

*Selma Gather*

## Anti-Diskriminierung im Zivilrechtsverkehr am Beispiel der „Dritten Option“

(zugleich eine kritische Anmerkung zu LG Frankfurt a.M.,  
Urteil vom 3.12.2020 – 2-13 O 131/20)

Mehrere Zivilgerichte haben in jüngerer Vergangenheit über Klagen von Personen mit nicht-binärer Geschlechtsidentität entschieden, die sich dagegen wehrten, im Geschäftsverkehr als „Herr“ oder „Frau“ adressiert zu werden. Mediale Aufmerksamkeit erlangte im Dezember 2020 ein Urteil des Landgerichts Frankfurt a.M., wonach die klagende Person ein Recht auf Unterlassung der binären Anrede hat.<sup>1</sup> Das klingt erst einmal erfreulich – aber nur auf den ersten Blick. Geldentschädigung, die die klagende Person begehrte, sprach ihr das Gericht nämlich nicht zu.

In der erwähnten Entscheidung wählte das Gericht zudem einen Lösungsweg, der es lohnenswert macht, sich eingehender mit der Entscheidung auseinanderzusetzen: Das LG Frankfurt a.M. stützte den Unterlassungsanspruch nämlich nicht auf das speziell auf Diskriminierungen im Zivilrechtsverkehr zugeschnittene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), sondern auf allgemeines Deliktsrecht. Überzeugend ist diese deliktsrechtliche Lösung nicht, aus mehreren Gründen: Diskriminierungsfälle dogmatisch (allein) als Persönlichkeitsrechtsverletzungen – und damit im Kern als Würdeverletzung – zu behandeln, wird der Gleichheitsdimension in der Regel nicht gerecht. Auch auf Rechtsfolgenebene kann auf die Diskriminierung allein mit § 823 BGB häufig nicht angemessen reagiert werden. Das AGG hingegen hält adäquate Sanktionen bereit. Der deliktsrechtlichen Lösung kann schließlich vorgehalten werden, die in diesem Heft interessierende „Beziehungsdimension“ nicht richtig zu verarbeiten.

### *I. Gegenstand der Entscheidung*

Geklagt hatte eine Person mit nicht-binärer Geschlechtsidentität gegen ein Subunternehmen der Deutschen Bahn, welches Bahnfahrkarten über das Internet verkauft. Voraussetzung für den Kauf über das Internet ist, dass die kaufwillige Person entweder die Anrede „Herr“ oder „Frau“ wählt. Eine geschlechtsneutrale Anredeoption oder die Option, die Anrede offen zu lassen, besteht nicht. Die gewählte Anrede bildet die Grundlage für die Ansprache während der Vertragsabwicklungsphase (beispielsweise auf der Rechnung), für den Eintrag der Ticketinhaberschaft auf den erworbenen Fahr- oder Rabattkarten so-

<sup>1</sup> LG Frankfurt, U. v. 3.12.2020 – 2-13 O 131/20, juris.

wie für die begleitende Kund\*innenkommunikation durch Newsletter, Verspätungsmeldungen und Werbezuschriften.

Die klagende Person erwarb eine Rabattkarte bei dem beklagten Unternehmen und wählte dabei eine der beiden zur Verfügung stehenden Anreden. Mit ihrer Klage begehrte sie, dass es das beklagte Unternehmen unterlässt, die Nutzung ihres Leistungsangebots von der Auswahl einer binären Anrede abhängig zu machen sowie die klagende Person in Kontakt und Verwaltung als „Frau“ oder „Herr“ zu bezeichnen. Daneben beantragte sie wegen der Diskriminierung eine angemessene Entschädigung in Geld.

Das LG Frankfurt a.M. gab der klagenden Person in Bezug auf den Unterlassungsanspruch Recht. Es stützte diesen auf § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog mit der Begründung, die nicht geschlechtsidentitätsgerechte Anrede stelle eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der klagenden Person dar. Das Landgericht verneinte jedoch einen Anspruch auf Geldentschädigung mit der Begründung, die Verletzung wiege nicht schwer genug. Ansprüche aus dem AGG lehnte das Gericht ebenfalls ab. Es meint, es läge keine Benachteiligung vor bei Begründung, Durchführung oder Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse (vgl. § 19 Abs. 1 AGG), da die klagende Person schließlich die vertragliche Leistung zu den üblichen Konditionen erhalten habe.

## II. Die „Dritte Option“ kommt im Zivilrechtsverkehr an

Das Urteil zeigt, dass die „Dritte Option“ langsam im Zivilrechtsverkehr ankommt. 2017 hatte das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass der verfassungsrechtliche Schutz der geschlechtlichen Identität auch diejenigen Personen umfasst, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehören.<sup>2</sup> Danach war das damals geltende Personenstandsrecht verfassungswidrig. Das Personenstandsrecht zwang dazu, das Geschlecht zu registrieren, sah aber keinen anderen positiven Geschlechtseintrag als weiblich oder männlich vor. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass dies Menschen in ihren Grundrechten verletze, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen. Verletzt sei sowohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) als auch das besondere Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

Damit war erstens in Deutschland erstmals geschlechtliche Vielfalt jenseits der Zweigeschlechtlichkeit (persönlichkeits)rechtlich anerkannt und zweitens – mit der Verortung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG – klargestellt, dass eine Nichtachtung nicht-binärer Geschlechtsidentitäten diskriminierungsrechtlich relevant sein kann.<sup>3</sup>

Seither wird eine Diskussion darüber geführt, welche Folgen sich aus dieser Dritte-Option-Entscheidung für die Gesetzgebung ergeben, über die mittlerweile erfolgte Mini-

2 BVerfG, B. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1.

3 Vgl. Nora Markard, Struktur und Teilhabe: zur gleichheitsdogmatischen Bedeutung der „dritten Option“, VerfBlog, 14.11.2017, <https://verfassungsblog.de/struktur-und-teilhabe-zur-gleichheitsdogmatischenbedeutung-der-dritten-option/>.

mal-Anpassung<sup>4</sup> des Personenstandsrechts hinaus.<sup>5</sup> Daneben setzte ein Nachdenken darüber ein, was die Entscheidung für das Verhältnis *von Privaten* untereinander bedeutet.<sup>6</sup> Dieser Beitrag beschäftigt sich weniger mit der Frage, inwiefern die einschlägigen Grundrechte als solche – etwa im Wege der sogenannten Ausstrahlwirkung oder mittelbaren Drittwirkung – Nichtdiskriminierungspflichten zwischen Privaten begründen oder konkretisieren können.<sup>7</sup> Der Beitrag geht vielmehr von den schlicht-zivilrechtlichen Instrumenten im Bereich des Diskriminierungsschutzes aus und fragt danach, wie den bundesverfassungsgerichtlichen Einsichten aus der Dritte-Option-Entscheidung mit den Mitteln des Zivilrechts Rechnung getragen werden kann. Damit aufgeworfen ist auch die Frage nach deren Verhältnis und dogmatischer Logik. Das hier zu besprechende Urteil des LG Frankfurt a.M. gibt nämlich Anlass, darüber grundsätzlicher nachzudenken. Es aktualisiert die Fragen, auf welcher Grundlage Diskriminierungsschutz unter Privaten zivilrechtsdogmatisch steht und wie weit er reicht. Mit beiden Fragen hat sich das LG Frankfurt a.M. implizit auseinandergesetzt. Beide Fragen hat es unzutreffend beantwortet.

### III. Das AGG: maßgebliches Gesetz für den Diskriminierungsschutz unter Bürger\*innen

Die Zivilrechtswissenschaft beschäftigt schon lange, ob, wie weit und auf welcher Grundlage Gleichbehandlungspflichten unter Privaten gelten.<sup>8</sup>

4 Die Anpassung erfolgte durch das Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18.12.2018 (BGBl. 2018 I, 2635), wonach nunmehr neben den Kategorien „männlich“ und „weiblich“ eine dritte Kategorie „divers“ eingeführt wurde; kritisch zu dieser Minimallösung Konstanze Plett, Registrierung von Geschlecht künftig mit dritter Option, RuP 2018, 452-456.

5 Vgl. beispielsweise Lucy Chebout/Theresa Richarz: Abstammungsrecht für alle, RuP 2019, 193 (195 f.); Berit Völzmann, Postgender im Recht? Zur Kategorie „Geschlecht“ im Personenstandsrecht, JZ 2019, 381 (390).

6 Ein Schwerpunkt dieses Nachdenkens liegt auf den Konsequenzen für den Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben, vgl. für viele Utz Andelewski/Christopher Wiecke, Stellenausschreibungen unter Berücksichtigung des dritten Geschlechts, ZMV 2018, 226; Jan-Ove Becker/David Wagner, Das dritte Geschlecht im Arbeitsrecht, PersF 2019, Heft 5, 72; Anatol Dutta/Matteo Fornasier, Jenseits von männlich und weiblich – Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes, 2020; Peter Körlings, Das dritte Geschlecht und die diskriminierungsfreie Einstellung, NZA 2018, 282. Weniger Aufmerksamkeit wurde bislang der Frage geschenkt, welche Verpflichtungen Anbieter\*innen von Waren und Dienstleistungen in Bezug auf nicht-binäre Kund\*innen treffen.

7 Die bundesverfassungsgerichtlichen Aussagen hierzu sind bislang eher dünn, bergen aber Potential: Zuletzt hat das BVerfG in seinem B. v. 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09 (Stadionverbot) eine mittelbare Drittwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG im Verhältnis der Stadionbetreiberinnen und dem Beschwerdeführer angenommen. Das Gericht entschied hier, dass es für die mittelbare Drittwirkung des Gleichbehandlungsgrundrechts insbesondere darauf ankommt, dass es sich um eine Dienstleistung handelt, die aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet wird und in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben des Betroffenen entscheidet. Ob aus den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG im Wege der mittelbaren Drittwirkung weitergehende Pflichten privater Vertragsparteien folgen können, ließ das Gericht ausdrücklich offen.

8 Vgl. zuletzt grundlegend und umfangreich Michael Grünberger, Personale Gleichheit – Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013; für einen Überblick über die privatrechtliche Diskussion seit 1945 ebd. 222 ff.

Vor Inkrafttreten des AGG wurde zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz – jenseits von § 611a BGB a.F.<sup>9</sup> – allenfalls auf deliktische Anspruchsgrundlagen gestützt.<sup>10</sup> Ungleichbehandlungen beispielsweise aus rassistischen oder sexistischen Gründen wurden gegebenenfalls als Verletzung des gemäß § 823 Abs. 1 BGB auch zivilrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts verstanden.<sup>11</sup> Eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts als sogenanntes Rahmenrecht setzt indes eine Abwägung mit den entgegenstehenden Rechten der diskriminierenden Person voraus.<sup>12</sup> § 823 Abs. 1 BGB schützt nach herkömmlicher deliktsrechtlicher Dogmatik daher in der Regel nur gegen vorsätzliche, direkte und objektiv schwerwiegende diskriminierende Behandlungen.<sup>13</sup>

Seit 2006 beantwortet das AGG die Frage, auf welchem positiv-rechtlichen Fundament zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz steht. Das Gesetz gilt im Beschäftigungsbereich sowie für Verträge über Güter oder Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit angeboten werden (§§ 2 Abs. 1 Nr. 8, 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG). Dort besteht das Verbot, potentielle Kund\*innen aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu benachteiligen. Damit statuiert das AGG eine Gleichbehandlungspflicht im Rahmen von (intendierten) Sonderverbindungen.<sup>14</sup> Das ist einerseits enger als das allgemeine Deliktsrecht, denn die Nichtdiskriminierungspflicht nach AGG gilt eben nicht überall dort, wo sich Private begegnen – also auch bei Zufallskontakten<sup>15</sup> –, sondern nur dort, wo sie Verträge miteinander schließen wollen.<sup>16</sup> Gleichzeitig reicht der Schutz deutlich weiter als auf Grundlage des Deliktsrechts, denn das Gesetz verbietet Benachteiligungen im schuldvertraglichen Bereich grundsätzlich, ohne dass es darauf ankäme, dass

9 § 611 a BGB a.F. statuierte ein Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts im Kontext von Arbeitsverhältnissen.

10 Weil das bestehende Antidiskriminierungsrecht sich auf den Bereich des Arbeitslebens beschränkte und zugleich in Bezug auf die Rechtsfolgen lange Zeit unzureichend war, kann insoweit von einem zunächst progressiven Ausschöpfen des Potentials des Deliktsrechts gesprochen werden; vgl. paradigmatisch BAG, U. v. 14. März 1989 – 8 AZR 447/87, BAGE 61, 209–219.

11 Vgl. Carl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Auflage, München 1994, BT II 2 § 80 II 2 d. Auch heute ist die Ansicht noch verbreitet, privatrechtlicher Diskriminierungsschutz sei auf den deliktischen Schutz der Persönlichkeit zurückzuführen (und darauf zu beschränken), vgl. für viele Johannes Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, Berlin 2012, 79 f., 125 ff.; Felix Hartmann, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), in: Carsten Herresthal/Dagmar Kaiser/Markus Stoffels (Red.), Staudinger Eckpfeiler, Berlin 2020, B Rn. 46; Thomas Lobinger, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik, AcP 216 (2016), 28. Kritisch zu dieser „traditionellen Argumentation“ schon Dagmar Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000, 390.

12 H.M., stellvertretend Gerhard Wagner, in: MünchKommBGB, 8. Aufl., München 2020, § 823 Rn. 7, 417.

13 A.A. Florian Rödl/Andreas Leidinger, Diskriminierungsschutz im Zivilrechtsverkehr, in: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2021, i. V., die in der Tat viele Facetten eines weitreichenden privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes auf deliktischer Grundlage einfangen können.

14 Der Begriff der Sonderverbindung geht zurück auf Heinz Hildebrandt, Erklärungshaftung, Berlin 1931, 124 ff.

15 Zum Begriff des Zufallskontakts und zugleich zur Abgrenzung zur Sonderverbindung vgl. Eduard Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo, AcP 183 (1983), 369 (460 ff., insb. 478 f.).

16 Zu den unterschiedlichen rechtlichen Logiken dieser verschiedenen Arten, miteinander in Beziehung zu treten, näher unten.

die Benachteiligung besondere Persönlichkeitsrelevanz aufweist und ohne dass eine Abwägung mit den entgegenstehenden Rechtsgütern der diskriminierenden Person vorzunehmen wäre.<sup>17</sup> Nach § 21 Abs. 2 AGG ist der durch die Benachteiligung entstandene Schaden zu ersetzen.<sup>18</sup> Nach Satz 3 der Vorschrift kann die diskriminierte Person auch für Nichtvermögensschäden eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

#### *IV. Adäquater Diskriminierungsschutz im vorliegenden Fall*

Nun zum hier interessierenden Fall: Es stimmt positiv, dass ein Zivilgericht die höchstgerichtlichen Maßstäbe – nicht nur der Dritten-Option-Entscheidung, sondern auch der Entscheidungen bezüglich einer der geschlechtlichen Identität gerechten Anrede<sup>19</sup> – ernstgenommen hat und sich bemüht hat, diese auf den Zivilrechtsverkehr zu übertragen. Dass das Landgericht hierfür als dogmatischen Hebel allein das Deliktsrecht wählt und die Anwendbarkeit des AGG ablehnt, offenbart jedoch, dass das Gericht die Unrechtsdimensionen des Diskriminierungsfalls grundlegend verkennt.

Das Landgericht ist erkennbar von der erwähnten Dritte-Option-Entscheidung inspiriert, denn es zitiert sie mehrfach, um die Persönlichkeitsrechtsverletzung zu begründen. Dennoch ignoriert es eine wesentliche Einsicht dieser Entscheidung. Wie eingangs erwähnt, steht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Dritten Option auf zwei Füßen: Einerseits dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, dessen Schutz zivilrechtlich tatsächlich v.a. durch das Deliktsrecht gewährleistet wird. Damit ist die Würde-Dimension von Diskriminierungsfällen angesprochen. Nach herkömmlicher, sowohl zivilrechtlicher als auch grundrechtlicher Dogmatik ist Persönlichkeitsrechtsschutz im Kern Menschenwürdeschutz.<sup>20</sup> Diskriminierungen allein auf eine Würdeverletzung zu reduzieren, greift jedoch zu kurz: Betroffen ist jedenfalls noch eine Gleichheitsdimension, wenn nicht auch teilhaberechtliche Aspekte.<sup>21</sup> Zudem setzt ein rein Würde-basierter Ansatz dem Diskriminierungsschutz zu enge Grenzen, denn die Anforderungen, die an eine Würdeverletzung gestellt werden, sind traditionell hoch.

Folgerichtig ist die Dritte-Option-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts neben der persönlichkeitsrechtlichen Facette gestützt auf das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG. Das Bundesverfassungsgericht stellt in diesem Zusammenhang klar, dass es

17 Benachteiligungen können allerdings gem. § 20 Abs. 1 AGG durch einen „sachlichen Grund“ gerechtfertigt werden, so dass hier im Einzelfall eine Abwägung stattfinden kann. Systematisch ist das Diskriminierungsverbot aber die Regel und die Rechtfertigung die Ausnahme, vgl. Dagmar Schiek, in: Dagmar Schiek, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), München 2007, § 20 Rn. 2.

18 Das in der Vorschrift statuierte Verschuldenserfordernis wird ganz überwiegend für europarechtswidrig gehalten, vgl. Gregor Thüsing, in: Münchner Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2018, AGG § 21 Rn. 43.

19 Vgl. BVerfG [K], Beschlüsse vom 15.8.1996 – 2 BvR 1833/95, NJW 1997, 1632 Rn. 8, 11, 13; vom 27.10.2011 – 1 BvR 2027/11, NJW 2012, 600 Rn. 12 f.; BGH, U. v. 13.3.2018 – VI ZR 143/17 –, BGHZ 218, 96–111, Rn. 45; wonach das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch den Schutz umfasst, nicht entgegen der geschlechtlichen Identität adressiert zu werden.

20 A.A. Gabriele Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, Tübingen 2007.

21 Vgl. für einen Überblick über die grundlegenden Begründungen (privaten) Antidiskriminierungsrechts Anna Katharina Mangoldt, Demokratische Inklusion durch Recht, i.E. 2021, 252 ff.; grundlegend außerdem Baer, Würde oder Gleichheit?, Baden-Baden 1995.

Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen.<sup>22</sup> Im zivilrechtlichen Bereich übernimmt genau diese Aufgabe das AGG.<sup>23</sup>

## 1. Unbefriedigende Konsequenzen der deliktsrechtlichen Lösung

Zunächst aber zu dem vom LG Frankfurt a.M. beschrittenen deliktsrechtlichen Weg. Das Gericht stellt im Einklang mit den bundesverfassungsrechtlichen Maßstäben fest, dass das durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die geschlechtliche Identität derjenigen Menschen umfasst, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehören, wozu auch das Recht auf eine der Geschlechtsidentität entsprechende Anrede gehört. Indem das beklagte Unternehmen die klagende Person bei der Inanspruchnahme ihrer Leistung zwingt, sich einem binären Geschlecht zuzuordnen, verletze es die klagende Person in diesem Recht.<sup>24</sup>

Das Landgericht bejahte auf dieser Grundlage einen Anspruch auf Unterlassung der binären Anrede. Das Landgericht verneinte aber einen Anspruch auf Geldentschädigung. Es hielt die Persönlichkeitsverletzung durch die nicht identitätsgerechte Anrede nicht für derart schwerwiegend, dass der Eingriff nur durch Geldentschädigung aufgefangen werden könne.<sup>25</sup> Auf dem Boden der herrschenden Dogmatik des Deliktsrechts mag dies folgerichtig sein (wenn man auch daran zweifeln kann, ob das Gericht die Schwere der Beeinträchtigung durch die wiederholte falsche Anrede richtig eingeschätzt hat). Damit ein Gericht in Persönlichkeitsverletzungsfällen Schmerzensgeld zusprechen kann, muss es einen besonders schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht feststellen. Dabei spielt das Maß des Verschuldens eine Rolle, die Beweggründe des Verletzers und die Dauer der Beeinträchtigung.<sup>26</sup> Im Grunde findet auf Rechtsfolgenebene also eine weitere Abwägung statt, die geeignet ist, den Anspruch der Geschädigten zu Fall zu bringen. Dies setzt dem Versuch, Diskriminierungsfällen über das Deliktsrecht beizukommen, eine weitere Grenze. Jenseits der Unterlassung bleiben bereits erfolgte Verletzungen häufig sanktionslos.

## 2. Lösung nach AGG

Diese Schutzlücke schließt das AGG. Anders als der deliktsrechtliche Schutz der Persönlichkeit zielt das AGG normativ auf Benachteiligungsschutz. Nach Maßgabe des AGG hätte das Landgericht sowohl den Unterlassungsanspruch als auch die begehrte Geldentschädigung zusprechen müssen. Die nicht identitätsgerechte Anrede und die Notwendigkeit, sich zum Zweck des Vertragsschlusses einer nicht passenden Kategorie zuzuordnen, stellt eine Benachteiligung im Sinne des Gesetzes dar.

22 Vgl. BVerfG (Fn. 3), Rn. 59.

23 Vgl. § 1 AGG; BT-Drs. 16/1780, 20.

24 LG Frankfurt a.M. (Fn. 1), Rn. 41 ff.

25 Ebd., Rn. 66 ff.

26 Vgl. Oliver Brand, in: Beate Gsell u.a. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 1.4.2021, BGB § 253 Rn. 40 m.w.N.

Das Landgericht hingegen hält bereits den sachlichen Anwendungsbereich des AGG für nicht eröffnet.<sup>27</sup> Das ist kaum vertretbar. Der Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse über Güter oder Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8, § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG). Damit umfasst das AGG alle Phasen der Vertragsanbahnung und -abwicklung.<sup>28</sup> Das Landgericht meint nun, es fehle an „jedem Bezug zur vertraglichen Leistung“.<sup>29</sup> Das ist nicht haltbar: Wie das Gericht später selbst feststellt, ist es zwingende Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Leistung, als Kund\*in eine der beiden zur Verfügung stehenden eindeutig geschlechtsspezifischen Anreden zu wählen.<sup>30</sup> Es ist also dem beklagten Unternehmen nach derzeitiger Ausgestaltung des Buchungssystems *gar nicht möglich*, die Leistung ohne die Diskriminierung zu erbringen. Andererseits ist aber auch die Diskriminierung ohne die Leistung des beklagten Unternehmens nicht denkbar. Erst dadurch, dass die Kund\*in die Leistung erwerben möchte, entsteht die Notwendigkeit, sich in den zweigeschlechtlichen Anrede-kategorien einzuordnen. Die verletzende Situation, d.h. die ernötigte Selbstzuordnung in nicht passende Kategorien, wird *gerade erst ermöglicht* durch die Anbahnung einer Leistungsbeziehung.<sup>31</sup>

Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot setzt sodann tatbestandlich voraus, dass es in Bezug auf die vertragliche Leistung zu einer Benachteiligung gekommen ist. Eine solche Benachteiligung lehnt das Landgericht hier ab. Eine Benachteiligung bei Begründung des Schuldverhältnisses sieht das Landgericht nicht gegeben, weil der Vertrag schließlich zustande kam, und zwar zu den gleichen allgemeinen Konditionen. Der Vertrag über die Rabattkarte hatte auch keinen ungünstigeren Inhalt, sodass eine Benachteiligung bei Durchführung des Schuldverhältnisses nicht zu erkennen sei.<sup>32</sup>

Damit fokussiert das Landgericht für die Beurteilung der Benachteiligung allein die Hauptleistungspflichten des (anvisierten) Vertrags. Das ist in mehreren Hinsichten falsch. Eine (unmittelbare) Benachteiligung im Sinne des Gesetzes ist jede ungünstigere Behandlung aufgrund einer geschützten Kategorie.<sup>33</sup> Der Benachteiligungsschutz nach §§ 19 ff. AGG ist nicht darauf beschränkt, dass die diskriminierte Person erfolgreich vom Vertrag ausgeschlossen wird oder der Vertrag einen ungünstigeren Leistungsinhalt hat.<sup>34</sup> Der spätere Vertragsschluss lässt die Benachteiligung bei Begründung des Schuldverhältnisses nicht entfallen.

Dass das LG Frankfurt a.M. dies anders sieht, erstaunt. In der vom Gericht im Rahmen seiner persönlichkeitsrechtlichen Ausführungen vielfach zitierten Dritte-Option-

27 Vgl. LG Frankfurt a.M. (Fn. 1), Rn. 37. Das LG trennt allerdings nicht sauber zwischen Eröffnung des Anwendungsbereichs und Benachteiligungsverbot, was ihm den Umgang mit dem Gesetz erkennbar erschwert.

28 Insb. der Begriff der „Begründung“ ist dabei weit auszulegen, vgl. Gregor Thüsing, in: Münchner Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2018, AGG § 19 Rn. 135.

29 Vgl. LG Frankfurt a.M. (Fn. 1), Rn. 37.

30 Ebd., Rn. 41.

31 Hier deutet sich schon die Maßgeblichkeit der vertraglichen Beziehung an, näher dazu unten.

32 Ebd., Rn. 34.

33 Vgl. § 3 Abs. 1 AGG.

34 Vgl. (nunmehr auch ausdrücklich mit Bezug auf die hier besprochene Entscheidung) Oliver Mörsdorf, in: Beate Gsell u.a. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand 1.3.2021, AGG § 19 Rn. 26; ferner exemplarisch EuGH, U. v. 16.7.2015 – C-83/14 (CHEZ Razpredelenie Bulgaria); BVerfG [K], B. v. 30.1.2020 – 2 BvR 1005/18, NJW 2020, 1282.



Entscheidung hält das Bundesverfassungsgericht nämlich ausdrücklich und zutreffend fest: Dass das Personenstandsrecht nur eine Eintragung innerhalb der zweigeschlechtlichen Kategorien vorsah, „benachteilige [...] Menschen, die nicht männlichen oder weiblichen Geschlechts sind und sich selbst dauerhaft einem weiteren Geschlecht zuordnen“. Diese Menschen würden dadurch ungleich behandelt und wegen ihres Geschlechts benachteiligt „insofern, als diese im Gegensatz zu Männern und Frauen nicht ihrem Geschlecht gemäß registriert werden können“.<sup>35</sup> Es wäre ein Leichtes gewesen, auch diese Feststellungen auf den vorliegenden bürgerlich-rechtlichen Fall einfach zu übertragen.

Stattdessen offenbaren die Erwägungen des LG Frankfurt a.M. hier ein grundlegendes Missverständnis sowohl des Benachteiligungsbegriffs des AGG als auch der dogmatischen Funktion der §§ 19 ff. AGG. Nachdem das Gericht nämlich eine Benachteiligung in Bezug auf die Hauptleistungspflichten abgelehnt hat, lehnt es das Vorliegen einer vertraglichen Nebenpflicht zur Unterlassung von Benachteiligungen ab.<sup>36</sup> Richtig ist aber das Gegenteil, und zwar *weil* es das AGG gibt: Das AGG statuiert nach herrschender Auffassung genau die (vor-)vertragliche Nebenpflicht, Vertragsinteressent\*innen beim Zugang zur Leistung und bei Leistungserbringung nicht zu diskriminieren.<sup>37</sup> Das beklagte Unternehmen hat im Rahmen dieser Nebenpflicht also sicherzustellen, dass ihr Leistungsangebot benachteiligungsfrei zugänglich ist. Genau das gelingt dem beklagten Unternehmen hier nicht. Vielmehr werden Vertragsinteressent\*innen nicht binärer Geschlechtsidentität durch die Buchungsmodalitäten systematisch benachteiligt.

Diese Benachteiligung ist auch nicht gem. § 20 Abs. 1 AGG wegen eines sachlichen Grundes gerechtfertigt. Insofern liefert das Landgericht selbst die Begründung: Das Geschlecht der Vertragspartner\*innen ist für die erbrachten Dienstleistungen völlig irrelevant.<sup>38</sup> Sofern es dem Unternehmen darum geht, ihre Kund\*innen in der Kommunikation ihrem Geschlecht entsprechend anzureden, wird dieses Ziel gerade verfehlt.

### 3. Rechtsfolge: Geldentschädigung

Hätte das Landgericht den Weg über das AGG beschritten, hätte es einen Anspruch auf immateriellen Schadenersatz bejahen müssen. Nach § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG kann die benachteiligte Person wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Eine Abwägung in Bezug auf das Ob der Gewährung von Geldentschädigung – wie sie die deliktsrechtliche Lösung voraussetzt – findet

35 BVerfG (Fn. 3), Rn. 56 f.

36 Vgl. LG Frankfurt a.M. (Fn. 1), Rn. 38: Eine Nebenpflicht könne sich nur aus Vertrag oder Gesetz ergeben, hier allenfalls aus dem Benachteiligungsverbot des AGG. Weil aber schon keine Benachteiligung zu erkennen sei, bestehe auch keine Nebenpflicht.

37 Vgl. Jobst-Hubertus Bauer/Steffen Krieger/Jens Günther, Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Auflage 2018, AGG § 21 Rn. 7; Walter Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. 2021, Einf. vor § 19 AGG Rn. 4; Monika Schlachter, in: Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, § 7 AGG Rn. 9; Jan Lüttringhaus, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, Tübingen 2010, 60 ff.; Markus Stoffels, Grundprobleme der Schadenersatzverpflichtung nach § 15 Abs. 1 AGG, RdA 2009, 204 (207, 214).

38 LG Frankfurt a.M. (Fn. 1), Rn. 41.



hier gerade nicht statt. Voraussetzung ist allein ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG.<sup>39</sup>

Gerichte haben dann nur noch über die Höhe der Geldentschädigung zu entscheiden. Viele sind – wohl wiederum geprägt von der herkömmlichen Dogmatik zur Persönlichkeitsrechtsverletzung und § 253 BGB – diesbezüglich eher zurückhaltend.<sup>40</sup> Damit verkennen sie den Sinn und Zweck der Geldentschädigung, die das Antidiskriminierungsrecht hier bereithält. Gemäß den europarechtlichen Vorgaben müssen die Sanktionen für Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein.<sup>41</sup> Das setzt voraus, dass sich die Höhe der Geldentschädigung – gerade wenn sie von großen Unternehmen zu zahlen ist – nicht nur auf symbolische Minimalbeträge begrenzt.<sup>42</sup>

### V. Abschlussbetrachtung: Zwei Arten von „Beziehungen“

An- und abschließend seien ein paar grundlegendere dogmatische Überlegungen angestellt zu den unterschiedlichen Beziehungslogiken, die den Hintergrund der kritischen Besprechung bis hierhin bilden.

Das Zivilrecht regelt die Beziehungen zwischen Privaten auf zwei grundsätzlich verschiedene Weisen, je nachdem wie die Personen miteinander in Beziehung treten. Zum einen regelt es unfreiwillige Kontakte. Für das Szenario des unfreiwilligen In-Beziehung-Tretens ist das Deliktsrecht zuständig. Der deliktische Schutz ist dabei auf Integritätsschutz angelegt. Die privatrechtliche Logik dahinter ist, dass Bürger\*innen im Privatverkehrsverkehr einander grundsätzlich nichts schulden, außer sich gegenseitig nicht zu verletzen. Es regelt also die a-priori-Beziehung zwischen Rechtspersonen, indem es sie voneinander abgrenzt und jeder Person eine geschützte Sphäre zuweist.<sup>43</sup> Schäden werden nur ersetzt, wenn die Beeinträchtigung so erheblich ist, dass sie als Verletzung dieser (gegenüber jeder Person, also absolut) geschützten Sphäre erscheint. Entsprechend hoch sind die Anforderungen.

39 Vgl. Gregor Thüsing, in: Münchner Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2018, AGG § 21 Rn. 38; ausdrücklich gegen weitere verschärfende Voraussetzungen vgl. Oliver Mörsdorf, in: Beate Gsell u.a. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand 1.3.2021, AGG § 21 Rn. 61., der indes von der Voraussetzung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung ausgeht (diese sei allerdings qualifiziert und gesetzlich vermutet). Ob das in Abs. 2 Satz 2 statuierte Verschuldenserfordernis systematisch auch für Satz 3 gilt, ist fraglich, wird aber für ohnehin europarechtswidrig gehalten, vgl. schon oben Fn. 18.

40 Vgl. beispielsweise AG Bonn, U. v. 26.3.2015 – 111 C 9/15 (kein Entschädigungsanspruch wegen fehlender Intensität der Zurücksetzung); AG Darmstadt, U. v. 16.2.2021 – 8 O 189/20, unveröffentlicht (kein Entschädigungsanspruch wegen nur „geringen“ Verstoßes gegen das AGG); für eher symbolische Entschädigungsbeträge AG Aachen, U. v. 15.12.2017 – 104 C 35/16; AG München U. v. 17.12.2014 – 171 C 27856/13; AG Leipzig, U. v. 18.5.2012 – 118 C 1036/12; AG Oldenburg, U. v. 23.7.2008 – 2 C 2126/07; AG Bremen, U. v. 20.1.2011 – 25 C 0278/10; AG Hagen, U. v. 9.6.2008 – 140 C 26/08; AG Köln, U. v. 17. Juni 2014 – 147 C 68/14; AG Tempelhof-Kreuzberg, U. v. 19. Dezember 2014 – 25 C 357/14, Rn. 66 ff.

41 Vgl. Art. 15 Richtlinien 2000/43/EG und Art. 8 RL 2004/113/EG; BT-Drs. 16/1780, 46 unter Verweis auf EuGH, U. v. 10.4.1984 – Rs. 14/83 (v. Colson u. Kamann).

42 Vgl. ausdrücklich BT-Drs. 16/1780, 46.

43 Vgl. Carl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Auflage, München 1994, BT II 2 § 75 I 1.

Daneben hält das Zivilrecht die Möglichkeit bereit, miteinander freiwillige Beziehungen einzugehen. Das grundlegende Instrument hierfür ist der Vertrag. Hier geht es nicht (nur) darum, zu bewahren, also bereits absolut zugewiesene Rechtssphären nicht zu verletzen. Es geht darum, die Rechtskreise zu erweitern durch (gegenseitiges) Versprechen.

Das AGG regelt vorvertragliche und vertragliche Beziehungen. Es möchte dabei etwas anderes gewährleisten als (nur) Integritätsschutz: Es will ein Versprechen der gegenseitigen Gleichbehandlung einlösen. Es nimmt den Vertrag zum Anlass, die Beteiligten in eine qualifiziertere Anerkennungsbeziehung zu setzen. Natürlich laufen beide Regime parallel: In einer (vor)vertraglichen Situation gilt immer auch das Deliktsrecht. Wenn zufällig gegen § 19 Abs. 1 AGG und § 823 Abs. 1 BGB gleichermaßen verstoßen wird, wird eben auf deliktischer und auf AGG-Grundlage gehaftet.<sup>44</sup> Aber einerseits greift es zu kurz – nicht nur ganz grundlegend, sondern wie gezeigt auch praktisch –, Diskriminierungsschutz auf Würdeschutz zu reduzieren. Andererseits ist eben die Beziehungsperspektive jeweils eine ganz eigene.

Der deliktsrechtlichen Lösung des Landgericht kann also auch vorgehalten werden, die zwischen dem beklagten Unternehmen und der klagenden Person bestehende Beziehungsdimension unrichtig zu verarbeiten. Das In-Beziehung-Treten des beklagten Unternehmens mit der klagenden Person ist eben kein „zufälliges“ bzw. unfreiwilliges. Erst dieses freiwillige In-Beziehung-Treten bringt die Benachteiligung hervor, weil der Zugang zu eben der begehrten vertraglichen Leistung nicht diskriminierungsfrei besteht. Es löst aber auch erst die Gleichbehandlungspflicht aus: Denn es ist Anliegen des AGG, diesen diskriminierungsfreien Zugang zu gewährleisten.

## VI. Fazit

Das Urteil des LG Frankfurt a.M. ist also in mehreren Hinsichten interessant in „Beziehungsfragen“, das Schwerpunktthema dieses Hefts.

Es wirft die Frage auf, welche Nichtdiskriminierungspflichten in Privatrechtsbeziehungen bestehen und auf welcher Grundlage. Das LG Frankfurt a.M. wählt für die Lösung eines Diskriminierungsfalls den Weg über das Deliktsrecht. Dieser Lösung kann vorgeworfen werden, dass sie die Dimensionen der Diskriminierung weder auf tatbestandlicher noch auf Rechtsfolgen-Ebene adäquat reflektiert. Die Benachteiligung wird ausgeblendet und dem Unrecht der Diskriminierung unzutreffend begegnet. Der deliktsrechtlichen Lösung kann außerdem vorgeworfen werden, die zwischen dem beklagten Unternehmen und der klagenden Person sich anbahnende bzw. bestehende (vertragliche) Beziehungsdimension unrichtig zu verarbeiten.

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Die Berufung ist beim OLG Frankfurt a.M. anhängig. Es ist davon auszugehen, dass das Urteil – jedenfalls in Bezug auf die Erwägungen zum AGG – keinen Bestand haben wird. Unternehmen sind daher gut beraten, sich der Rechtsentwicklung vorausschauend zu stellen und ihre Kommunikationssysteme entsprechend anzupassen.

44 So wäre der dem LG Frankfurt a.M. zugrundeliegende Fall wohl zutreffend zu lösen.