herkunft verweist.

### 2.1 Die Systematik des § 19 AGG und des zugrundeliegenden Europarechts

Es ist nicht ganz einfach, auf ersten Blick zu erkennen, wie sich dies in die Gesamtsystematik der zivilrechtlichen Vorschriften des AGG einfügt. Durch § 19 AGG wird der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots im deutschen Recht festgelegt. Nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG erstreckt sich dieser grundsätzlich auf

*„Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen.“*

Es handelt sich dabei nur dann um ein Massengeschäft, wenn es bei einem Schuldverhältnis auf Merkmale des Vertragspartners typischerweise und vernünftigerweise nicht ankommt, sondern der Anbieter dieses im

Rahmen seiner Kapazitäten grundsätzlich mit jeder zahlungswilligen und zahlungsfähigen Person abschließen würde – nur dann ist das Geschäft „ohne Ansehen der Person“ i. S. d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1.<sup>5</sup> Dies ist bei Mietverträgen regelmäßig nicht der Fall – selbst dann, wenn es sich um größere Wohnungsanbieter handelt, die eine Vielzahl von Wohnungen vermieten, ohne dass es zu einem persönlichen Näheverhältnis zwischen Vermieter und Mieter käme. Im Gegensatz dazu nennt die Gesetzesbegründung die Vermietung von Wohnraum durch einen großen Wohnungsanbieter als Beispiel des § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG, dessen wichtigsten Anwendungsfall sie darstellt.<sup>6</sup> In der Tat: Dass Wohnraummietverträge grundsätzlich von § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG erfasst werden, wird auch daran deutlich, dass der Anwendungsbereich diesbezüglich durch § 19 Abs. 3 und 5 S. 3 AGG wieder eingeschränkt wird.<sup>7</sup>

Weitergehend jedoch erstreckt § 19 Abs. 2 AGG den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots bei Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft auf sämtliche zivilrechtliche Schuldverhältnisse, die von § 2 Abs. 1 Nr. 5–8 AGG erfasst sind. Eine Begrenzung auf Massengeschäfte bzw. massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte wie in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG findet hier nicht statt.<sup>8</sup> Verboten sind Diskriminierungen wegen der Rasse und der ethnischen Zugehörigkeit sowohl bei der Begründung als auch bei der Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse.

Aus der fehlenden Anwendbarkeit des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG folgt auch die Irrelevanz des § 19 Abs. 5 S. 3 AGG für die Merkmale Rasse und Ethnie: Danach handelt es sich typischerweise nicht um ein Geschäft im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, „wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet“. Diese Vermutung findet nur im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG Anwendung, die einer Benachteiligung wegen der Merkmale Religion, Alter, Behinderung und sexuelle Identität nur in den Bereichen Beschäftigung und Beruf entgegensteht.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 17; Staudinger/Serr, 2018, § 19 AGG Rn. 27.

<sup>6</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 42; MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 43.

<sup>7</sup> Metzger WuM 2007, 47.

<sup>8</sup> Bauer/Krieger/Günther, 5. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 13; Däubler/Bertzbach/Klose/Braunroth, 4. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 45; Schiek, 2007, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 19 AGG Rn. 16; Erman/Armbrüster, 15. Aufl. 2017, § 19 AGG Rn. 23 ff.

<sup>9</sup> Vgl. ausführlich zu Einschränkungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/113/EG und zur fraglichen Wahl der Grenzzahl 50: MüKo/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 121.

Die Richtlinie 2000/43/EG hingegen hat die Möglichkeit der Begrenzung auf Massengeschäfte gerade nicht zugelassen.<sup>10</sup>

Aus dieser – unglücklich gewählten – Systematik folgt zudem: Im Gegensatz zu § 19 Abs. 5 S. 3 AGG finden § 19 Abs. 5 S. 1 und S. 2 AGG auch auf das Benachteiligungsverbot wegen Rasse und ethnischer Herkunft nach § 19 Abs. 2 AGG Anwendung. Denn insofern findet keine Begrenzung auf Fälle des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG statt. Die Sätze 1 und 2 des § 19 Abs. 5 AGG schließen jedoch wiederum die Anwendung der Vorschriften des dritten Abschnitts des AGG bezüglich solcher zivilrechtlicher Schuldverhältnisse aus,

*„bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen.“*

Die Frage, ob es sich hierbei um eine im Hinblick auf die Richtlinie 2000/43/EG europarechtskonforme Bereichsausnahme handelt, ist in der Literatur seit dem Inkrafttreten des AGG nach wie vor umstritten.

## 2.2 Die Bereichsausnahme privater Vermietung – Eine Sichtung des vorhandenen Schrifttums

Ein Teil des Schrifttums hält die in § 19 Abs. 5 S. 1 und 2 AGG enthaltene Bereichsausnahme auch bezüglich der Merkmale Rasse und ethnische Herkunft für unionsrechtskonform.<sup>11</sup> Dementsprechend werde auch § 19 Abs. 2 AGG von der Bereichsausnahme erfasst.<sup>12</sup> Die Herleitung dieser Ansicht wird regelmäßig auf den Wortlaut des Erwägungsgrundes 4 Richtlinie 2000/43/EG gestützt:

<sup>10</sup> BT-Dr 16/2022, S. 13; Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 12.

<sup>11</sup> Adomeit/Mohr, 2. Aufl. 2011, § 19 AGG Rn. 57; Armbrüster, ZRP 2005, 41, 42; Erman/Armbrüster, 15. Aufl. 2017, § 19 AGG Rn. 34; Bauer/Krieger/Günther, 5. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 15; Rühl/Schmid/Viethen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, S. 100; Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 11; Stork, Diss. 2006, Das Anti-Diskriminierungsrecht der europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, S. 275; offenlassend Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder, 2008, § 19 AGG Rn. 20.

<sup>12</sup> Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 11; a.A. Adomeit/Mohr, 2. Aufl. 2011, § 19 AGG Rn. 62, die sich damit in Widerspruch zu ihren Ausführungen in Rn. 57 setzen.

„Es ist wichtig, daß diese Grundrechte und Grundfreiheiten, einschließlich der Vereinigungsfreiheit, geachtet werden. Ferner ist es wichtig, dass im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt.“

Dieser rechtfertige die Bereichsausnahme auch im Anwendungsbereich der Antirassismusrichtlinie.<sup>13</sup> Dass sich die Wertung des Erwägungsgrundes nicht im Text der Richtlinie selbst widerspiegelt, sei dabei unerheblich.<sup>14</sup> Eine Regelungskompetenz bezüglich persönlicher Näheverhältnisse komme der Europäischen Union ohnehin nicht zu.<sup>15</sup> *Wendeling-Schröder* räumt dabei zwar ein, dass der Erwägungsgrund den Begriff des „Vertrauensverhältnisses“ nicht enthält, die Bereichsausnahme rechtfertige sich aber daraus, dass bei ihrer Interpretation ein stärkeres Gewicht auf den Aspekt der „Nähe“ zu legen sei als auf den des „Vertrauens“. Vertrauensverhältnisse, die nicht zugleich die Privatsphäre betreffen, seien daher nicht erfasst.<sup>16</sup> *Stork* führt zudem aus, dass es sich eben nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern um eine Bereichsausnahme im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 lit. h Richtlinie 2000/43/EG handele, welcher nur solche Güter und Dienstleistungen erfasse, „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Soweit die Privatsphäre und das Familienleben betroffen seien, sei dies gerade nicht der Fall.<sup>17</sup> Auch *Maier-Reimer* spricht sich dafür aus, dass der in dem Erwägungsgrund angesprochene Schutz sich bereits in dem Merkmal der öffentlichen Verfügbarkeit widerspiegele – darin jedoch auch erschöpfe. Insofern sei die Bereichsausnahme entweder „überflüssig“ oder „für Differenzierungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft gemeinschaftsrechtswidrig“.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> *Adomeit/Mohr*, 2. Aufl. 2011, § 19 AGG Rn. 57; *Erman/Armbrüster*, 15. Aufl. 2017, § 19 AGG Rn. 34; *Rühl/Schmid/Viethen*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, S. 100; *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 11.

<sup>14</sup> *Erman/Armbrüster*, 15. Aufl. 2017, § 19 AGG Rn. 34.

<sup>15</sup> *Rühl/Schmid/Viethen*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, S. 100.

<sup>16</sup> *Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder*, 2008, § 19 AGG Rn. 20.

<sup>17</sup> *Stork*, Diss. 2006, Das Anti-Diskriminierungsrecht der europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, S. 274.

<sup>18</sup> *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2581.

Schließlich bejahen einige Stimmen in der Literatur zwar im Ergebnis unter Berufung auf die zuvor genannten Argumente die Unionsrechtskonformität der Regelung, bleiben dabei jedoch selbst nicht ohne Zweifel.<sup>19</sup>

Auf der anderen Seite finden sich allerdings auch Stimmen, die die Unionsrechtskonformität der Bereichsausnahme nicht nur anzweifeln, sondern entschieden ablehnen.<sup>20</sup> *Schiek* begründet dies mit einem Vergleich zu nach der Rechtsprechung des EuGH unzulässigen Kleinbetriebsbeschränkungen und Kleinvermieterklauseln im britischen Recht.<sup>21</sup>

Eine weitere Gruppe von Stellungnahmen sieht wiederum die Möglichkeit einer einschränkenden richtlinienkonformen Auslegung.<sup>22</sup> Die Bereichsausnahme des § 19 Abs. 5 AGG sei insofern dahingehend auszulegen, dass sie lediglich den Schutz von Privatsphäre und Familienleben bezwecke<sup>23</sup> bzw. lediglich davon betroffene Geschäfte vom Gleichbehandlungsgebot ausnehme<sup>24</sup>. *Rolfs* und *Wackerbarth* stehen der Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung anhand des Erwägungsgrundes 4 Richtlinie 2000/43/EG hingegen skeptisch gegenüber: Der Inhalt des Erwägungsgrundes habe im Wortlaut der Richtlinie gerade keinen Ausdruck gefunden,<sup>25</sup> sodass auch kein Auslegungsspielraum vorhanden sei, innerhalb dessen die Wertung des Erwägungsgrundes herangezogen werden könne.<sup>26</sup>

*Derleder* und *Hinz* schließlich treffen keine konkrete Aussage im Hinblick auf die Unionsrechtskonformität der Bereichsausnahme, sondern betonen die Sonderstellung der Diskriminierungsmerkmale Rasse und ethnische Herkunft innerhalb der unionsrechtlich determinierten Diskriminierungsverbote.<sup>27</sup> Im Hinblick auf diese Merkmale bestehe „ein absolutes Benachteiligungsverbot auf dem Wohnungsmarkt“, das auch für den „Privat- oder

<sup>19</sup> *Armbrüster*, ZRP 2005, 41, 42. „Europarechtlich bewegt sich der Entwurf (...) auf dünnem Eis“; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 8; *Stork*, Diss. 2006, Das Anti-Diskriminierungsrecht der europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, S. 275 „noch von den Richtlinienvorgaben gedeckt“; zweifelnd und im Ergebnis ablehnend *Emmerich/Sonnenschein/Rolfs*, 11. Aufl. 2014, § 19 AGG Rn. 35.

<sup>20</sup> *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2581; *Schiek*, 2007, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 19 AGG Rn. 26.

<sup>21</sup> *Schiek*, 2007, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 19 AGG Rn. 26.

<sup>22</sup> *Gaier/Wendtland/Gaier*, 2006, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 2 Rn. 42; *Däubler/Bertzbach/Klose/Braunroth*, 4. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn 67; *Hey/Forst/Weimann*, 2. Aufl. 2015, § 19 AGG Rn. 213.

<sup>23</sup> *Däubler/Bertzbach/Klose/Braunroth*, 4. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn 67.

<sup>24</sup> *Hey/Forst/Weimann*, 2. Aufl. 2015, § 19 AGG Rn. 213.

<sup>25</sup> *Wackerbarth*, ZIP 2007, 453, 454, der darin eine „Minderumsetzung“ sieht.

<sup>26</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Rolfs*, 11. Aufl. 2014, § 19 AGG Rn. 35.

<sup>27</sup> *Derleder*, NZM 2007, 625, 626; *Hinz*, ZMR 2006, 742.

Kleinvermieter“ Geltung beanspruche.<sup>28</sup> Die Antirassismusrichtlinie sei unter den dem AGG zugrunde liegenden Richtlinien die umfassendste und strengste.<sup>29</sup>

## 2.3 Eine Ordnung der Argumente

Die Ansichten sind also vielfältig, ebenso wie die jeweils genannten Argumente. Es gilt, sie zu ordnen und zu gewichten.

### 2.3.1 Der Wortlaut

Ausgangspunkt der Argumentation muss entsprechend der Auslegungspraxis des EuGH der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. h) Richtlinie 2000/43/EG sein. Dabei ist zu beachten, dass nach Art. 55 EUV und Art. 358 AEUV eine Gleichrangigkeit aller Sprachfassungen des Unionsrechts gilt.<sup>30</sup> Eine solche vertiefte Wortlautanalyse erübrigt sich, denn: Eine solche Bereichsausnahme findet sich im Wortlaut der Richtlinie gar nicht. Hinsichtlich des Schutzes vor Benachteiligungen aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft unterstreicht allein der Erwägungsgrund 4 Richtlinie 2000/43/EG zwar die Wichtigkeit, „dass im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt“. Damit enthält die Richtlinie 2000/43/EG im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG aber keinen Exemptionstatbestand und keinen Rechtfertigungstatbestand für Benachteiligungen bei besonderem Nähe- und Vertrauensverhältnis – diese werden allein in den Artikeln der Richtlinie selber in Art. 3 (Geltungsbereich) und Art. 4 (Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen) angesprochen. Für eine solche Regelung des Geltungsbereichs ist der Erwägungsgrund seiner Struktur nach zu unpräzise. Er spricht vom Schutz der Privatsphäre – meint aber nicht zwingend den Schutz der Privatsphäre durch Ausnahme von der Regelung, sondern kann auch den Schutz in Anwendung der Richtlinie meinen.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Hinz, ZMR 2006, 742.

<sup>29</sup> Derleder, NZM 2007, 625, 626.

<sup>30</sup> Vgl. zuletzt etwa EuGH v. 31.05.2018 – C-542/16 (Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag u. a.), VersR 2019, 165, 169 Rn. 39.

<sup>31</sup> Zum Schutz der Privatsphäre s. auch sogleich Abschn. 2.3.4.2.

*Welche Bedeutung Erwägungsgründe haben und dass der EuGH hier zuweilen differenzierend Bezug nimmt, zeigen exemplarisch gerade für das Diskriminierungsrecht das Urteil in der Rs. Palacios und die dazugehörigen Anträge<sup>32</sup> des Generalanwalts Mazak. Während er noch im Hinblick auf den 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78/EG, wonach die Richtlinie nicht die einzelstaatlichen Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand berührt, die Anwendbarkeit der Richtlinie auf Regelungen verneint hat, die die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen des Renteneintrittsalters betreffen, hat der EuGH anders entschieden: Der Erwägungsgrund beschränke sich „auf die Klarstellung, dass die Richtlinie nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten tangiert, das Alter für den Eintritt in den Ruhestand zu bestimmen, und steht in keiner Weise der Anwendung der Richtlinie auf nationale Maßnahmen entgegen, mit denen die Bedingungen geregelt werden, unter denen ein Arbeitsvertrag endet, wenn das auf diese Weise festgesetzte Ruhestandsalter erreicht wird“.<sup>33</sup> Auch dies spricht dagegen, Erwägungsgründe zur Herleitung von Bereichsausnahmen heranzuziehen.*

### 2.3.2 Die Systematik

Die Auslegung darf jedoch nicht bei dem einzelnen Wort stehen bleiben, sondern muss in dem Bedeutungszusammenhang in den Blick genommen werden, in den es der Gesetzgeber gestellt hat. Gerade dann, wenn eine Legaldefinition eines Begriffes fehlt, kann der Kontext, in dem der Begriff verwendet wird, entscheidende Bedeutung für seine Auslegung gewinnen.<sup>34</sup>

Hierbei ist zunächst offensichtlich, dass die Ausnahmetatbestände im Gegensatz zu Rechtfertigungsgründen keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen. Aus der zurückhaltenderen Formulierung des Erwägungsgrundes (der eben noch nicht einmal als Rechtfertigungsgrund zu finden ist) würden also die diskriminierungsrechtlich sehr viel weitreichenderen Freiräume gezogen (nämlich einer Bereichsausnahme). Schließlich zeigt der Umkehrschluss zu Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG, dass im Bereich von Rasse und ethnischer Herkunft eine Bereichsausnahme oder Rechtfertigung

<sup>32</sup> EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts v. 15.02.2007, C-411/05, juris Rn. 67.

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 16.10.2007 – C-411/05 (Palacios), NJW 2007, 3339, Leitsatz.

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 19.11.2009 – C-402/07 (Sturgeon/Condor Flugdienst GmbH) sowie C-432/07 (Böck und Lepuschitz/Air France SA), NJW 2010, 43, 44 Rn. 29 ff.; EuGH v. 31.05.2018 – C-542/16 (Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag u.a.), VersR 2019, 165, 169 Rn. 39.

tigung für Benachteiligungen im Bereich der Privatsphäre und des Familienlebens gerade nicht gewollt ist.<sup>35</sup> Denn Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG sieht eine solche Bereichsausnahme ausdrücklich vor.<sup>36</sup> In der Richtlinie 2000/43/EG findet sich hingegen kein Äquivalent zu dieser Vorschrift. Wie eine Gesamtschau der Schutzniveaus in den Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG ergibt, sind die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft auch in anderen Bereichen stärker geschützt als die übrigen Merkmale i. S. v. § 1 AGG.<sup>37</sup> Auch die Systematik legt also nahe, dass die Ausnahme in § 19 Abs. 5 AGG nicht von der Richtlinie 2000/43/EG gedeckt ist.<sup>38</sup>

### 2.3.3 Das Ziel

Nicht weniger wichtig für das richtige Verständnis einer Regelung ist auch das mit ihr verfolgte Ziel. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH „sind bei der Auslegung einer Gemeinschaftsvorschrift nicht nur deren Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden“.<sup>39</sup> Ihr Ziel legt die Richtlinie 2000/43/EG selbst in Art. 1 fest:

*„Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten.“*

<sup>35</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 98.

<sup>36</sup> „Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt diese Richtlinie für alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, 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.“

<sup>37</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 98.

<sup>38</sup> Ebenso bereits in der öffentlichen Anhörung zum ADG am 7.3.2005: *Mahlmann* Stellungnahme, BT-Prot. 15/51 Teil II 187–195, 191; *Nickel* Stellungnahme, BT-Prot. 15/51 Teil II 197–209, 203; *Raasch* Stellungnahme, BT-Prot. 15/51 Teil II 237–247, 242; *Schiek*, 2007, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 19 AGG Rn. 26. Die Notwendigkeit konformer Auslegung bejahen auch *Däubler/Bertzbach/Klose/Braunroth*, 4. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 66 f.; *Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder*, 2008, § 19 AGG Rn. 20; a. A. *Armbrüster* ZRP 2005, 42: „dünnere Eis“; „Regelung ist jedoch als noch von den Richtlinienvorgaben als gedeckt anzusehen“; *Erman/Armbrüster*, 15. Aufl. 2017, § 19 AGG Rn. 34; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 8; *Bauer/Krieger/Günther*, 5. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 17.

<sup>39</sup> Vgl. nur EuGH, Urt. v. 29.04.2004 – C-277/00 (SMI), EuZW 2004, 370 Rn. 21.

Innerhalb des Unionsrechts ist dabei insbesondere der Auslegungsgrundsatz des *effet utile* als Unterform der teleologischen Auslegung zu beachten.<sup>40</sup> Die Ziele der Richtlinie müssen sich zudem in dem auf ihrer Grundlage geschaffenen nationalen Recht nicht nur widerspiegeln, sondern darin auch tatsächlich verwirklicht werden.

*Umstrittenes Beispiel: Der EuGH hat zuletzt in seiner Entscheidung zur Vertrauensarbeitszeit ausgeführt, dass die Mitgliedstaaten trotz der durch die Regelungsform der Richtlinie bestehenden Spielraums im Hinblick auf die durch eine solche verfolgten wesentlichen Ziele die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der dadurch gewährten Rechte in vollem Umfang sicherzustellen haben.*<sup>41</sup>

Übertragen auf den hier relevanten Fall der Diskriminierungsmerkmale Rasse und ethnische Herkunft im Hinblick auf die Vermietung von Wohnraum kann daher recht einfach festgestellt werden: Bei der Auslegung der Richtlinie 2000/43/EG ist die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung nur dann zu erreichen, wenn das Diskriminierungsverbot auch vollständig so, wie es in der Richtlinie vorgesehen ist, verstanden und angewendet wird. Korrespondierend mit dem Wortlaut verbieten sich damit Ausnahmebestimmungen, die in der Richtlinie selbst entweder nicht vorhanden oder in diesem Maße nicht angelegt sind. Die Ziele der Richtlinie 2000/43/EG sprechen jedenfalls nicht für eine solche ungeschriebene Ausnahme.

### 2.3.4 Zur Auslegung der Richtlinie 2000/43/EG auf Grundlage von Art. 7 GrCh

Die Prüfung ist hier freilich noch nicht zu Ende. Denn die Privatsphäre, die durch Erwägungsgrund 4 adressiert ist, hat auch primärrechtlichen Wert. Sie ist geschützt durch Art. 7 GRCh. Dies ist auch bei der Auslegung der Richtlinie zu berücksichtigen.

<sup>40</sup> Ausführlich auch zu den methodischen Grundlagen der Auslegung nach *effet utile*: Potacs, EuR 2009, 465 ff.

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 (Federación de Servicios de Comisiones Obreras [CCOO]/ Deutsche Bank SAE)NZA 2019, 683, 685 Rn. 42.

*Hier sind Parallelen augenfällig zur Frage des Status der Kirchen im Hinblick auf das Diskriminierungsrecht. In Erwägungsgrund 24 betont die Richtlinie 2000/78/EG „Die Europäische Union hat (...) anerkannt, dass sie den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt und dass dies in gleicher Weise für den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften gilt.“ – und eben dies ist in Art. 17 AEUV geschützt. Wie diese doppelte Auslegungsrelevanz des Statusschutzes der Kirchen zu verstehen ist, war zentraler Streitpunkt in der Rs. Egenberger.<sup>42</sup>*

#### 2.3.4.1 Die Notwendigkeit primärrechtskonformer Auslegung

In der Tat: Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Bestimmung des abgeleiteten Unionsrechts möglichst so auszulegen, dass sie mit dem Vertrag und den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts vereinbar ist. Es gilt das *Gebot der primärrechtskonformen Auslegung*.<sup>43</sup> Das Primärrecht der Union umfasst dabei auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts.<sup>44</sup>

*Wie weit das Gebot der primärrechtskonformen Auslegung für das Verständnis des abgeleiteten Unionsrechts gehen kann, wird in Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Test-Achats<sup>45</sup> deutlich. Dort hat der Gerichtshof Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2003/114/EG für ungültig erklärt, weil die darin vorgesehene Ausnahmemöglichkeit vom Grundsatz der geschlechtsneutralen Prämien und Leistungen bei Versicherungen nicht mit den Art. 21 und 23 der Grundrechtecharta zu vereinbaren war. Er führte dazu aus:*

*„Im 19. Erwägungsgrund der Richtlinie wird die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, die Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen nicht anzuwenden, als ‚Ausnahme‘ bezeichnet. Somit beruht die Richtlinie 2004/113 auf der Prämisse, dass für die Zwecke der Anwendung des in den Art. 21 und 23 der Charta verbürgten*

<sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 17.04.2018 – C-414/16 (Egenberger), NZA 2018, 569; hierzu auch Thüsing/Mathy, RIW 2018, 559.

<sup>43</sup> Zuerst EuGH, Urt. v. 13.12.1983 – C-218/82 (Kommission/Rat), EU:C:1983:369, Rn. 15, s. später etwa Urt. v. 01.04.2004 – C-1/02 (Privatmolkerei Borgmann GmbH & Co KG/Hauptzollamt Dortmund), EU:C:2004:202, Rn. 30.

<sup>44</sup> Däubler/Bertzbach/Däubler, 4. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 143.

<sup>45</sup> EuGH, Urt. v. 01.03.2011, C-236/09 (Test-Achats), ZESAR 2011, 294.

*Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern die Lage von Frauen und die Lage von Männern in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen vergleichbar sind.*

*Damit besteht die Gefahr, dass die in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 vorgesehene Ausnahme von der Gleichbehandlung von Frauen und Männern nach dem Unionsrecht unbefristet zulässig ist.*

*Eine solche Bestimmung, die es den betreffenden Mitgliedstaaten gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen unbefristet aufrechtzuerhalten, läuft der Verwirklichung des mit der Richtlinie 2004/113 verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und ist mit den Art. 21 und 23 der Charta unvereinbar.<sup>46</sup>*

Demnach kann die primärrechtskonforme Auslegung im Ergebnis sogar dazu führen, dass eine Bestimmung in einer Richtlinie ungültig und damit nicht anzuwenden ist. Umso mehr gilt es daher, primärrechtliche Bestimmungen und Grundsätze dort zu Grunde zu legen, wo die entsprechende Auslegung ein europarechtskonformes Verständnis ermöglicht.

#### 2.3.4.2 Das Grundrecht der Privatsphäre

Daher ist der Schutz des Privat- und Familienlebens bei der Auslegung der Antirassismusrichtlinie durchaus zu beachten und ihr substantielles Gewicht beizumessen. Der Wortlaut der Richtlinie 2000/43/EG steht dem nicht entgegen. Zwar sieht die Richtlinie 2000/43/EG keine Ermächtigung für eine derartige Bereichsausnahme vor, jedoch zeigt Erwägungsgrund 4, dass der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens auch im Bereich von Benachteiligungen wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft berücksichtigt werden kann.<sup>47</sup> Auch in der Rechtsprechung des EuGH ist das Recht auf Achtung des Privatlebens<sup>48</sup> und des Familienlebens<sup>49</sup> als von der

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 01.03.2011, C-236/09 (Test-Achats), ZESAR 2011, 294, Rn. 30 ff.

<sup>47</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 99.

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 08.11.1983 - 165/82 (Kommission/Vereinigtes Königreich), NJW 1985, 539; EuGH, Urt. v. 08.04.1992 - C-62/90 (Kommission/Deutschland), Slg. 1992, 2575 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 05.10.1994 - C-404/92 P (Aids-Test), Slg. 1994, 4737 Rn. 17.

<sup>49</sup> EuGH, Urt. v. 17.09.2002 - C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, 7091 Rn. 72; EuGH, Urt. v. 18.05.1989 - 249/86 (Kommission/Deutschland „Wanderarbeitnehmer“), Slg. 1989, 1263 Rn. 10; EuGH, Urt. v. 13.02.1985 - 267/83 (Diatta/Land Berlin), Slg. 1985, 567 Rn. 14 ff.

Gemeinschaftsordnung geschütztes Grundrecht seit jeher anerkannt.<sup>50</sup> Durch Art. 7 der GrCh ist es seit der Rechtsverbindlichkeit der EU-Grundrechtecharta mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 ausdrücklich geschützt. Zuvor war die Charta der Grundrechte der Europäischen Union bereits am 7.2.2000 in Nizza proklamiert worden.<sup>51</sup>

*„Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation.“*

Aus dem Recht der „Achtung“ ergibt sich sowohl für die Unionsorgane als auch für die Mitgliedstaaten die Pflicht, einerseits selbst Eingriffe in den geschützten Bereich zu unterlassen und diesen andererseits durch alle Gewalten des Rechtsstaats abzusichern.<sup>52</sup> Auf dieses Grundrecht hat sich der EuGH zuletzt insbesondere im Hinblick auf den Schutz personenbezogener Daten bezogen und dabei konstatiert, dass der grundrechtliche Schutz verlange, „dass sich die Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und dessen Einschränkungen auf das absolut Notwendige beschränken“.<sup>53</sup>

Was beim Datenschutz Gewicht hat, hat es auch im Diskriminierungsrecht. Diese abstrakten Vorgaben sind jedoch zu konkretisieren, um in der Auslegung fruchtbar zu werden. Der EuGH hat sie bereits exemplarisch am Beispiel des Verbots der Geschlechtsdiskriminierung aufgezeigt: Im britischen *Sex Discrimination Act 1975* existierte eine Bestimmung, die die Fälle der Beschäftigung in einem Privathaushalt und der Beschäftigung von weniger als fünf Personen von dem Diskriminierungsverbot ausschloss. Insofern hat der Gerichtshof entschieden, dass es sich dabei um eine zu weite Ausnahmeregelung handele, die nicht durch das zu schützende Grundrecht gerechtfertigt werden kann:

*„Zwar ist unbestreitbar, daß diese Rechtfertigung für bestimmte Beschäftigungen in Privathaushalten eine entscheidende Rolle spielen kann; dies gilt jedoch nicht für alle in Rede stehenden Beschäftigungen.“*

---

<sup>50</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 99.

<sup>51</sup> ABl. C 364, S. 1.

<sup>52</sup> Meyer/Bernsdorff, 4. Aufl. 2014, Art. 7 GrCh Rn. 16.

<sup>53</sup> EuGH, Urt. v. 08.04.2014 – C-293/12 (Digital Rights Ireland u. a.), EU:C:2014:238, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung; EuGH, Urt. v. 06.10.2015 – C-362/14, NJW 2015, 3151, Rn. 92.

*Was die kleinen Unternehmen mit nicht mehr als fünf Beschäftigten angeht, hat das Vereinigte Königreich nichts vorgetragen, was beweisen könnte, daß jedes Unternehmen dieser Größe das Geschlecht des Arbeitnehmers aufgrund der Art seiner Tätigkeiten oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt.*

*Daraus folgt, daß die in der beanstandeten Bestimmung des Gesetzes von 1975 enthaltene Ausnahme aufgrund ihres allgemeinen Charakters über das Ziel hinausgeht, das im Rahmen des Art. 2 II der Richtlinie berechtigterweise verfolgt werden kann.<sup>454</sup>*

Damit wird deutlich: Die Privatsphäre ist ein Grundrecht – auch auf europäischer Ebene. Es ist daher bei der Auslegung und bei der Abwägung mit anderen gleichermaßen geschützten Gütern zu berücksichtigen. Aus dem Grundrecht kann jedoch kein eigenständiger Rechtfertigungsgrund hergeleitet werden, sondern es ist bei der Auslegung und Anwendung der ausdrücklich in der Richtlinie vorgesehenen Rechtfertigungsgründe mit einzubeziehen. Erst recht kann es keine Bereichsausnahme begründen.

### 2.3.5 Ein erstes Zwischenfazit

Nach dem Ausgeführten lässt sich festhalten, dass die in § 19 Abs. 5 AGG enthaltene Bereichsausnahme europarechtlich unzulässig ist. Die Verneinung vor der Privatsphäre ist zu tief geraten, denn sowohl der Wortlaut der Richtlinie 2000/43/EG als auch ihre Systematik und das von ihr verfolgte Ziel sprechen insoweit gegen die Europarechtskonformität der deutschen Umsetzung. Bei der Auslegung ist auch das primärrechtlich anerkannte und durch Art. 7 GRCh kodifizierte Grundrecht auf Privatsphäre und des Familienlebens heranzuziehen. Auch auf Grundlage dieser Bestimmung lässt sich jedoch keine entsprechende Bereichsausnahme oder ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund in die Richtlinie 2000/43/EG hineinlesen.

<sup>54</sup> EuGH, Urt. v. 08.11.1983 - Rs 165/82 (Kommission/Vereinigtes Königreich), NJW 1985, 539.

## 2.4 Umsetzung in anderen Ländern

Und wie verstehen andere Länder die Vorgaben des Europarechts? Von der Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG sind alle Mitgliedstaaten der EU gleichermaßen betroffen. Es stellt sich insofern die Frage, inwiefern der Wortlaut von Erwägungsgrund 4 Richtlinie 2000/43/EG andere Mitgliedstaaten dazu verleitet hat, ähnliche Bereichsausnahmen oder Rechtfertigungsgründe in ihre nationalen Umsetzungsgesetze aufzunehmen. Polen<sup>55</sup> beispielsweise kennt für den Bereich der Vermietung insofern keinerlei Ausnahmetatbestände. Um sich der Antwort auf diese Frage zu nähern und daraus mögliche Rückschlüsse auf das gebotene Verständnis der Richtlinie 2000/43/EG zu ziehen, soll nun ein Blick auf die diesbezüglichen Regelungen einiger exemplarisch herausgegriffener Länder geworfen werden.

### 2.4.1 Großbritannien

Der britische *Equality Act 2010* verbietet in Sec. 33 (1) recht allgemein die Diskriminierung bei der Vermietung von Räumlichkeiten (*premises*). Nach Sec. 38 (9) finden jedoch insofern die Ausnahmen von *schedule 5* Anwendung. Dieser wiederum sieht detailreiche Ausnahmen von diesem Diskriminierungsverbot für Alleineigentümer und -bewohner (*owner-occupier*) vor. In der zugehörigen *Explanatory note* wird dazu jedoch ausgeführt, dass diese Ausnahme auf das Diskriminierungsmerkmal der Rasse<sup>56</sup> gerade keine Anwendung findet:

*„This exception does not apply to race discrimination in disposing of premises. It only applies to discrimination in relation to permission to dispose of premises where it is based on religion or belief or sexual orientation.“<sup>57</sup>*

### 2.4.2 Frankreich

In Frankreich wurde durch Art. 158 der Loi n°2002-73 vom 17. Januar 2002 zur Umsetzung der Antirassismusrichtlinie eine schon zuvor bestehende

<sup>55</sup> Bojarski, Country report, Non-discrimination, Poland 2018, S. 84, verfügbar unter <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/157bce4a-12fa-11e9-81b4-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-87839275> (Abruf 19.06.2019).

<sup>56</sup> Nach Sec. 9 (1) umfasst der Begriff der Rasse die Hautfarbe, die Nationalität und die ethnische sowie die nationale Herkunft.

<sup>57</sup> Equality Act 2010, Explanatory Notes, Schedule 5, 767, abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/notes/division/3/16/22> (Abruf 19.06.2019).

Vorschrift, die das Recht auf Wohnung als Grundrecht bezeichnet,<sup>58</sup> dahingehend verändert, dass die Diskriminierung im Bereich der Vermietung ausdrücklich verboten wurde. Entsprechend der Bezeichnung als „Grundrecht“ ist das französische Recht im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung bei der Vermietung sehr streng und lässt insofern keinerlei Ausnahmen zu.<sup>59</sup>

### 2.4.3 Österreich

Das österreichische Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) hat sich im Hinblick auf die Umsetzung des allgemeinen Benachteiligungsverbots im Zivilrecht auf den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG beschränkt.

Nach § 30 Abs. 2 GIBG „gelten die Bestimmungen dieses Abschnittes für Rechtsverhältnisse (...) beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum“. Die Ausnahmebestimmungen in § 33 GIBG beziehen sich nur auf verhältnismäßige Maßnahmen im Hinblick auf die Unterscheidung nach dem Geschlecht. Eine über das Merkmal der öffentlichen Verfügbarkeit hinausgehende Bereichsausnahme für Vermietungen innerhalb besonderer Nähe- oder Vertrauensverhältnisse ist hingegen nicht vorgesehen.

Auffällig ist in § 36 GIBG jedoch ein – erst nachträglich 2011 in Orientierung auch am deutschen Recht in das Gesetz eingefügtes – spezielles Gebot des diskriminierungsfreien Inserierens von Wohnraum enthalten, wofür in S. 2 ein eigener Rechtfertigungsgrund bestimmt wird:

---

<sup>58</sup> „Le droit au logement est un droit fondamental“.

<sup>59</sup> Vgl. zum ganzen Absatz Latraverse, Country report, Non-discrimination, France 2018, S. 79, abrufbar unter <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4747-france-country-report-non-discrimination-2018-pdf-2-96-mb> (Abruf 19.06.2019).

*„Eine Diskriminierung liegt nicht vor, wenn die Anforderung an das betreffende Merkmal durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Eine Diskriminierung liegt insbesondere dann nicht vor, wenn durch die Bereitstellung von Wohnraum ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird.“*

Das bedeutet, dass zwar für die öffentlich verfügbare Vermietung selbst keine Rechtfertigung vorgesehen ist, für das dem Vertragsabschluss vorgelagerte Inserat aber doch. Schon in dieser – auch direkte Diskriminierungen betreffenden – Ausnahme kann ein Verstoß gegen Richtlinie 2000/43/EG gesehen werden und wird es zuweilen auch.<sup>60</sup> Im Gegensatz zu der deutschen Konstruktion handelt es sich hierbei jedoch nur um einen Rechtfertigungsgrund und gerade keine Bereichsausnahme.

## 2.4.4 Schweden

Das schwedische Antidiskriminierungsgesetz wiederum kennt ebenfalls eine mit § 19 Abs. 5 S. 1 AGG vergleichbare Bereichsausnahme. Nach § 12 Nr. 1 Diskriminierungslagen ist Diskriminierung außerhalb des Privat- und Familienlebens bei der Bereitstellung von Wohnraum für die Öffentlichkeit verboten.<sup>61</sup> Im Umkehrschluss wird eine Geltung des Diskriminierungsverbots für den privaten Bereich also ausgeschlossen.<sup>62</sup> Der dem Umsetzungsgesetz zugrundeliegende Regierungsentwurf stellt zudem klar, dass bei nur vereinzelter Vermietung das Privat- bzw. Familienleben betroffen sein soll.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Schindlauer, Country report, Non-discrimination, Austria 2018, S. 79, verfügbar unter <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4740-austria-country-report-non-discrimination-2018-pdf-2-29-mb> (Abruf 19.06.2019).

<sup>61</sup> „Diskriminering är förbjuden för den som utanför privat- och familjelivet tillhandahåller varor, tjänster eller bostäder till allmänheten“.

<sup>62</sup> Benecke, 2010, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, S. 18.

<sup>63</sup> Lappalainen, Country report, Non-discrimination, Sweden 2018, S. 76, verfügbar unter <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4796-sweden-country-report-non-discrimination-2018-pdf-2-49-mb> (Abruf 19.06.2019).

## 2.4.5 Dänemark

Ähnlich gestaltet sich die Rechtslage auch in Dänemark: Dort verbietet § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die ethnische Gleichbehandlung die Ungleichbehandlung bei dem Zugang zu Waren und Dienstleistungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft. Nach § 2 Abs. 3 ist diese Bestimmung jedoch nicht auf solche Rechtsgeschäfte anwendbar, die rein privater Natur sind.<sup>64</sup>

## 2.4.6 Zwischenfazit

Der exemplarische Blick auf die Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG in anderen europäischen Mitgliedstaaten unterstreicht die augenscheinliche Sonderrolle, welche die von der Richtlinie erfassten Merkmale Rasse und ethnische Herkunft innerhalb des Gefüges des Antidiskriminierungsrechts auf europäischer Ebene einnehmen. Während manche Länder diese Merkmale insofern ganz von etwaigen Ausnahmen im Hinblick auf die private Vermietung von Wohnraum ausnehmen, haben andere die Wertungen des Erwägungsgrundes 4 Richtlinie 2000/43/EG ebenfalls in den Gesetzeswortlaut aufgenommen. In Österreich ist dies jedoch anders als in Deutschland als – ebenfalls im Hinblick auf das Unionsrecht bedenkliche – Rechtfertigungsmöglichkeit geschehen. Die schwedische Regelung wiederum weist auf den ersten Blick starke Ähnlichkeiten zu der deutschen Variante auf. Allerdings ist der Wortlaut „Privat- und Familienleben“ doch enger als „besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis“. Dies bestätigt – zumindest in der Tendenz – den bestehenden Handlungsbedarf im deutschen Recht.

---

<sup>64</sup> Vgl. *Justesen*, Country report, Non-discrimination, Denmark 2018, S. 67, verfügbar unter <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4683-denmark-country-report-non-discrimination-2018-pdf-2-58-mb> (Abruf 19.06.2019).

### 3. Zur möglichen Rechtfertigung des § 19 Abs. 3 AGG als positive Maßnahme i. S. d. Art. 5 Richtlinie 2000/43/EG

Ein weiteres „Einfallstor“ für eine zulässige unterschiedliche Behandlung auch aufgrund der durch die Richtlinie 2000/43/EG geschützten Merkmale ergibt sich aus § 19 Abs. 3 AGG.

*„Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig.“*

Dieser stellt einen besonderen Rechtfertigungsgrund für Benachteiligungen anhand sämtlicher Merkmale des § 1 AGG im Bereich der Vermietung von Wohnraum dar. Hinsichtlich der Merkmale Religion, Alter, Behinderung und sexuelle Identität, für die keine europarechtlichen Vorgaben im allgemeinen Zivilrecht aus der Richtlinie 2000/78/EG bestehen, ist dies europarechtlich unproblematisch. Auch Art. 4 Abs. 5 Richtlinie 2004/113/EG, nach dem unterschiedliche Behandlungen wegen des Geschlechts gerechtfertigt sind, wenn sie ein legitimes Ziel unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips verfolgen, ermächtigt zum Rechtfertigungsgrund des § 19 Abs. 3 AGG. Die Antirassismusrichtlinie sieht jedoch – wie dargestellt – keine derartige Rechtfertigung für Benachteiligungen wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft vor. Dort sind einzig und abschließend in Art. 4 und 5 die wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung und die positiven Maßnahmen als zulässige Ungleichbehandlungen normiert.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 85.

Bei den in § 19 Abs. 3 AGG genannten Voraussetzungen könnte es sich daher lediglich um solche handeln, die auch eine nach Art. 5 der Richtlinie 2000/43/EG zulässige positive Maßnahme rechtfertigen. Danach steht es den Mitgliedstaaten offen, „zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen“.

### 3.1 Begriff und Struktur der positiven Maßnahme

Die Grundlage positiver Maßnahmen ergibt sich aus ihrem Zweck. Bei der Gleichbehandlung kann es kein Mehr und kein Weniger geben.<sup>66</sup> Dabei unterscheiden sich positive Maßnahmen strukturell von anderen Rechtfertigungsgründen: Während letztere unter bestimmten Umständen eine schlechtere Behandlung eines Merkmalsträgers erlauben, sind positive Maßnahmen gerade darauf gerichtet, den betroffenen Merkmalsträgern gegenüber Nicht-Merkmalsträgern einen Vorteil zu verschaffen, der bestehende Ungleichheiten kompensieren und damit tatsächliche Gleichstellung schaffen soll. Mit dem Ziel der Verteilungsgerechtigkeit bei der Zuweisung von Gütern und Lasten ist die Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Gruppen zwar grundsätzlich unvereinbar; gerade sie soll verhindert werden, mag auch in der Vergangenheit der zu Bevorzugende oder auch ein anderer Angehöriger derselben Gruppe benachteiligt worden sein.<sup>67</sup> Die Überwindung der in der sozialen Wirklichkeit bestehenden Benachteiligung kann durch den bloßen Auftrag zur Gleichbehandlung aber nicht erreicht werden und positive Maßnahmen, die spezifisch bestimmte durch ein Diskriminierungsmerkmal betroffene Gruppen begünstigen, scheinen zuweilen erforderlich, um diesen Chancengleichheit zu ermöglichen. Tatsächliche Gleichheit verlangt zuweilen rechtliche Ungleichbehandlung:<sup>68</sup> „*In order to treat some people equally, we must treat them differently*“<sup>69</sup>

<sup>66</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 5.

<sup>67</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 5.

<sup>68</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 5.

<sup>69</sup> *Justice Blackmun* in *Regents v. Bakke*, 438 US 265 (1978). S. auch *Karlan/Rutherglen* 46 Duke L. J. 1, 9–11 (1996); ausführlich zum US-amerikanischen Recht s. Dworkin, *Is Affirmative Action Fair?*, *Sovereign Virtue*, 2000, 409 ff.; *Hasnas* 71 *Fordham Law Review* 423 (2003); *Burg*, *Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung*, 2009, 153 ff.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit positiver Maßnahmen hat sich der EuGH in seiner Rechtsprechung bislang vorwiegend zu arbeitsrechtlichen Bestimmungen äußern müssen. Insofern ist ein fallübergreifendes Prüfungsraster bisher nicht erkennbar. Der Rechtsprechung sind jedoch einige wesentliche Grundaussagen zur Dogmatik der *affirmative action* zu entnehmen.<sup>70</sup> Das betrifft zunächst den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Förderung und Gleichbehandlung, „wonach Ausnahmen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des verfolgten Zieles angemessen und erforderlich ist, und dass der Grundsatz der Gleichbehandlung so weit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Zieles in Einklang gebracht werden muss“.<sup>71</sup> Zu unterscheiden ist weiterhin bei der Art der Bevorzugung:<sup>72</sup> Es kann sich um eine unmittelbare Bevorzugung handeln oder nur eine solche, die bessere Grundvoraussetzungen für den Merkmalsträger schafft. Erforderlich ist zudem ein funktionaler Nexus zwischen positiver Maßnahme und der faktischen Benachteiligung.<sup>73</sup> Zu unterscheiden ist dabei zwischen den verhindernden und den ausgleichenden, d. h. kompensierenden Maßnahmen. Bei den verhindernden Maßnahmen ist die Geeignetheit und Erforderlichkeit leichter zu beurteilen als bei den ausgleichenden, bei denen ein geeigneter Parameter der Bewertung oftmals fehlt.<sup>74</sup>

## 3.2 Anerkannte Beispiele

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien hat der EuGH bereits in zahlreichen Fällen die Zulässigkeit positiver Maßnahmen anerkannt. Auch diese entstammen vorwiegend dem Bereich des Arbeitsrechts. So wurde etwa die Zurverfügungstellung von Kindergartenplätzen durch ein Unternehmen ausschließlich an weibliche Mitarbeiter, „um einer erheblichen Unterrepräsentation von Frauen bei seinen Beschäftigten entgegenzuwirken“, gebilligt.<sup>75</sup> In den Rs. Kalanke, Marschall und Badeck urteilte das Gericht, dass die Frauenquote nur als weiche Quote zulässig ist: Das Geschlecht darf nicht bei gleicher Qualifikation den absoluten und unbedingten Vorrang haben. Zulässig ist allein eine Quotenregelung, die gleich qualifizierten

<sup>70</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 7.

<sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 19.03.2002 – C-476/99 (Lommers), EWG-RL Nr. 76/207 Nr. 29 m. w. N.; hierzu Thüsing, DB 2002, 1452; Leder, EzA RL 76/207 EG-Vertrag 1999 Nr. 4; bestätigt EuGH, Urt. v. 30.09.2004 – C-319/03 (Briheche), AP EWG-RL Nr. 76/207 Nr. 37.

<sup>72</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 10 f.

<sup>73</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 12.

<sup>74</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 12.

<sup>75</sup> EuGH, Urt. v. 19.03.2002 – C-476/99 (Lommers), EWG-RL Nr. 76/207 Nr. 29 Rn. 50.

männlichen Bewerbern in jedem Einzelfall garantiert, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden.<sup>76</sup>

Im Hinblick auf die Vermietung von Wohnraum werden in der Literatur weitere Maßnahmen anerkannt. Dies betrifft spezielle Wohnprojekte wie Frauenhäuser und Schwestern- und Studentinnenwohnheime<sup>77</sup> oder Wohnheime für Menschen mit Behinderung<sup>78</sup>. All diesen Beispielen ist jedoch gemein, dass sie jeweils gezielte Förderungsmaßnahmen zugunsten von durch ein oder mehrere Diskriminierungsmerkmale geschützten Gruppen darstellen, also einer benachteiligten Gruppe zugutekommen. Das ist bei § 19 Abs. 3 AGG nicht der Fall.

### 3.3 Folgerungen für § 19 Abs. 3 AGG

Im Hinblick auf § 19 Abs. 3 AGG kommt nur eine unmittelbare Bevorzugung – vorrangig zur Behebung bestehender Nachteile – in Betracht. Denn solche Nachteile können auch in groben Ungleichgewichten hinsichtlich bestimmter Merkmale in der Bewohner- oder Siedlungsstruktur und ihren Folgen für das Zusammenleben bestehen.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> EuGH, Urt. v. 17.10.1995 – C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051; EuGH, Urt. v. 11.11.1997 – C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363; EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck) Slg. 2000, I-1875; missverständlich der Leitsatz 1 des LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.01.2011 – 9 Sa 1771/10, DB 2011, 2040, wonach ein unbedingter Vorrang zulässig zu sein scheint; tatsächlich erfolgte die Ausschreibung „im Rahmen des rechtlich Möglichen“, s. zum Ganzen auch *Burg*, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, 2009, S. 81 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, 75 f. m. w. N. zur kommentierenden Literatur.

<sup>77</sup> *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 13; Däubler/Bertzbach/Zimmer, 4. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 74.

<sup>78</sup> *Schiek*, 2007, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 5 AGG Rn. 14; Däubler/Bertzbach/Zimmer, 4. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 74.

<sup>79</sup> *MüKoBGB/Thüsing*, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 85.

### 3.3.1 Kein legitimes Ziel

Jedoch reicht der bloße Verweis auf „Gettoisierung“<sup>80</sup> oder „Entmischung“ hier nicht aus. Denn dort ist nicht klar, welcher konkreten diskriminierten Gruppe ein Nachteil entsteht, den es zu vermeiden gilt.<sup>81</sup> Vielmehr bringen diese Erscheinungen in erster Linie Nachteile für die Gesamtgesellschaft – nicht für den Einzelnen.<sup>82</sup> Die Verhinderung solcher Nachteile kann zwar ein sachlicher Grund i. S. d. § 20 Abs. 1 S. 1 AGG sein (der auf Rasse und ethnische Herkunft nicht anwendbar ist), aber keine positive Maßnahme gemäß dem zugrunde zu legenden europarechtlichen Verständnis.<sup>83</sup> Denn eine positive Maßnahme kann – wie gezeigt wurde – nur zugunsten von benachteiligten Merkmalsträgern bestehende Nachteile ausgleichen. Eine positive Maßnahme im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG muss insofern deren Ziel – den Schutz vor Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft – verfolgen und auf die tatsächliche Gleichstellung von Gruppen, die Diskriminierungen aufgrund dieser Merkmale ausgesetzt sind, hinwirken.

### 3.3.2 Keine Verhältnismäßigkeit bei Verfolgung des Ziels

Zudem: Nur eine gezielte Planung der Bewohner- und Siedlungsstruktur durch den Vermieter, die konkrete bestehende oder künftige Nachteile einer bestimmten diskriminierten Bevölkerungsgruppe verhindern oder ausgleichen soll und die dies darüber hinaus durch geeignete und erforderliche Maßnahmen erreicht, kann insofern eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.<sup>84</sup> Im Hinblick auf die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft ist § 19 Abs. 3 AGG richtlinienkonform so auszulegen,<sup>85</sup> dass er lediglich

---

<sup>80</sup> So aber *Bauer/Krieger/Günther*, 5. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 18; dagegen ebenfalls kritisch *Metzger*, WuM 2007, 47, 49.

<sup>81</sup> MüKoBGB/*Thüsing*, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 85.

<sup>82</sup> MüKoBGB/*Thüsing*, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 85.

<sup>83</sup> MüKoBGB/*Thüsing*, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 85.

<sup>84</sup> MüKoBGB/*Thüsing*, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 85; zustimmend *Däubler/Bertzbach/Zimmer*, 4. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 20, 74; vgl. auch das Urteil des EGMR zur Zulässigkeit von behördlichen Wohngenehmigungen für bestimmte Stadtteile, um Ghettoisierung vorzubeugen EGMR, Urt. v. 23.2.2016 – 43494/09, juris.

<sup>85</sup> Zu den Möglichkeiten und Grenzen europarechtskonformer Auslegung s. sogleich ausführlich unter Gliederungspunkt 4.1.

positive Maßnahmen zugunsten der Merkmalsträger rechtfertigen kann.<sup>86</sup> Die Zulässigkeit letzterer würde freilich ohnehin aus § 5 AGG folgen, sodass § 19 Abs. 3 AGG im Hinblick auf die beiden Merkmale keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt.<sup>87</sup>

Das Problem greift überdies über den bloßen Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG hinaus: Eine nach § 19 Abs. 3 AGG gerechtfertigte unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion, wird häufig eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft darstellen, die keiner Rechtfertigung des § 19 Abs. 3 AGG zugänglich ist.<sup>88</sup> Denn regelmäßig besteht eine starke Korrelation zwischen bestimmten Religionen und der ethnischen Herkunft ihrer Glaubensangehörigen. Dadurch ist der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 3 AGG auch für das Merkmal Religion faktisch sehr beschränkt.<sup>89</sup>

### 3.3.3 Zwischenfazit

Im Hinblick auf § 19 Abs. 3 AGG lässt sich festhalten, dass sich dieser im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG nicht als positive Maßnahme rechtfertigen lässt. Dies gilt jedenfalls, soweit die Maßnahmen nicht in gezielter Art und Weise und zugunsten der Merkmalsträger erfolgen. Dann würde aber im deutschen Recht bereits § 5 AGG greifen, sodass § 19 Abs. 3 AGG sich insoweit als überflüssig erweist.

---

<sup>86</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 85; ebenso Schiek, 2007, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 19 AGG Rn. 22; ähnlich Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder, 2008, § 19 AGG Rn. 28; Gaier/Wendtland/Gaier, 2006, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 2 Rn. 127; Däubler/Bertzbach/Klose/Braunroth, 4. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 55 ff.

<sup>87</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 85.

<sup>88</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 86.

<sup>89</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 86.

## 4. Folgen des Umsetzungsdefizits

Was aber nun sind die Folgen der aufgezeigten Umsetzungsdefizite? Hierbei ist zu unterscheiden zwischen den Möglichkeiten und Grenzen europarechtskonformer Auslegung und der Unanwendbarkeit nationalen Rechts aufgrund unmittelbar wirkenden Europarechts. Diese Konsequenzen geben Hinweise darauf, wie möglicherweise *de lege ferenda* mit den in der vorangegangenen Untersuchung festgestellten Defiziten umzugehen ist.

### 4.1 Das Gebot der europarechtskonformen Auslegung

Es besteht das Gebot und die Möglichkeit der unions- bzw. europarechtskonformen Auslegung. Dieses Gebot gründet sich im Bereich der Richtlinienumsetzung auf Art. 288 Abs. 3 AEUV, wird aber auch unter Berufung auf das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV auf das gesamte nationale Recht erstreckt, das in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.<sup>90</sup> Dazu formuliert der EuGH in ständiger Rechtsprechung:

*„Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung verlangt, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang steht.“<sup>91</sup>*

---

<sup>90</sup> EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – 14/83 (von Colson), NJW 1984, 2021, Rn. 26; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Hatje, 4. Aufl. 2019, Art. 4 EUV Rn. 52; von der Groeben/Schwarze/Walter Oberwexer, 7. Aufl. 2015, Art. 4 EUV Rn. 117.

<sup>91</sup> EuGH, Urt. v. 24.01.2012 – C-282/10 (Dominguez), NJW 2012, 509, Rn. 27 m. w. N.; zuletzt auch EuGH, Urt. v. 06.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 (Bauer), NJW 2019, 499, Rn. 67.

Somit besteht bei in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallenden nationalen Rechtsakten eine Verpflichtung, diese so auszulegen, dass sie mit eben diesem Unionsrecht übereinstimmen. Dabei gilt es, von den sich insoweit bietenden Möglichkeiten soweit wie möglich Gebrauch zu machen. Doch auch das Gebot der europarechtskonformen Auslegung besteht nicht grenzenlos:

*„Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, wird jedoch durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt und darf auch nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen.“<sup>92</sup>*

#### 4.1.1 Möglichkeiten europarechtskonformer Auslegung

Es gilt also zunächst aufzuzeigen, welche Möglichkeiten im Hinblick auf eine europarechtskonforme Auslegung der § 19 Abs. 3, Abs. 5 S. 1 und 2 AGG bestehen. Insofern ist eine europarechtskonforme, restriktive Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 19 Abs. 5 S. 1 AGG denkbar.<sup>93</sup> Hinsichtlich der Alternative des besonderen Vertrauensverhältnisses in § 19 Abs. 5 S. 1 AGG findet sich keine Grundlage in den europarechtlichen Vorgaben. Von der Wortbedeutung muss von einem Vertrauensverhältnis weder die Privatsphäre noch das Familienleben betroffen sein.<sup>94</sup> Der Wortlaut der in § 19 Abs. 5 S. 1 AGG enthaltenen Bereichsausnahme geht insofern über das hinaus, was durch den Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens geboten wäre.<sup>95</sup> Das Recht auf Achtung des Privatlebens und des Familienlebens ist zwar ein von der Gemeinschaftsordnung geschütztes Grundrecht. Im deutschen Verfassungsrecht findet es seine Entsprechung unter anderem im allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>96</sup> Der Schutzbereich des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens sichert dem Einzelnen einen Bereich, in dem er die Entwicklung und Erfüllung seiner Persönlichkeit anstreben kann.<sup>97</sup> Gaier recurriert hier zutreffend auf das Verständnis des BVerfG,

<sup>92</sup> EuGH, Urt. v. 15.04.2008 – C-268/06 (Impact), NZA 2008, 581, Rn. 100 m. w. N.

<sup>93</sup> Staudinger/Serr, 2018, § 19 AGG Rn. 107.

<sup>94</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 101.

<sup>95</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 100.

<sup>96</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 100 m. w. N.

<sup>97</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 100 m. w. N.

wonach der Bereich erfasst ist, in dem die Person die Möglichkeit hat, „frei von öffentlicher Beobachtung und damit der von ihr erzwungenen Selbstkontrolle zu sein“ bzw. „sich entspannen oder auch gehen lassen kann“.<sup>98</sup> Diese Wertungen sind bei Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 19 Abs. 5 S. 1 AGG zu berücksichtigen<sup>99</sup> – sie dürfen jedoch auch nicht über diesen engen Bereich hinausgehen. Somit ergibt die gebotene europarechtskonforme Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs im Lichte des Schutzes des Privat- und Familienlebens, dass dessen Anwendungsbereich nicht über den der ersten Alternative hinausgehen darf.<sup>100</sup>

Schwieriger wird eine europarechtskonforme Auslegung beim auf den ersten Blick recht eindeutigen Wortlaut des § 19 Abs. 5 S. 2 AGG. Allein die Nutzung einer Wohnung auf demselben Grundstück darf zu keiner Ausnahme bei Benachteiligungen wegen Rasse und ethnischer Herkunft führen.<sup>101</sup> Allerdings handelt es sich hier nur um widerlegliche Vermutungen („kann“), sodass Raum für eine Einzelfallprüfung bleibt,<sup>102</sup> im Rahmen derer die europarechtlichen Vorgaben zum Tragen gebracht werden können. Allerdings wird man die Anforderungen an eine Widerlegung der Vermutung nicht zu hoch setzen dürfen.<sup>103</sup>

Im Hinblick auf § 19 Abs. 3 AGG müsste eine europarechtskonforme Auslegung dergestalt erfolgen, dass der sich daraus ergebende Rechtfertigungsgrund nicht auf die durch Richtlinie 2000/43/EG geschützten Merkmale anwendbar ist.

---

<sup>98</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1022; Gaier/Wendtland/Gaier, 2006, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 2 Rn. 46; zustimmend auch Hey/Forst/Weimann, 2. Aufl. 2015, § 19 AGG Rn. 221, 237.

<sup>99</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 100.

<sup>100</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 101. So auch Gaier/Wendtland/Gaier, 2006, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 2 Rn. 50 f.

<sup>101</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 99.

<sup>102</sup> Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder, 2008, § 19 AGG Rn. 29; Bauer/Krieger/Günther, 5. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 20 ff.: nur Indizwirkung.

<sup>103</sup> MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 19 AGG Rn. 99.

## 4.1.2 Grenzen europarechtskonformer Auslegung

Jedoch sind auch hier die äußersten Grenzen zu beachten. Diese werden gerade im Hinblick auf das AGG in der Rechtsprechung des BAG deutlich: So gelten nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 4 AGG für Kündigungen „aus-schließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz“. Die daraus entstehende europarechtswidrige Lücke hat das BAG dadurch geschlossen,

*„(...) 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 Sozialwidrigkeitsbegriffs darstellen. Verstößt eine ordentliche Kündigung gegen Benachteiligungsverbote des AGG, so kann dies zur Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 KSchG führen.“<sup>104</sup>*

Eine solche „reparierende“ europarechtskonforme Auslegung ist geboten, aber eben nur solange, wie sie nach allgemeinen Auslegungsmaßstäben überhaupt möglich ist.<sup>105</sup> Und selbst da, wo sie möglich ist, kann es ggf. beim Status quo nicht bleiben, ist doch der Gesetzgeber zur transparenten Umsetzung des Richtlinienrechts verpflichtet.<sup>106</sup> Aus dem Gebot der Transparenz der Umsetzung ergibt sich, dass die Umsetzung dann nicht zwingend ein Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers erfordert, wenn das Recht der Mitgliedstaaten bereits die Gewährleistung dafür trägt, dass die Richtlinie tatsächlich und vollständig angewendet wird. Dies ist der Fall, wenn die Rechtslage, die sich aus dem nationalen Recht ergibt, ausreichend bestimmt und klar ist. Sie muss denjenigen, der durch die Richtlinie mit Rechten ausgestattet wird, in die Lage versetzen, von diesen vollumfänglich Kenntnis zu erlangen und diese ggf. auch einer gerichtlichen Geltendmachung zuzuführen. Dies kann aber durch eine bloße europarechtskonforme Auslegung „auf Biegen und Brechen“ nicht erreicht werden.

<sup>104</sup> BAG, Urt. v. 12.12.2013 – 8 AZR 838/12, NZA 2014, 722 m. w. N.; BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372; BAG, Urt. v. 23.7.2015 – 6 AZR 457/14, NZA 2015, 1380.

<sup>105</sup> Hierzu jüngst etwa BGH, Urt. v. 28.6.2017 – IV ZR 440/14, NJW 2017, 3387 m. w. N.

<sup>106</sup> S. hierzu jüngst insb. Payrhuber/Stelkens, EuR 2019, 190.

Exemplarisch formuliert der EuGH in seiner Entscheidung zur Rs. Kommission/Niederlande:

*„Zu dem Vorbringen der niederländischen Regierung, der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung der niederländischen Regelung, der vom Hoge Raad der Nederlanden bestätigt worden sei, erlaube es jedenfalls, **Unterschiede zwischen den Bestimmungen des niederländischen Rechts und denen der Richtlinie zu beheben, genügt der Hinweis, dass – wie der Generalanwalt in Rdnr. 36 seiner Schlussanträge ausgeführt hat – eine etwa bestehende nationale Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinn auslegt, der als den Anforderungen einer Richtlinie entsprechend angesehen wird, nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen kann, die notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen.**“<sup>107</sup>*

Die Ausführungen zu § 19 Abs. 5 S. 1 und 2 AGG haben gezeigt,<sup>108</sup> dass insofern – wenn überhaupt nur in geringem Maße – Raum für eine europarechtskonforme, restriktive Auslegung besteht. In Anbetracht der Notwendigkeit, diese durch aufwendige Ausführungen herleiten zu müssen, drängt sich daher deutlich auf, dass der Gesetzgeber hier gehalten ist, den durch das Europarecht gesetzten Grenzen für die Berücksichtigung des Schutzes des Privat- und Familienlebens durch den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut Ausdruck zu verleihen. Auch § 19 Abs. 3 AGG ließe sich durch Auslegung dahingehend europarechtlich allenfalls „retten“, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG davon nicht erfasst wird.<sup>109</sup> Es besteht aber eine zusätzliche Gefahr: Umsetzungsdefizite können auch zur Unanwendbarkeit nationalen Rechts führen. Die deutlich rechtssicherere – und damit klar empfehlenswerte – Variante ist jedoch eine gesetzliche Neuregelung.

---

<sup>107</sup> EuGH, Urt. v. 10.5.2001 – C-144/99 (Kommission/Niederlande), NJW 2001, 224, 2245 Rn. 21.

<sup>108</sup> S. dazu oben 2.3.4).

<sup>109</sup> S. dazu oben 3.3.2).

## 4.2 Unanwendbarkeit der Ausnahme aufgrund unmittelbar wirkenden Europarechts

Grundsätzlich gilt zwar, dass Richtlinien, wo sie eine unmittelbare Wirkung haben,<sup>110</sup> diese nur vertikal gegenüber dem Gesetzgeber sein kann, nicht aber horizontal gegenüber Privaten.<sup>111</sup> Einer unmittelbaren horizontalen Wirkung von Richtlinien steht auch der Wortlaut des Art. 288 AEUV entgegen, der eine solche Wirkung nur Verordnungen zuweist, ausdrücklich aber nicht Richtlinien. Diese Unterscheidung bleibt auch bei versäumter oder unvollkommener Umsetzung bestehen. Der Gerichtshof hatte in diesem Zusammenhang stets betont, dass die Annahme einer unmittelbaren horizontalen Wirkung darauf hinauslaufen würde, „der Gemeinschaft die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist“.<sup>112</sup>

In der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofs scheint er diesen Standpunkt allerdings aufzuweichen: In den Urteilen Mangold<sup>113</sup> sowie Küçükdeveci<sup>114</sup> wurde zunächst nur das primärrechtliche Gleichbehandlungsgebot für unmittelbar anwendbar erklärt, nicht jedoch explizit die Bestimmungen der Richtlinie 2000/78/EG. Deutlicher in die Richtung einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinien sprechen jedoch die Urteile Egenberger<sup>115</sup> und IR<sup>116</sup>: Zu weit geratene Erlaubnistatbestände der Diskriminierung sind – unter Rückgriff auf die Grundrechtecharta – vom nationalen Gericht nicht anzuwenden.<sup>117</sup> Vieles spricht dafür, dass das jenseits der Religion auch für die Rasse und Ethnie gilt. Zur Begründung hat der EuGH auch auf Art. 47 GRCh abgestellt, der das „Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht“ gewährleistet:

<sup>110</sup> Hierzu z. B. Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen v. 09.01.2009 – C-268/06, EU:C:2008:2, Rn 86 ff.

<sup>111</sup> So bekanntermaßen entgegen der Ansicht dreier Generalanwälte das Urteil des Gerichtshofs v. 14.07.1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994 I, 3325, EU:C:1994:292; ferner das Urte. v. 19.07.2010 – C-555/07 (Küçükdeveci), EU:C:2010:21 Rn. 46.

<sup>112</sup> EuGH, Urte. v. 14.07.1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994 I, 3325, EU:C:1994:292 Rn. 24. Schlussanträge des Generalanwalts Mazák v. 15.02.2007 – C-411/05, Rn. 75

<sup>113</sup> EuGH, Urte. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Helm), EU:C:2005:709.

<sup>114</sup> EuGH, Urte. v. 19.07.2010 – C-555/07 (Küçükdeveci), EU:C:2010:21.

<sup>115</sup> EuGH, Urte. v. 17.04.2018 – C-414/16 (Egenberger), NZA 2018, 569.

<sup>116</sup> EuGH, Urte. v. 11.09.2018 – C-68/17 (IR), NZA 2018, 1187.

<sup>117</sup> Dazu ausführlich *Thüsing/Mathy*, RIW 2018, 559, 5633; *dies.*, BB 2018, 2805, 2808.

*„Ein mit einem Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen befasstes nationales Gericht ist, wenn es ihm nicht möglich ist, das einschlägige nationale Recht im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 auszulegen, verpflichtet, im Rahmen seiner Befugnisse den dem Einzelnen aus den Art. 21 und 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erwachsenden Rechtsschutz zu gewährleisten und für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Vorschrift unangewendet lässt.“<sup>118</sup>*

Auf dieser Grundlage lässt sich durchaus der Schluss ziehen, dass der EuGH (in der Zukunft) die Konsequenz der Nichtanwendbarkeit auch zwischen Privaten insgesamt bei richtlinienwidrigen Umsetzungsakten ziehen wird – und das auch über den Bereich des Diskriminierungsrechts hinaus.<sup>119</sup> So kritisch diese Rechtsprechung im Hinblick auf das Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung zu werten ist,<sup>120</sup> so groß ist doch insbesondere im Hinblick auf § 19 Abs. 3 AGG das Risiko, dass der EuGH im Falle eines Vorabentscheidungsverfahrens dessen Unanwendbarkeit feststellen würde. Insofern wird auch hierdurch deutlich, dass eine Neuregelung dieses Risiko minimieren würde. Sie ist daher klar dem Gesetzgeber anzuraten.

---

<sup>118</sup> EuGH, Urt. v. 17.04.2018 – C-414/16 (Egenberger), NZA 2018, 569, Tenor zu 3.

<sup>119</sup> So Greiner, jM 2018, 233, 234 m. w. N.

<sup>120</sup> Dazu ausführlich Thüsing/Mathy, RIW 2018, 559, 5633; dies., BB 2018, 2805, 2808.

## 5. Vorschlag für eine Neufassung der § 19 Abs. 3, Abs. 5 S. 1 und 2 AGG

Damit wird deutlich: Die aufgezeigten Defizite in § 19 Abs. 3, Abs. 5 S. 1 und 2 AGG indizieren ein Tätigwerden des Gesetzgebers zur Nachbesserung im Hinblick auf die Anforderungen der Richtlinie 2000/43/EG. Insofern kommt bezüglich § 19 Abs. 3 AGG folgende Neufassung in Betracht:

*„(3) Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn sie der Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse dient. Dies gilt nicht für eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft, soweit nicht zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis Benachteiligungen verhindert oder ausgeglichen werden.“*

Durch die Beschränkung des Rechtfertigungsgrundes auf die genannten Diskriminierungsmerkmale wird der Widerspruch zur Richtlinie 2000/43/EG vermieden. Im verbleibenden Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG ist § 19 Abs. 3 S. 1 AGG n.F. dann unbedenklich, denn diese steht einer Benachteiligung nur in den Bereichen Beschäftigung und Beruf entgegen. Im Übrigen werden im neuen S. 2 schlicht die Vorgaben aus Art. 5 Richtlinie 2000/43/EG übernommen: Positive Maßnahmen zugunsten von Personen, die aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft diskriminiert werden, bleiben bei der Vermietung von Wohnraum möglich.

Der Wortlaut von § 19 Abs. 5 AGG wiederum könnte in Zukunft lauten:

*„(5) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird, welches von einem solchen Gewicht ist, dass der Diskriminierungsschutz in Abwägung mit dem Schutz der Privatsphäre zurücktreten muss. Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen.“*

In S. 1 ist eine Ergänzung dahingehend vorzunehmen, dass die Intensität des durch das Schuldverhältnis entstehenden Näheverhältnisses zum gesetzlichen Merkmal erhoben wird. Dieser Wortlaut stellt für Betroffene und Rechtsanwender unmittelbar klar, dass stets im Einzelfall eine Abwägung zwischen dem Diskriminierungsschutz und der Privatsphäre vorzunehmen ist, wobei die Bereichsausnahme nur dann Anwendung findet, wenn letztere überwiegt. Dies entspricht dem gebotenen europarechtskonformen Verständnis unter Berücksichtigung von Art. 7 GRCh. Das in S. 2 genannte Beispiel für die Fälle von Mietverhältnissen kann unverändert bestehen bleiben. Wie dargelegt wurde, darf die Nutzung von Wohnraum auf demselben Grundstück nicht für sich bereits ein regelhaftes Zurücktreten des Diskriminierungsschutzes begründen. Die fakultative Formulierung lässt jedoch genügend Raum für eine europarechtskonforme restriktive Auslegung.

# Abkürzungsverzeichnis

ABI.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Alt.	Alternative
AllgPersönlR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BT-Prot.	Deutscher Bundestag, Plenarprotokolle
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	DER BETRIEB
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
EG	Europäische Gemeinschaft
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EzA (RL)	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
ff.	fortfolgende
ggf.	gegebenenfalls
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
i. S. d./ i. S. v.	im Sinne des/im Sinne von
insb.	insbesondere
IR	InfrastrukturRecht
i. V. m.	in Verbindung mit
jM	juris Die Monatszeitschrift
juris.	juris.de Das Rechtsportal
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	littera/Buchstabe
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

MüKo/	
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum BGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n.F.	neue(r) Fassung
No.	number (engl. Nummer)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
pp.	pages (engl. Seiten)
ProstG	Prostitutionsgesetz
Rdnr.	Randnummer
RDS	Zeitschrift für Familienheimbau, Gemeinschafts- selbsthilfe, Nachbarschaftshilfe und Bodenrecht
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Siehe/Seite
Slg.	Sammlung
u. a.	unter anderem
Urt. v.	Urteil von
v.	vom
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

# Literaturverzeichnis

*Armbrüster, Christian*: Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf, ZRP 2005, 41–44.

*Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl., Stuttgart 2011.

*Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 2018.

*Benecke, Martina*: Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010.

*Bojarski, Lukasz*: Country report, Non-discrimination, Poland 2018, verfügbar unter <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/157bce4a-12fa-11e9-81b4-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-87839275> (Abruf 19.06.2019).

*Burg, Indra*: Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, Diss., Berlin 2009.

*Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2018.

*Derleder, Peter*: Vertragsanbahnung und Vertragsabschluss über Mietwohnungen und die Diskriminierungsverbote des AGG, NZM 2007, 625–633.

*Duke Law Journal*: The Federal Fair Housing Requirements: Title VIII of the 1968 Civil Rights Act, Vol. 1969, No. 4 (1969), 733–771.

*Dworkin, Ronald*: Is Affirmative Action Fair?, *Sovereign Virtue*, 2000, 409 ff.

*Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jürgen*: Miete, Handkommentar, §§ 535 bis 580a des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 11. Aufl., Berlin 2014.

*Erman, Walter Alexander (Begr.):* BGB, Band I, 15. Aufl., Köln 2017.

*Gamillscheg, Franz:* Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997.

*Gaier, Reinhard/Wendtland, Holger:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, München 2006.

*Greiner, Stefan:* Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH? Die Rechtssache Egenberger jM 2018, 233–238.

*von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin:* Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015.

*Hasnas, John:* Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Legal Prohibition of Discrimination, 71 Fordham Law Review 423 (2003).

*Hey, Thomas/Forst, Gerrit:* AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2015.

*Hinz, Werner:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überlegungen zur Umsetzung in der mietrechtlichen Praxis (Teil 1), ZMR 2006, 742–747.

*Johnson, Olatunde C.A.:* Unjust Cities? Gentrification, Integration, and the Fair Housing Act, 53 University of Richmond Law Review 835 (2019).

*Justesen, Pia:* Country report, Non-discrimination, Denmark 2018, verfügbar unter <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4683-denmark-country-report-non-discrimination-2018-pdf-2-58-mb> (Abruf 19.06.2019).

*Karlan, Pamela S./Rutherglen, George:* Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation, Duke Law Journal Vol. 46, No. 1 (1996), 1–41.

*Lappalainen, Paul:* Country report, Non-discrimination, Sweden 2018, verfügbar unter <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4796-sweden-country-report-non-discrimination-2018-pdf-2-49-mb> (Abruf 19.06.2019).

*Latraverse, Sophie:* Country report, Non-discrimination, France 2018, verfügbar unter <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4747-france-country-report-nondiscrimination-2018-pdf-2-96-mb> (Abruf 19.06.2019).

*Leder, Tobias:* Gleichbehandlung – Kindertagesstättenplätze,  
EzA RL 76/207 EG-Vertrag 1999 Nr. 4.

*Maier-Reimer, Georg:* Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im  
Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, 2577, 2581–2583.

*Metzger, Kathrin:* Die Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungs-  
gesetzes (AGG) für die Vermietungspraxis der Wohnungswirtschaft,  
WuM 2007, 47–51.

*Meyer, Jürgen (Hrsg.):* Charta der Grundrechte der Europäischen Union,  
4. Aufl., Baden-Baden 2014.

*Müller, Annekathrin:* Forschung der ADS auf einen Blick: Diskriminierung  
auf dem Wohnungsmarkt. Strategien zum Nachweis rassistischer Benach-  
teiligungen, verfügbar unter: [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/  
SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Factsheets/factsheet\\_  
Diskriminierung\\_auf\\_dem\\_Wohnungsmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Factsheets/factsheet_Diskriminierung_auf_dem_Wohnungsmarkt.pdf?__blob=publicationFile)  
(Abruf 19.06.2019).

*Palandt, Otto (Begr.):* Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., München 2018.

*Payrhuber, Melanie/Stelkens, Ulrich:* „1:1-Umsetzung“ von EU-Richtlinien:  
Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer  
Populismus? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs-  
und Deregulierungsrichtlinien, EuR 2019, 190–221.

*Potacs, Michael:* Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465–487.

*Rühl, Wolfgang/Schmid, Matthias/Viethen, Hans Peter:* Allgemeines  
Gleichbehandlungsgesetz, München 2007.

*Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina  
(alle Hrsg.):* zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil,  
§§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München 2018.

*Schiek, Dagmar (Hrsg.):* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz,  
München 2007.

*Schindlauer, Dieter*: Country report, Non-discrimination, Austria 2018, verfügbar unter <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4740-austria-country-report-non-discrimination-2018-pdf-2-29-mb> (Abruf 19.06.2019).

*Schmidt-Räntsch, Jürgen*: Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Mietrecht, NZM 2007, 6–16.

*Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Jürgen (alle Hrsg.)*: EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012.

*von Staudinger, Julius (Begr.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), Berlin 2018.

*Stork, Florian*: Das Anti-Diskriminierungsrecht der europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, Diss., Frankfurt 2006.

*Thüsing, Gregor*: Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Ausnahme bei Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit, DB 2002, 1452–1455.

*Thüsing, Gregor/Mathy, Regina*: Diskriminierungsschutz von Stellenbewerbern und Auswahlermessern von Einrichtungen mit kirchlichem Auftrag, RIW 2018, 559–564.

*Thüsing, Gregor/Mathy, Regina*: Kirchliche Loyalitätspflichten im Zugriff des EuGH, BB 2018, 2805–2810.

*Wackerbarth, Ulrich*: Die Vermeidung einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme aus dem AGG (zivilrechtlicher Teil), ZIP 2007, 453–461.

*Wendeling-Schröder, Ulrike/Stein, Axel*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, München 2008.

## **Impressum**

Diese Publikation ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

### **Herausgeberin:**

Antidiskriminierungsstelle des Bundes  
11018 Berlin

[www.antidiskriminierungsstelle.de](http://www.antidiskriminierungsstelle.de)

### **Autor\*innen:**

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL. M. (Harvard)  
Dr. Sabine Vianden

### **Kontakt:**

Tel.: 030 18 555-1855

Fax: 030 18 555-41865

Juristische Erstberatung: Mo. 13–15 Uhr, Mi. und Fr., 9–12 Uhr

E-Mail: [beratung@ads.bund.de](mailto:beratung@ads.bund.de)

Besuchszeiten nach Vereinbarung

Allgemeine Anfragen: Mo. bis Fr., 9–12 Uhr und 13–15 Uhr

E-Mail: [poststelle@ads.bund.de](mailto:poststelle@ads.bund.de)

**Gestaltung:** [www.zweiband.de](http://www.zweiband.de)

**Stand:** November 2019, 1. Auflage

**Druck:** MKL Druck GmbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten. Auch fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie/Mikrokopie) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen Zustimmung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

ISBN 978-3-8487-6477-8



Die Umsetzung der EU-Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) bei der Vermietung von Wohnraum erscheint europarechtlich bedenklich, namentlich gilt dies für § 19 AGG.

Das Rechtsgutachten untersucht dies, indem es das Europarecht auslegt, insbesondere unter Berücksichtigung der Genese der Richtlinie. Sodann werden mögliche Umsetzungsdefizite im Hinblick auf Anwendungsbereich und überschießender Rechtfertigungsmöglichkeit bestimmt. Dabei werden die Bereichsausnahme privater Vermietung und die mögliche Rechtfertigung des § 19 Abs. 3 AGG als positive Maßnahme europarechtlich geprüft. Nachdem die Folgen möglicher Umsetzungsdefizite erörtert wurden, werden Vorschläge zur Neufassung des § 19 Abs. 3 und 5 AGG gemacht.