

rechtigkeit konzipiert, während die Diskriminierungsverbote des AGG distributiven Zielen dienen.¹⁶⁴ Diskriminierungsverbote sind danach *per definitionem* Ausnahmen¹⁶⁵ und auch deshalb ein Fremdkörper im System des Privatrechts.¹⁶⁶ *Fastrich* vereinfacht den Geltungsgrund allgemeiner Gleichbehandlungspflichten zu sehr. Die These, der Arbeitgeber schulde Gleichbehandlung als Konsequenz des Vollzugs selbstgesetzter Normen, ist einer der schwächeren Begründungsansätze des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Man kann darin mit guten Gründen auch einen Fall der „externen Zielsetzung“ sehen, wenn man etwa auf die ungleiche Machtverteilung abstellt und das Zurückweichen der Privatautonomie des Arbeitgebers damit begründet.¹⁶⁷ Die Trennung zwischen formaler Gleichbehandlung als internem Systemprinzip des Privatrechts und extern oktroyierten Diskriminierungsverboten wird damit mehr herbeigeredet als überzeugend beschrieben.

Insgesamt sind die Konzeptionen, nach denen es einen systematischen Zusammenhang von allgemeiner Gleichheitsverbürgung im Gleichheitssatz und speziellen Nichtdiskriminierungssätzen gibt, nicht nur „verführerisch“¹⁶⁸, sondern überlegen. Sie scheinen mir vorzugswürdig, weil man gemeinsame Grundprobleme, angefangen von der Legitimation der Gleichbehandlungspflichten bis hin zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, dogmatisch konsistent behandeln kann.¹⁶⁹ Das ist aber im Einzelnen noch näher zu begründen. Hier genügt es festzustellen, dass das egalitaristische Paradigma die beste Erklärung und Legitimation des geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrechts liefert. In der folgenden Analyse gehe ich daher von der These aus, dass das Nichtdiskriminierungsrecht konkretisiertes Gleichbehandlungsrecht ist.

III. Diskriminierungsmerkmale

Art. 21 Grundrechte-Charta enthält einen nicht abschließenden¹ Katalog von 17 Merkmalen, die weder von der Union noch von den Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 Grundrechte-Charta) zur Diskriminierung benutzt werden dürfen. Sieben darunter fallende Merkmale, nämlich Geschlecht, Rasse, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung finden sich in Art. 19 Abs. 1 AEUV wieder. Dieser erlaubt es der Union, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminie-

164 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b), § 4 III 4 und § 6 I 3.

165 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 74.

166 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b) und § 6 I 3.

167 Im Einzelnen oben § 5 I 3.

168 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68.

169 *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 17.

1 *Sachs* in: *Tettinger/Stern*, Grundrechte-Charta, Art. 21 Rn. 23.

rungen aus den dort abschließend aufgezählten² Gründen zu bekämpfen. Art. 19 AEUV ist eine eigenständige Kompetenzgrundlage.³ Sie ermächtigt die Union zum Erlass von speziellen, an Privatrechtssubjekte adressierten, Diskriminierungsverboten.⁴ Insoweit ergänzt und erweitert Art. 19 AEUV die aus Art. 157 Abs. 3 AEUV folgende Kompetenz der Union, den Grundsatz der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen zu gewährleisten. Die in Art. 19 AEUV nicht genannte Staatsangehörigkeit wird von Art. 18 AEUV erfasst. Ob dieses Diskriminierungsverbot auch auf Privatrechtssubjekte anwendbar ist, ist daher eine Frage des allgemeinen Nichtdiskriminierungsrechts.⁵ Möglicher Gegenstand des speziellen unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrechts sind daher nur die in Art. 19 Abs. 1 AEUV (und Art. 157 AEUV) aufgelisteten Merkmale. Darin liegt im Vergleich zur Grundrechte-Charta eine erste Hierarchisierung von Diskriminierungsmerkmalen.⁶ Das Unionsrecht geht offensichtlich davon aus, dass die Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund dieser sieben Merkmale besondere Aufmerksamkeit verdient. Der europäische Gesetzgeber hat von der Kompetenzgrundlage Gebrauch und *alle sieben Merkmale* zum Gegenstand privatrechtlicher Diskriminierungsverbote gemacht. Analysiert man jedoch den Tatbestand und die Rechtfertigungsmöglichkeiten, stellt man einen erheblichen Unterschied in der privatrechtlichen Reichweite der jeweiligen Diskriminierungsverbote fest. Darin liegt eine zweite Hierarchisierung von Diskriminierungsmerkmalen im Unionsrecht:⁷ An der Spitze stehen Rasse und ethnische Diskriminierung. Sie haben das traditionelle Diskriminierungsmerkmal Geschlecht⁸ auf den zweiten Rang verwiesen. Die dritte Gruppe bilden Religion und Weltanschauung sowie die sexuelle Orientierung. Als viertes folgt die Behinderung. Schlusslicht der Reihenfolge ist das Alter. Das AGG übernimmt diese Hierarchisierung im Wesentlichen. Mit einer Ausnahme: Das Schlusslicht ist hier die Weltanschauung, weil sie vom Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots (§ 19 Abs. 1 AGG) komplett herausgenommen wurde.

2 *Holoubeck* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 19 AEUV Rn. 13; kritisch dazu *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 126 ff.

3 Dazu näher *Grabenwarter* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 AEUV Rn. 6. Die Frage, ob diese Kompetenzgrundlage ein materielles Diskriminierungsverbot voraussetzt (so *Holoubeck* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 19 AEUV Rn. 4; ähnlich *Bouchouaf/Richter*, Jura 2006, 651, 654), hat sich mit der Verankerung der Diskriminierungsverbote in der Grundrechte-Charta und in allgemeinen Rechtsgrundsätzen erübrigt.

4 *Wernsmann*, JZ 2005, 224, 227; *Bouchouaf/Richter*, Jura 2006, 651, 652; *Grabenwarter* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 AEUV Rn. 44.

5 Dazu unten § 8 IV.

6 Vgl. *Neuner*, 2 ERCL 35, 44-45 (2006).

7 Zur kontroversen Diskussion über die Legitimation dieser Hierarchisierung *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145, 157-160 (2001); *Waddington/Bell*, 38 CMLR 567, 610-11 (2001); *Schiek*, 8 ELJ 290, 308 (2002); *Bell/Waddington*, 28 E.L. Rev. 349, 359-368 (2003).

8 Vgl. dazu oben § 4 II 3. <https://doi.org/10.5771/9783845248462-559>, am 03.10.2024, 10:38:53

1. Rasse und ethnische Herkunft

Die Richtlinie 2000/43/EG verbietet Diskriminierungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft. Man tat sich mit dem Begriff „Rasse“ schwer. Die Richtlinie stellt in Erwägungsgrund (6) klar, dass die Europäische Union Theorien zurückweise, mit denen versucht werde, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen. Um noch deutlicher zu machen, „dass nicht das Gesetz das Vorhandensein verschiedener menschlicher ‘Rassen’ voraussetzt, sondern dass derjenige, der sich rassistisch verhält, eben dies annimmt“,⁹ bezieht sich das AGG auf Benachteiligungen „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft“ (§§ 1, 19 Abs. 1 AGG).¹⁰ Beide Begriffe sind als Begriffe des Unionsrechts einheitlich und autonom auszulegen,¹¹ um einen Mindeststandard sicherzustellen.¹² Da beide Begriffe im Unionsrecht nicht definiert werden, muss man nach Interpretationshilfen im regionalen und internationalen Völkerrecht suchen.¹³ Für die Auslegung von Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta ist auf die Erfahrung mit den Begriffen „Rasse“ und „Hautfarbe“ in Art. 14 EMRK zurückzugreifen. Dafür bietet die General Policy Recommendation No. 7 der European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) v. 13.12.2002 wichtige Anhaltspunkte.¹⁴ Sie enthält eine Definition der unmittelbaren Diskriminierung wegen der Rasse und versteht darunter

„any differential treatment based on a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, which has no objective and reasonable justification.“¹⁵

Für die Auslegung der Richtlinie ist auch zu berücksichtigen, dass sie im Wesentlichen ein „legal transplant“ des, mittlerweile vom Equality Act 2010¹⁶ abgelösten, Race Relations Act 1976¹⁷ ist.¹⁸ Von Bedeutung ist auch das Begriffsver-

9 BT-Drs. 16/1789, S. 30.

10 Kritisch *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 53.

11 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 40 ff (zum Begriff der Behinderung); siehe auch *Fuchs* in: Bamberger/Roth, BGB, § 1 AGG Rn. 5.

12 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 65.

13 *Howard*, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 7-9 (2008).

14 Zugreifbar unter http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf [Stand: 31.12.2012].

15 Dazu *Howard*, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 7 (2008).

16 Equality Act 2010 c. 15 [zugreifbar unter http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf] [Stand: 31.12.2012]. Sec. 9 (1) definiert die Merkmale im Wesentlichen unverändert: „Race includes (a) colour; (b) nationality; (c) ethnic or national origins.“

17 Nach Sec. 3(1) Race Relations Act 1976 c. 74 [zugreifbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/74/contents> (Stand: 31.12.2012)] waren erfasst „racial grounds mean[ing] any of the following grounds, namely colour, race, nationality or ethnic or national origins“.

18 *Hepple*, 67 Mod. L. Rev. 1, 3 (2004).

ständnis¹⁹ des von allen Mitgliedstaaten ratifizierten ICERD.²⁰ Liest man die Merkmale des Race Relations Act 1976 und des Art. 1 ICERD²¹ zusammen, kann man die beiden Merkmale „Rasse und ethnische Herkunft“ weiter aufgliedern in: (1.) Rasse und Hautfarbe sowie (2.) Abstammung, nationale und ethnische Herkunft.

a) *Soziale Konzeption des „Rassebegriffs“*

„Rasse“ und „Hautfarbe“ sind die traditionellen Diskriminierungsmerkmale des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts. Bereits der *Civil Rights Act* von 1875 verbot es Privaten, daran anzuknüpfen.²² Sie werden in fast allen relevanten Texten gemeinsam genannt,²³ nur das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht verzichtet darauf.²⁴ Das überrascht zunächst, weil gerade die als verschieden wahrgenommene Hautfarbe eines Menschen das soziale Konzept „Rasse“ definiert²⁵. Das belegt ein Beispiel aus der Praxis des deutschen Wohnungsmarkts, geschehen im September 2006:

Die Betroffenen, „afrikanischer Herkunft und von dunkler Hautfarbe“, nahmen auf eine Wohnungsanzeige des beklagten Hausverwalters telefonisch Kontakt auf und vereinbarten einen Besichtigungstermin. Die vereinbarungsgemäß wartende Hausmeisterin erklärte „unmittelbar nach dem Öffnen der Tür, beim Anblick der afrikanischen Familie“: „Die Wohnung wird nicht an Neger, äh ... Schwarzafrikaner und Türken vermietet“.²⁶

Offener kann man nicht aufgrund der Rasse und Hautfarbe diskriminieren. So offen, wie es hier geschah, sind Diskriminierungen aufgrund der Rasse nicht immer. Dass es sich aber auch nicht um einen Einzelfall handelte, zeigt die von *Andreas Klink* und *Ulrich Wagner* durchgeführte empirische Studie zur Rassendiskriminierung in Deutschland.²⁷

Die Kombination von „Rasse“ mit „Hautfarbe“ ist allerdings nicht unproblematisch. „Rasse“ oszilliert zwischen „biologischen“ (besser: vermeintlich biologischen) und sozialen Unterscheidungen. Die soziale Konzeption von „Rasse“ ist

19 Insbesondere den zahlreichen „Allgemeinen Bemerkungen“ des CERD-Ausschusses [zugreifbar unter <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (Stand: 31.12.2012)] kommt eine praktische Relevanz als *persuasive authority* zu; unmittelbare rechtliche Bindungswirkung haben sie nicht, vgl. EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 46.

20 So auch BT-Drs. 16/1780, S. 31. Zum ICERD näher oben § 4 II 2.

21 Dazu *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 49 f mwN.

22 Dazu oben § 3 III 3.

23 Art. 1 ICERD, Art. 14 EMRK, Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta.

24 Art. 19 Abs. 1 AUEV, Art. 1 RL 2000/43/EG und § 1 AGG.

25 Siehe dazu bereits oben § 3 III 5.

26 OLG Köln NZM 2010, 294 und als Vorinstanz LG Aachen NZM 2009, 318 [daraus auch die Zitate]; vgl. auch *Derleder*, NZM 2009, 310 ff.

27 *Klink/Wagner*, 29 J. Appl. Soc. Psychol. 402 (1999).

mittlerweile im Völkerrecht²⁸ und im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht²⁹ ganz herrschend. Das Recht bedient sich dieses Begriffs, um wirksam gegen die mit dem Rassismus verbundene soziale Diskriminierung vorgehen zu können.³⁰ Für den Rechtsanwender entsteht dabei aber ein Dilemma: Wie kann er feststellen, dass der Adressat den Betroffenen „rassistisch“ entgegentritt³¹ oder sicherstellen, dass der Betroffene sich einer Gruppe zugehörig fühlt,³² die von den Normadressaten „rassistisch“ rekonstruiert wird? Der Rechtsanwender wird „gruppenbildende Merkmale“ bilden, die er am Ende wieder bei den „biologischen Merkmalen“ suchen wird.³³ In diesem Zusammenhang werden in der deutschen Kommentarliteratur ganz unreflektiert als äußerliche körperliche Merkmale genannt: Hautfarbe, Gesichtsform, Augenform,³⁴ Haartracht,³⁵ Physiognomie und Körperbau,³⁶ Morphologie des Körpers und des Gesichts oder Pigmentierung³⁷. Das basiert – man muss es leider deutlich sagen – auf einem rassistischen Vorverständnis.³⁸ Diese vermeintlich deskriptiven äußerlichen Merkmale werden als solche nur deshalb wahrgenommen, weil unsere soziale Prägung die Merkmale erst sichtbar macht. Schwarz wird als Hautfarbe nur registriert, wenn sie von der sozial gesetzten Norm weißer Hautfarbe abweicht. Und umgekehrt. Die Ansicht, man könne diese Merkmale „neutral“ feststellen, tappt in die rassistische Falle. Letztlich werden für den Begriff „Rasse“ sozial-kulturell geprägte Anknüpfungsmerkmale relevant, wie sie auch für die Feststellung der ethnischen Herkunft verwendet werden. Ich teile daher die Einschätzung, dass man zwischen

- 28 Vgl. Präambel ICERD („In der Überzeugung, dass jede Lehre von einer auf Rassenunterschiede gegründeten Überlegenheit wissenschaftlich falsch, moralisch verwerflich sowie sozial ungerecht und gefährlich ist“); näher *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 384 f; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 43 ff; *Wolfrum*, Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: *Wolfrum*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 215, 221 ff; *Falke* in: *Falke/Rust*, AGG, § 1 Rn. 14; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 1 Rn. 14 ff.
- 29 Siehe *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 53; *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 88 f; *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 1 Rn. 10.
- 30 Näher zur wichtigen Unterscheidung von Rasse als Rechtsbegriff und Rassismus als ideologischer Einstellung im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts *Howard*, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 11-16 (2008); *Barskammaz*, KJ 2009, 296, 297 ff.
- 31 So BT-Drs. 16/1780, S. 31.
- 32 So ICERD-Ausschuss, General Recommendation No. 8 v. 22.8.1990, Identification with a particular racial or ethnic group (Art. 1, par.1 & 4), zugreifbar unter <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ICERD/comments.htm> [Stand: 30.9.2010].
- 33 Exemplarisch *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 88.
- 34 *Legerlotz* in: NK-BGB, § 1 AGG Rn. 17.
- 35 *Däubler* in: *Däubler*, AGG, § 1 Rn. 23, 35.
- 36 *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 2007, § 2 Rn. 5; *Lingemann* in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, § 1 AGG Rn. 3.
- 37 *Beitze* in: *Hey*, AGG, § 1 Rn. 10.
- 38 Zutreffend daher die Kritik von *Greiner*, DB 2010, 1940 f; ähnlich auch *Stein* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 1 Rn. 11, der darauf hinweist, dass die Verwendung solcher Merkmale zu einer nicht akzeptablen mittelbaren Anerkennung rassistischer Vorstellungen führt.

den Merkmalen „Rasse und ethnischer Herkunft“ nicht trennen muss.³⁹ Sie sind „related and overlapping concepts“.⁴⁰ Auch der Gerichtshof der Europäischen Union verwendet in seiner Entscheidungspraxis konsequent beide Begriffe im Tandem.⁴¹

b) Ethnische Herkunft

Die Diskriminierungsmerkmale „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ sind Bestandteil eines *anticaste-principle*,⁴² um bestimmte soziale Hierarchisierungen aufzubrechen. Aus der Bandbreite sichtbarer Merkmale werden bestimmte Differenzierungsgründe „verpönt“, die traditionell dazu dienen, „uns“ von den „Anderen“ nach ethnischen Zugehörigkeiten zu unterscheiden. „Rasse“ und ihre Stellvertretermerkmale wie „Hautfarbe“ sind klassische Beispiele solcher Kriterien. Ein anderes Beispiel ist die in Art. 1 ICERD und Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG genannte „Abstammung“. Abstammung ist „vornehmlich die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren“,⁴³ die allerdings als „von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung“ zu verstehen ist.⁴⁴ Ob diese von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung zum Stigma wird, teilt uns in vielen Fällen die Geschichte mit. Die Sinti und Roma beispielsweise zählen im Europa des frühen 21. Jahrhunderts wegen der ihnen zugeschriebenen ethnischen Eigenschaften dazu.⁴⁵ Dasselbe gilt immer noch für Juden, die im Kontext sozialer Hierarchien nicht nur wegen ihrer Religion, sondern vor allem wegen der prägenden Wirkung antisemitischer Rassistheorien als ethnische Gruppe wahrgenommen werden.⁴⁶

39 Siehe BT-Drs. 16/1780, S. 31. So auch *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 322; *Falke* in: Falke/Rust, AGG, § 1 Rn. 18; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 14 f; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 1 Rn. 12; *Armbrüster* in: Erman, § 1 AGG Rn. 3; zu Art. 1 ICERD auch *Wolfrum*, Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: Wolfrum, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 215, 222.

40 EGMR, Urt. v. 13.12.2005, App. Nos. 55762/00, 55974/00 – *Timishev v. Russia* = <http://www.echr.coe.int/chr/en/hudoc/> para. 55.

41 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187.

42 *Sunstein*, 92 Mich. L. Rev. 2410 (1994).

43 BVerfGE 9, 124, 128.

44 BVerfGE 9, 124, 129; ganz ähnlich das traditionelle Verständnis des Begriffs im Race Relations Act 1976, vgl. *Lustgarten*, 28 Int'l & Comp. L. Q. 221, 235 (1979): „In this sense it means the ancestry, not of an individual, but of his forebears; by extension it refers to any socially distinct minority group.“

45 Vgl. Mitteilung der Kommission, Soziale und wirtschaftliche Integration der Roma v. 7.4.2010, KOM(2010) 133 endg.; siehe auch *Lustgarten*, 28 Int'l & Comp. L. Q. 221, 236 (1979); *Heppele*, 67 Mod. L. Rev. 1, 8-9 (2004) und aus sozialwissenschaftlicher Sicht jetzt sehr informativ *Koch*, Soziale Konstruktion und Diskriminierung von Sinti und Roma, in: Hornel/Scherr, Das Diskriminierungsverbot als Menschenrechtsprinzip, 2010, 255 ff.

46 Vgl. *Seide v. Gillette Industries Ltd*, [1980] IRLR 427 (EAT) zum Race Relations Act [dazu *Williams*, 8 Ind. L. J. 263 (1980)]; zum AGG vgl. *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 91 f; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 17 f.

Fehlt die historische Dimension, fällt es der Praxis deutlich schwerer, zu bestimmen, ob ein gesellschaftliches Stigma auf der ethnischen Zugehörigkeit der Betroffenen zu einer Personengruppe beruht.⁴⁷ Geradezu exemplarisch geworden ist ein vom Arbeitsgericht Stuttgart entschiedener Fall. Eine 1988 aus der DDR nach Stuttgart übersiedelte Bewerberin erhielt mit einer Absage auch ihre Bewerbungsunterlagen zurück, in denen eine Mitarbeiterin des potentiellen Arbeitgebers den Ausdruck „Ossi“ mit einem daneben eingekreisten Minuszeichen angebracht und zu Tätigkeitszeiten vor 1988 an zwei Stellen „DDR“ vermerkt hatte. Die Bewerberin sah darin eine Ungleichbehandlung wegen ihrer ethnischen Herkunft aus der DDR.⁴⁸ Das Gericht kam nach Sichtung der völkerrechtlichen Grundlagen zu der Erkenntnis, „dass der Begriff der ethnischen Herkunft auf der manifestierbaren Unterschiedlichkeit der Menschen gründet“ und zusätzlicher Merkmale bedürfe, um mit Sinn erfüllt werden zu können.⁴⁹ Damit stoßen wir erneut auf die Notwendigkeit von Stellvertretermerkmalen, aus denen der Rechtsanwender auf eine Gemeinsamkeit der Gruppe schließen kann. Es sind Stellvertretermerkmale, die einzeln oder in der Summe den Schluss zulassen, dass es sich bei dem Betroffenen um den Angehörigen einer „anderen“ Gruppe handelt. Der Ethnologe *Frederik Barth* postulierte 1969, dass ethnische Gruppen soziale Institutionen sind und dazu dienen, sich und andere als Gruppenmitglied oder Außenseiter zu positionieren.⁵⁰ Ethnische Zuschreibungen sind Klassifizierungen, die „a person in terms of his basic, most general identity, presumptively determined by his origin and background“ betreffen.⁵¹ In beiden Fällen basieren die genannten Stellvertretermerkmale auf kulturellen und sozialen Vorverständnissen. Sie werden wie die Hautfarbe erst sichtbar, wenn man sie in Relation zu einer anderen Gruppe setzt.⁵² Man kann daher nicht an deskriptiv konzipierte Merkmale anknüpfen, weil wir diese Merkmale vorher als relevante Unterscheidungsmerkmale bereits konstruiert haben. Daher ist es notwendig, die Unterscheidungsmerkmale in Relation zu einer Vergleichsgruppe herauszukristallisieren. Dabei ist die Zugehörigkeit des Normadressaten zu berücksichtigen, weil seine Wahrnehmung die soziale Identität des Betroffenen mitkonstruiert. Erst durch seine Anknüpfung an ein persönliches Merkmal des Betroffenen besteht die Gefahr, dass sich die im Hintergrund bestehende soziale Hierarchisierung durchsetzt. *Barth* nannte es plastisch die andauernde Dichotomisierung zwischen Mitgliedern und Außenseitern.⁵³ Es kommt daher nicht darauf an fest-

47 Vgl. zur dann gegebenen Unsicherheit *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 73 ff.

48 ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344.

49 ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344, 345.

50 *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, in: *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, 1969, 9, 13 ff.; näher zur Würdigung *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 79 ff.

51 *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, in: *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, 1969, 9, 13.

52 *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, in: *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, 1969, 9, 14.

53 *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, in: *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, 1969, 9, 14.

zustellen, welche kulturellen Gemeinsamkeiten eine Gruppe aufweist. Entscheidend ist, wo die Grenzziehung nach außen verläuft. Diese ist zwangsläufig sozialer Natur.⁵⁴

Entscheidend ist also nicht, wie eine Ethnie von der anderen abgegrenzt werden kann. In der Praxis geht es darum, was die ethnischen Gruppen von sonstigen Gruppen, zum Beispiel der Gruppe der Frauen, der Senioren, der Katholiken oder Atheisten, der Homosexuellen oder der Behinderten, unterscheidet. Man braucht ein Kriterium dafür, eine vorgefundene Grenze als ethnische Grenze zu identifizieren.⁵⁵ Genau dieses Problem stellte sich dem Arbeitsgericht Stuttgart im „Ossi“-Fall. Obwohl es auf die vermeintlich deskriptiven Merkmale abstellte, arbeitete das Gericht implizit mit der These, dass Ethnien Grenzziehungen voraussetzen. Weil es keine solche Grenzziehung zwischen Ost- und Westdeutschen wahrnehmen konnte, verneinte es, dass der Ostdeutsche im Nichtdiskriminierungsrecht eine eigene Ethnie bilde.⁵⁶ Wann aber ist die Grenze nach ethnischen Gesichtspunkten gebildet?⁵⁷ „Die ethnische Gruppe ist aus der Sicht des sich selbst anhand von Gruppenzugehörigkeiten identifizierenden Individuums die fundamentalste und allgemeinste Gruppe. [...] Die Ethnie ist demnach die allgemeinste aller Gruppen, anhand derer Individuen sich kategorisieren und von anderen kategorisiert werden.“⁵⁸ Damit lässt sich die klassifikatorische Frage im Ossi-Fall beantworten: Die Ungleichbehandlung der Bewerberin ist auf ihre örtliche Herkunft iSv „Heimat“⁵⁹ zurückzuführen. Der Katalog in Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG weist darauf hin, dass man die ethnische Herkunft nicht ohne weiteres mit der geographischen Herkunft gleichsetzen darf.⁶⁰ Sie knüpft damit an eine Teilgruppe der Fundamentalkategorie „Ethnie“ und nicht an diese selbst an. Wer jemanden nicht einstellt, weil er oder sie „Ossi“ ist, diskriminiert nicht wegen der ethnischen Herkunft. Damit steht fest, dass der persönliche Anwendungsbereich des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts nicht eröffnet ist. Weil „Heimat“ aber ein Diskriminierungsmerkmal gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist, besteht daneben noch die Möglichkeit, die Ungleichbehandlung im allgemeinen Nichtdiskriminierungsrecht zu thematisieren.⁶¹

54 *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, in: *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, 1969, 9, 15.

55 *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 82.

56 ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344, 345; ähnlich ArbG Würzburg AE 2009, 275 im Anschluss an *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 57; ablehend *Bertzbach*, jurisPR-ArbR/2010 Anm. 1 (unter C.); *Greiner*, DB 2010, 1940, 1943; vgl. zum Streitstand *Däubler* in: *Däubler*, AGG, § 1 Rn. 43.

57 Siehe dazu *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, in: *Barth*, Ethnic Groups and Boundaries, 1969, 9, 13.

58 *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 82.

59 Zu den unterschiedlichen Begriffskonzeptionen siehe BVerfGE 102, 41, 53 und BVerfGE 102, 41, 65 (abw. Meinung Kühling, Jaeger, Hohmann-Dennhardt).

60 So aber *Greiner*, DB 2010, 1940, 243.

61 Zur Begründung siehe unten § 8 IV.

c) Nationale Herkunft?

Damit rückt ein drittes Problem des Konzepts der ethnischen Diskriminierung ins Blickfeld: Wie verhält sie sich zum Merkmal der Staatsangehörigkeit? Weder in den Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2004/113/EG und 2006/54/EG, noch im AGG wird die nationale Herkunft als Diskriminierungsmerkmal genannt. Diese fällt nach der Konzeption des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts ausschließlich in den Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV und seiner Spezialtatbestände. Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG stellt sogar ausdrücklich klar, dass sie nicht für unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit gilt und keine Aussagen zur Einreise und zum Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen trifft. Der Wortlaut differenziert dabei nicht zwischen hoheitlichen und privaten Entscheidungsträgern.⁶² Für die Einbeziehung der Letzteren fehlt der Union bereits die Kompetenz, weil Art. 19 Abs. 1 AEUV die Staatsangehörigkeit ebenfalls nicht nennt.⁶³ Das kann man mit guten Gründen kritisieren.⁶⁴ Staatsangehörige von Mitgliedstaaten werden umfassend⁶⁵ von einem Normgeflecht geschützt, dessen Grundlage Art. 18 AEUV ist. Drittstaatsangehörige partizipieren daran nicht. Das Unionsrecht und das nationale Recht halten hier an einer Statuskategorie fest, die ihrerseits ethnisch geprägt ist. Staatsangehörigkeit, nationale Abstammung und ethnische Herkunft sind nämlich vielfach miteinander verwoben.⁶⁶ Daher sind zwei Fälle zu unterscheiden: (1.) Die Staatsangehörigkeit bildet das tatsächlich relevante Hauptmerkmal, an das die Differenzierung anknüpft. In solchen Fällen fehlt es an einer Ungleichbehandlung aufgrund eines verpönten Merkmals. (2.) An die Staatsangehörigkeit wird angeknüpft, weil sie als Stellvertretermerkmal für die ethnische Herkunft einer Person fungiert. Hier liegt idR eine unmittelbare Diskriminierung⁶⁷ wegen eines verpönten Merkmals vor, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/43/EG fällt.⁶⁸ Die Entscheidung in der Rs. *Feryn*⁶⁹ belegt diese These:

Anfang 2005 suchte das Unternehmen Feryn Monteure für den Einbau von Schwingtüren in die Häuser ihrer Kunden und stellte eine große Plakatwand mit dem Text „Personal gesucht“ auf ihrem Betriebsgrundstück an der Autobahn zwischen Brüssel und Antwerpen

62 *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 90; *Falke* in: Falke/Rust, AGG, § 1 Rn. 22; *Stein* in: Falke/Rust, AGG, § 1 AGG Rn. 14; aA *Nickel*, NJW 2001, 2668, 2669 f; *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 66; *Däubler* in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 32, die allerdings die folgende Differenzierung nicht vornehmen. Man dürfte daher zu denselben Ergebnissen kommen.

63 *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 90.

64 Siehe *Hepple*, 67 Mod. L. Rev. 1, 6-7 (2004); *Howard*, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 20 (2008) mwN.

65 Nach hier vertretener Auffassung auch gegenüber Diskriminierungen Privater, vgl. unten § 8 IV 3.

66 *Howard*, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 18 (2008).

67 AA *Schiek* in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 18: mittelbare Diskriminierung.

68 In der Sache auch *Armbrüster* in: Erman, § 1 AGG Rn. 5.

69 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* – Slg. 2008, I-5187.

auf. Im April wurde ein Zeitungsinterview mit einem Geschäftsführer unter der Überschrift „Die Kunden wollen keine Marokkaner“ veröffentlicht. Danach sagte der Geschäftsführer: „Außer diesen Marokkanern hat in vierzehn Tagen niemand anders auf unseren Aufruf reagiert ... Marokkaner suchen wir aber nicht. Unsere Kunden wollen sie nicht. Sie müssen in Privatwohnungen, oft in Villen, Schwingtüren einbauen, und diese Kunden wollen sie nicht in ihren Wohnungen haben“. In einem Fernsehinterview am selben Tag sagte er: „Es sind nicht nur Ausländer, die einbrechen. Das behaupte ich nicht, ich bin kein Rassist. Es sind genauso Belgier, die in Wohnungen einbrechen. Aber die Leute haben offensichtlich Angst. Daher wird oft gesagt: 'keine Ausländer'. ... Ich muss mich nach den Forderungen meiner Kunden richten. [...] Wir müssen den Forderungen unserer Kunden nachkommen. Es ist nicht mein Problem, ich habe dieses Problem in Belgien nicht verursacht. Ich will, dass die Firma läuft und dass wir am Jahresende unseren Umsatz erreichen, und wie schaffe ich das? Indem ich es so mache, wie der Kunde es will!“⁷⁰

Mit „Marokkanern“ sind also offensichtlich nicht marokkanische Staatsangehörige gemeint, sondern „Ausländer“ aus dem Maghreb generell. Der Gerichtshof hat diese Aussagen so verstanden, wie sie gemeint waren: als „Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen“.⁷¹ Darin liegt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund dieser Merkmale.⁷² Dasselbe gilt folglich auch für die Anknüpfung an „Türken“ oder „Spanier“, „Ausländer“, „Nicht-Deutsche“. Die Entscheidung der Richtlinie, streng zwischen Staatsangehörigkeit einerseits und ethnischer Herkunft andererseits zu trennen, zwingt dazu, die konkrete Anknüpfung kontextbezogen zu interpretieren. Die Frage nach der Staatsangehörigkeit eines Bewerbers ist danach schon tatbestandlich keine Diskriminierung nach dem AGG, wenn damit herausgefunden werden soll, ob der Bewerber eine Arbeitserlaubnis benötigt.⁷³ Will der Arbeitgeber dagegen nur Personen mit EU-Staatsangehörigkeit einstellen, weil er bürokratische Hindernisse vermeiden will, kann darin eine (mittelbare) Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft liegen. Der Arbeitgeber darf nicht von vornherein ausschließen, dass Nicht-EU-Bürger eine Arbeitserlaubnis besitzen. Verwendet der Arbeitgeber wie in *Feryn* die Staatsangehörigkeit als Stellvertretermerkmal für deren Herkunft, liegt dagegen eine unmittelbare Diskriminierung vor. Wäre dagegen die Staatsangehörigkeit ein Diskriminierungsmerkmal, läge in allen drei Beispielen eine unmittelbare Diskriminierung vor. Die entscheidenden Differenzierungen fänden dann auf der Rechtfertigungsebene statt. Das Unionsrecht ist diesen Weg nicht gegangen. Den

70 Den Sachverhalt habe ich den insoweit detaillierten Ausführungen von GA Poiras Maduro, Schlussanträge v. 12.3.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 1-4 entnommen.

71 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 25.

72 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 28.

73 Vgl. *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 1 Rn. 41.

Mitgliedstaaten steht er frei. Deutschland hat darauf verzichtet, die Staatsangehörigkeit zum verpönten Merkmal zu machen, im Vereinigten Königreich hat man sie dagegen in den Race Relations Act 1976 aufgenommen und im Equality Act 2010 beibehalten. Damit dürfte *Parliament* die klügere Entscheidung getroffen haben.

2. Geschlecht

Das Geschlecht ist aufgrund der Richtlinien 2004/113/EG, 2006/54/EG und 2010/41/EU ein nach §§ 1, 7 Abs. 1 und 19 Abs. 1 AGG verbotenes Diskriminierungsmerkmal. Neben dem für das Funktionieren der Union unerlässlichen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit war das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht der Gemeinschaft bis ins Jahr 2000 im Wesentlichen „Geschlechternichtdiskriminierungsrecht“.⁷⁴ Der bereits im Primärrecht angedeutete Zusammenhang von Geschlecht als Oberbegriff für Mann und Frau (vgl. Art. 157 Abs. 2 AEUV) wird im Sekundärrecht offenkundig: Die Richtlinien geben den Grundsatz der Gleichbehandlung „von Männern und Frauen“ vor. Dieser wird von „geschlechtsspezifischen Diskriminierungen“ (Art. 1 RL 2004/113/EG) beeinträchtigt, die es zu bekämpfen gilt. Für die Definitionen der Diskriminierungsformen wird das Wortpaar Mann/Frau zum Geschlecht zusammengefasst.⁷⁵ Mit Geschlecht, so könnte man meinen, bezieht sich das Recht auf das biologisch vorgegebene Geschlecht von entweder Mann oder Frau. Die Dinge liegen allerdings komplizierter.

a) Dilemma der Differenz

Ursache dafür ist das im Nichtdiskriminierungsrecht zwangsläufige „Dilemma der Differenz“:⁷⁶ Das Merkmal „Geschlecht“ knüpft an wahrgenommene Unterschiede zwischen Mann und Frau an, um die rechtliche und gesellschaftliche Relevanz dieser Dichotomie in Frage zu stellen. Das Nichtdiskriminierungsrecht nimmt also eine Differenz wahr und erklärt sie zugleich für prinzipiell unbeachtlich.⁷⁷ „Das Dilemma besteht in der Frage, wie das Recht besonderen Identitäten gerecht werden kann, ohne sie einerseits in traditionellen Rollenmustern festzu-

74 Zu den Gründen näher *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 42 ff; *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 22 ff.

75 Siehe dazu *Rust* in: Falke/Rust, AGG, § 1 Rn. 30.

76 Grundlegend dazu *Minow*

, Making All the Differences, 1990, 19 ff; vgl. dazu aus der jüngeren deutschsprachigen Literatur *Rössler*, Wert des Privaten, 2001, 67 ff (vom Standpunkt politischer Philosophie) und *Holzleithner*, KJ 2008, 250, 252 ff; *Koerber*, KJ 2009, 386 ff (aus juristischer Perspektive).

77 Beispielhaft dazu *U.S. v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533 (1996).

schreiben oder sie andererseits als „anders“ zu brandmarken.“⁷⁸ Indem das Recht mit dem besonders strengen Schutz von Schwanger- und Mutterschaft⁷⁹ typischerweise bei Frauen auftretende Bedürfnisse erfasst, wird das Merkmal „Schwangerschaft“ in der Praxis mit dem Merkmal „Frau“ gleichgesetzt.⁸⁰ „Dadurch werden Stereotypen befördert, was wiederum zur weiteren Benachteiligung beitragen kann.“⁸¹ Sie realisiert sich beispielsweise darin, dass ein Arbeitgeber eine Kindertagesstätte einrichtet, in die grundsätzlich nur Kinder von Mitarbeiterinnen aufgenommen werden.⁸² Einerseits setzt der Arbeitgeber damit Beschäftigungsanreize für die unterrepräsentierten Frauen. Er reagiert auf die Praxis in vielen Familien, in denen Kindererziehung und die alltägliche Versorgung der Kinder Aufgabe der Mutter ist. Paradoxerweise verstärkt er damit aber den ohnehin bestehenden sozialen Anpassungsdruck auf Frauen, weil er implizit bestätigt, dass Mutterschaft und Kindererziehung „Frauensache“ sind.⁸³ Das trägt „zur Verfestigung einer herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen“ bei.⁸⁴

„Keine speziellen Rechte für Frauen zu institutionalisieren, ist freilich auch keine Lösung.“⁸⁵ Formale Gleichbehandlung scheidet daran, dass auf die spezifischen sozialen Kontexte von Frauen nicht angemessen reagiert werden kann.⁸⁶ Gleichheit wird schnell zum Gleichsein.⁸⁷ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht darf diesen Kontexten und damit der möglichen Differenz von Frauen gegenüber nicht blind sein.⁸⁸ Diskriminierung ist nicht symmetrisch und betrifft Männer und Frauen nicht in gleicher Weise. Damit ist das Recht gezwungen, die Kategorie „Geschlecht“ zu instrumentalisieren und sie mit konkretem Inhalt –

78 Forst, Kontexte, 1994, 120.

79 Art. 4 Abs. 1 lit. a) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. c) RL 2006/54/EG; § 3 Abs. 1 S. 1 AGG.

80 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 12: „Hierzu ist zu bemerken, daß die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.“

81 *Holzleitner*, KJ 2008, 250, 254; ähnlich auch das Ergebnis der Analyse der Schwangerschaftsrechtsprechung des EuGH bei *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 235.

82 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891.

83 Zur Kritik siehe *Kocher*, KJ 2009, 386, 389 f.

84 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 41.

85 *Holzleitner*, KJ 2008, 250, 254.

86 Nachdrücklich *MacKinnon*, 100 Yale L.J. 1281, 1287 (1991).

87 Siehe zur Kritik des liberalen Feminismus *Künzel*, Feministische Theorien, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 44, Rn. 6 ff; *Holzleitner*, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht, 2008, 3, 5 f.

88 Zur Diskussion über Gleichheit und Differenz im modernen Feminismus siehe *Elsumi*, Feministische Rechtslehre, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano, Neue Theorien des Rechts, 2006, 163, 166 ff; *Künzel*, Feministische Theorien, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 44, Rn. 39 ff; *Holzleitner*, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 3, 7 ff.

spricht: Frau – zu füllen, um diese Unterschiede sichtbar zu machen.⁸⁹ Ein Muster dafür ist das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau v. 18.12.1979⁹⁰ (CEDAW), das nur „jede Form von Diskriminierung der Frau“ (Art. 2 CEDAW) verbietet.⁹¹ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht im Mehrebenensystem ist dagegen symmetrisch konzipiert. Ausgehend vom Merkmal „Geschlecht“, schützt es Männer und Frauen gleichermaßen; tatsächliche oder vermeintliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern spielen erst im Rechtfertigungsdiskurs eine Rolle.⁹² Die bevorzugte Behandlung des Arbeitgebers im Beispielsfall diskriminiert zwar die männlichen Arbeitnehmer.⁹³ Sie ist aber gerechtfertigt, weil sie die Ursachen der geringeren Zugangschancen der Frauen zum Arbeitsmarkt und zur beruflichen Laufbahn beseitigen könne und ihnen dazu verhelfen solle, im Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt besser zu bestehen und unter den gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn verfolgen zu können.⁹⁴

b) Dichotomie oder Vielfalt der Geschlechter? – Intersexualität, Transsexualität und Homosexualität

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht hat auch das Potential, die für das Recht scheinbar konstitutive Bedeutung der Mann-Frau-Dichotomie kritisch zu reflektieren. Die biologischen Geschlechtsmerkmale bestimmen in der Praxis auch das rechtliche Geschlecht.⁹⁵ Sie können aber nicht immer die Einordnung als männlich/weiblich tragen.⁹⁶ Medizinisch werden solche Fälle unter dem Begriff der Intersexualität oder *Disorders of Sex Development (DSD)* diskutiert. Das deutsche Personenstandsrecht ignoriert das Phänomen.⁹⁷ Indem das Personenstandsrecht Intersexualität zum Verschwinden bringt,⁹⁸ konstituiert es nor-

89 Siehe dazu *Sacksofsky*, KJ, Beiheft 1, 2009, 147, 152 f.

90 BGBl. II 1985, S. 648.

91 Zu den einzelnen Anwendungsbereichen vgl. im Überblick *König*, Frauenrechte sind Menschenrechte ... und doch anders? – Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW), in: Rudolf, Frauen und Völkerrecht, 2006, 86.

92 Grundlegend EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 16.

93 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 30.

94 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 38, 47.

95 Dazu *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 23 f.

96 *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 29 f.

97 Zum Folgenden vertiefend *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 88 ff; knapper *Kolbe*, KJ 2009, 271, 272 ff und *Grünberger*, StAZ 2007, 357 f.

98 *Holzleitner*, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in: Rudolf, Geschlecht im Recht (Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung, Bd. 14), 2009, 37, 47.

mativ⁹⁹ die Geschlechtlichkeit einer Person.¹⁰⁰ Das rechtliche Geschlecht beruht also auf einer sozialen Konvention und verstärkt diese zugleich.¹⁰¹ Dagegen ist es die Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts, jeder Person ihr So-Sein zu ermöglichen und ihre autonomen Lebensentscheidungen zu sichern, unabhängig davon, welches Geschlecht sie hat oder welches Geschlecht ihr zugeschrieben wird.¹⁰² Einschränkungen dieser zentralen Freiheit bedürfen der Rechtfertigung. Das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ öffnet den Zugang zu diesen Rechtfertigungsdiskursen. Es muss sich deshalb von der Beschränkung des Geschlechtsbegriffs auf männlich/weiblich¹⁰³ und der damit verbundenen heteronormativen und bipolaren Konzeption von Geschlechtlichkeit¹⁰⁴ verabschieden.

Diskriminierungen transsexueller und zwischengeschlechtlicher Menschen sind Diskriminierungen wegen des Geschlechts und nicht wegen der sexuellen Identität.¹⁰⁵ Diskriminierungen aufgrund der Intersexualität eines Menschen unterscheiden offensichtlich aufgrund eines Geschlechts:¹⁰⁶ Die Person wird ungleich behandelt, weil sie weder männlichen noch weiblichen Geschlechts ist. Jede im sozialen Kontext erfolgte Zuschreibung an das Geschlecht einer Person fällt unter dieses Diskriminierungsverbot.¹⁰⁷ Es ist nicht auf die „Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Geschlecht“ beschränkt.¹⁰⁸ Der Europäische Gerichts-

99 Anders die wohl überwiegende Ansicht, statt vieler *Bamberger* in: *Bamberger/Roth*, BGB, § 1 Rn. 68.

100 *Plett*, Intersexualität als Prüfstein: Zur rechtlichen Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit, in: *Heinz/Thiessen*, *Feministische Forschung – Nachhaltige Einsprüche*, 2003, 323, 324; *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 97 und jetzt vor allem *Holzleithner*, *Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs*, in: *Rudolf*, *Geschlecht im Recht (Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung*, Bd. 14), 2009, 37 ff.

101 *Plett*, Intersexualität als Prüfstein: Zur rechtlichen Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit, in: *Heinz/Thiessen*, *Feministische Forschung – Nachhaltige Einsprüche*, 2003, 326 f; ansatzweise auch *BVerfGE* 49, 286, 298 – *Transsexualität I*.

102 Dazu *Holzleithner*, *Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs*, in: *Rudolf*, *Geschlecht im Recht (Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung*, Bd. 14), 2009, 37, 40 ff.

103 *Holzleithner*, *Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs*, in: *Rudolf*, *Geschlecht im Recht (Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung*, Bd. 14), 2009, 37.

104 Zum Begriff und dem theoretischen Hintergrund näher *Schmidt*, *Geschlecht und Sexualität*, in: *Foljanty/Lembke*, *Feministische Rechtswissenschaft*, 2006, 174, 176; *da Silva*, *KJ* 2008, 266, 267 f; *Kocher*, *KJ* 2009, 386, 397 f; zum Verhältnis der Queer Theory zum Feminismus *Künzel*, *Feministische Theorien*, in: *Foljanty/Lembke*, *Feministische Rechtswissenschaft*, 2006, 44, Rn. 28.

105 So auch *Rust* in: *Falke/Rust*, *AGG*, § 1 Rn. 43 ff; *Schiek* in: *Schiek*, *AGG*, § 1 Rn. 27; *Thüsing* in: *MünchKomm-BGB*, § 1 AGG Rn. 56; *Däubler* in: *Däubler*, *AGG*, § 1 Rn. 48; *Holoubeck* in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, Art. 19 AEUV Rn. 14; *von Roetteken*, *AGG*, § 1 AGG Rn. 133 ff; verkannt von *Schlachter* in: *Erfurter Kommentar*, § 1 AGG Rn. 6; teilweise aA *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, *AGG*, § 1 Rn. 74 ff; *Bauer/Göpfer/Krieger*, *AGG*, 2011, § 1 Rn. 25 (diese im Anschluss an *BT-Drs.* 16/1780, S. 31); *Lingemann* in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, *BGB*, § 1 AGG Rn. 10; dagegen zutreffend *Koch-Rein*, *STREIT* 2006, 9 ff.

106 *Schiek* in: *Schiek*, *AGG*, Art. 1 Rn. 27, 32; *Thüsing* in: *MünchKomm-BGB*, § 1 AGG Rn. 58; *Däubler* in: *Däubler*, *AGG*, § 1 Rn. 90. Eingehend im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG *Kolbe*, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010, 120 ff.

107 Vgl. näher *Grimberger*, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009)*, 51 f.

108 *EuGH*, *Urt. v. 27.4.2006*, *Rs. C-423/04 – Richards v. Secretary of State for Work and Pensions* = *Slg.* 2006, I-3585 Rn. 24.

hof hat daher im Gegensatz zu U.S.-amerikanischen Gerichten¹⁰⁹ mehrfach entschieden, dass das Verbot der Geschlechterdiskriminierung auch für Diskriminierungen gilt, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung des Betroffenen haben.¹¹⁰ Beispielsweise wird eine Arbeitnehmerin wegen ihres Geschlechts diskriminiert, wenn sie entlassen wird, weil sie sich einer Geschlechtsumwandlung unterziehen will.¹¹¹ Das Diskriminierungsverbot schützt die autonome Entscheidung des Arbeitnehmers, eine für seine geschlechtliche Identität zentrale Weichenstellung treffen und offenlegen zu können, ohne dafür soziale Sanktionen erdulden zu müssen.¹¹² Das Nichtdiskriminierungsrecht bewahrt die transsexuelle Person vor dem Zwang zur Anpassung. Es ist „das Freiheitsrecht der sozial Schwachen“.¹¹³

Darauf aufbauend wird versucht, die ungleiche Behandlung von Personen in gleichgeschlechtlichen Beziehungen als Diskriminierung wegen des Geschlechts zu beschreiben.¹¹⁴ Das Argument spielt eine erhebliche Rolle in der vor U.S.-amerikanischen Gerichten geführten Debatte, ob die Beschränkung des Ehebegriffs auf ein verschiedengeschlechtliches Paar gegen die Verfassungen der einzelnen Bundesstaaten¹¹⁵ oder die U.S.-Verfassung¹¹⁶ verstößt.¹¹⁷ Mit Ausnahme des *Supreme Court* von Hawaii¹¹⁸ war es bis in die jüngste Zeit vor den U.S.-Gerichten nicht erfolgreich.¹¹⁹ Vor dem Europäischen Gerichtshof war ihm kein besseres Schicksal beschieden.¹²⁰ Die Entscheidung von *South West Trains*, nur den verschiedengeschlechtlichen Partnern seiner Arbeitnehmer vergünstigte Tickets zu gewähren, ist nach Auffassung des Gerichtshofs eine Ungleichbehandlung auf-

109 Siehe *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081 (7th Cir. 1984) mwN.

110 EuGH, Urt. v. 30.4.1996, Rs. C-13/94 – *P & S v. Cornwall County Council* = Slg. 1996, I-2143 Rn. 20; EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-117/01 – *K.B. v. National Health Service Pensions Agency* = Slg. 2004, I-541; EuGH, Urt. v. 27.4.2006, Rs. C-423/04 – *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions* = Slg. 2006, I-3585.

111 EuGH, Urt. v. 30.4.1996, Rs. C-13/94 – *P & S v. Cornwall County Council* = Slg. 1996, I-2143 Rn. 24.

112 Näher *Wintemute*, 60 *Modern L. Rev.* 334, 342 (1997).

113 Vgl. *Somek*, *Rechtliches Wissen*, 2006, 204 f.

114 Grundlegend *Koppelman*, 69 *NYU L. Rev.* 197 (1994); aus deutscher Perspektive zuletzt *Bieback*, *FS Pfarr*, 2010, 184, 190 ff.

115 Bejahend *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993); *Baker v. Vermont*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999); *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003); *Opinion of the Justices to the Senate*, 802 N.E.2d 565 (Mass. 2004); *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407 (Conn. 2008); *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008) [allerdings aufgehoben durch Verfassungsreferendum, siehe *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009)]; *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009); verneinend *Hernandez v. Robles*, 855 N.E.2d 1 (2006); *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196 (N.J. 2006).

116 *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (N.D. Cal. 2010).

117 Vgl. zu den Einzelheiten *Grünberger*, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships* (Working Paper 2009), 10-20.

118 *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44, 60-61 (Haw. 1993). Die Entscheidung wurde aufgrund eines Verfassungsreferendums überholt, vgl. zur Entwicklung näher *Coolidge*, 22 *U. Haw. L. Rev.* 19 (2000).

119 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Baker v. Vermont*, 744 A.2d 864, 880 n. 13 (Vt. 1999); *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384, 426-440 (Cal. 2008).

120 EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 15.

grund der sexuellen Orientierung der mit einer Frau zusammenlebenden Lisa Grant.¹²¹ Das ist nicht selbstverständlich, weil der Arbeitgeber mit der Anknüpfung an die Gleichgeschlechtlichkeit des Partners zwangsläufig auch an die Geschlechtlichkeit Lisa Grants anknüpfte.¹²² Für die Entscheidung kommt es maßgeblich auf den gewählten Vergleichsmaßstab an.¹²³ Zunächst liegt es nahe, nur auf das Geschlecht des Arbeitnehmers abzustellen und alle anderen Faktoren beizubehalten. Vergleicht man dann Lisa Grant mit einem Mann, ist der Geschlechtsbezug offensichtlich. Dieser Vergleich hat aber einen Haken: Man ändert damit zwangsläufig auch die sexuelle Orientierung.¹²⁴ Man kommt beim Vergleichen nicht umhin, auf die Geschlechtskombination des jeweiligen Paares abzustellen. Sobald man das Paar in den Blick nimmt, wird sofort der tatsächlich maßgebliche Differenzierungsgrund sichtbar: das Paar M/F ist verschiedengeschlechtlich, die Paare M/M und F/F gleichgeschlechtlich.¹²⁵ Das Geschlecht des jeweiligen Partners signalisiert dem Diskriminierenden, dass das Diskriminierungsopfer homosexuell ist. Die Gleichgeschlechtlichkeit des Paares ist ein Stellvertretermerkmal der sexuellen Orientierung. Daran knüpft die Diskriminierung an. Der homosexuelle Mensch wird als „Anderer“ wegen seiner Homosexualität wahrgenommen. Der Grund dafür kann darin liegen, dass der schwule Mann oder die lesbische Frau stereotype Rollenverständnisse der Geschlechter in Frage stellt.¹²⁶ Das Diskriminierungsmerkmal „sexuelle Ausrichtung“ macht sichtbar, dass es sich dabei um eine Auswirkung ihrer Homosexualität handelt.¹²⁷ Obwohl sich Geschlecht und sexuelle Orientierung überschneiden, sind sie in ihren sozialen Auswirkungen zu unterscheiden.¹²⁸ Daher ist es im Unionsrecht – und im deutschen Verfassungsrecht¹²⁹ – nach dem jetzt erreichten Stand nicht möglich, diese Diskriminierung als Geschlechterdiskriminierung zu konzipieren.

3. Religion und Weltanschauung

Religion und Weltanschauung sind verbotene Diskriminierungsmerkmale im Zusammenhang mit Beschäftigung und Beruf (Art. 1, 3 RL 2000/78/EG, §§ 7

121 EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 29 ff.

122 *McInnes*, 36 CMLR 1999, 1017, 1049 (1999); weiterführend *Bamforth*, 63 Modern L. Rev. 694, 701-708 (2000). Vgl. dazu auch *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 at 71 (N.D. Cal. 2010).

123 Zu den Möglichkeiten näher *Wintemute*, 60 Modern L. Rev. 334, 344-353 (1997).

124 Deutlich hervorgehoben von *Macdonald v. Advocate General for Scotland & Pearce v. Governing Body of Mayfield School*, [2003] UKHL 34 para. 70 (per Lord Hope)(H.L.).

125 Dazu näher *Grünberger*, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships* (Working Paper 2009), 17-19.

126 Dazu vertiefend *Law*, Wisc. L. Rev. 187 (1988).

127 Ganz deutlich gesehen in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 76 (Cory, J.).

128 Siehe *Halley*, 79 Va. L. Rev. 1721, 1724-1726 (1993) mwN.

129 BVerfGE 105, 313, 352.

Abs. 1, 1 AGG). Im allgemeinen Vertragsrecht hat sich der deutsche Gesetzgeber mangels bindender unionsrechtlicher Vorgaben¹³⁰ dazu entschlossen, nur die „Religion“ zu erfassen und auf die „Weltanschauung“ bewusst zu verzichten.¹³¹ Bezüglich des Merkmals „Religion“ geht das Gesetz von einem einheitlichen Begriffsverständnis aus.¹³² Das spricht für eine einheitlich richtlinienkonforme bzw. richtlinienorientierte Auslegung des Begriffs.¹³³ Der Begriff selbst ist nach der verallgemeinerungsfähigen Rechtsprechung des Gerichtshofs unionsrechtlich autonom zu bestimmen.¹³⁴

a) Ein freiheits- oder gleichheitsrechtlicher Schutz?

Die Religion zählt zu den klassischen verpönten Merkmalen in internationalen¹³⁵ und regionalen¹³⁶ Menschenrechtsinstrumenten. Im nationalen Verfassungsrecht verbietet Art. 3 Abs. 3 GG, dass jemand wegen seiner religiösen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt wird. Als ein an Arbeitgeber und Betriebsrat adressiertes Diskriminierungsverbot war „Religion“ bereits in § 51 BetrVG 1952¹³⁷ vorhanden. Ein allgemeines und ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot wegen der Religion wurde erstmals im *Civil Rights Act* von 1964 verankert.¹³⁸ Im deutschen Arbeitsrecht werden Ungleichbehandlungen wegen der Religion des Arbeitnehmers dagegen traditionell unter freiheitsrechtlichem Gesichtspunkt diskutiert.¹³⁹ Dabei kam der Schutzfunktion der in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG garantierten Glaubensfreiheit¹⁴⁰ die entscheidende grundrechts- und privatrechtsdogmatische Bedeutung zu.¹⁴¹ Exemplarisch dafür ist die Kündigung einer islamischen Verkäuferin in einem Kaufhaus, die bei ihrer Tätigkeit ein Kopftuch tragen

130 Siehe aber Art. 1 des RL-Vorschlags der Kommission, KOM(2008), 426 endg.; dazu oben § 6 II 1 b).

131 Siehe Bericht Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/2022, S. 13.

132 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 26.

133 Dazu weiterführend statt vieler *Drexler*, FS Heldrich, 2005, 67 ff.; *Langenbacher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: *Langenbacher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2008, 1, § 1 Rn. 23 f, 104 ff.; *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2010, 425, § 15 Rn. 23 ff (jeweils mwN).

134 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 40; zweifelnd *Stein* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 1 Rn. 34.

135 Siehe Art. 1 Nr. 3 und Art. 55 lit. c) UN-Charta; Art. 2 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte; Art. 2 Abs. 1, Art. 26 S. 2 IPBPR; Art. 2 Abs. 2 IPWSKR; vgl. oben § 4 II 2 a). Weiterführend zum völkerrechtlichen Schutz der Religionsfreiheit *Wolfrum*, Der völkerrechtliche Schutz religiöser Minderheiten und ihrer Mitglieder, in: *Grote/Marauhn*, Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, 2001, 53 ff.

136 Art. 14 EMRK; Art. 1 Abs. 1 des 12. ZP zur EMRK; Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta.

137 BGBl. I S. 681.

138 42 U.S.C. § 2000a (a)(2009) und 42 U.S.C. § 2000e-2 (a)(2009).

139 Vgl. die Nachweise bei *Däubler* in: *Däubler*, AGG, Einl. Rn. 52 ff.

140 Das Bundesverfassungsgericht versteht Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als einheitliches Grundrecht, vgl. BVerfGE 24, 236, 245 f; BVerfGE 108, 282, 297.

141 Vgl. zur Bedeutung dieser Funktion im Arbeitsrecht statt vieler *Schmidt* in: *Erfurter Kommentar*, Art. 4 GG Rn. 20 ff.

wollte.¹⁴² Das Bundesarbeitsgericht hat die Rechtmäßigkeit der ordentlichen Kündigung verneint. Eine personenbedingte Kündigung scheidet aus, weil die Arbeitnehmerin weder ihre Fähigkeit noch ihre Eignung zur Erfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung verloren hatte.¹⁴³ Im Rahmen der verhaltensbedingten Kündigung musste der Arbeitgeber das spezifische, durch Art. 4 GG grundrechtlich geschützte Anliegen der Arbeitnehmerin, aus religiösen Gründen nicht mehr ohne ein Kopftuch zu arbeiten, beachten.¹⁴⁴ Art. 3 Abs. 3 GG spielte dagegen keine Rolle. Darin spiegelt sich die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts wider. Danach begründet das GG die Pflicht zur weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates.¹⁴⁵ Daraus folgt, dass der Staat eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu beachten hat.¹⁴⁶

Das ist kein Spezifikum des deutschen Verfassungsrechts. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte folgt in seiner Entscheidungspraxis zu Art. 9 EMRK diesem Neutralitätsverständnis.¹⁴⁷ Damit wird eine eigenständige Prüfung des Art. 14 EMRK regelmäßig überflüssig.¹⁴⁸ Auch der *Supreme Court* begründet das an den Staat adressierte Diskriminierungsverbot wegen der Religion nicht mit dem *XIV. Amendment*, sondern mit der *Establishment*¹⁴⁹ bzw. der *Free Exercise Clause*¹⁵⁰ des *First Amendment*¹⁵¹. Diskriminierungsschutz ist nach dieser Konzeption ein Bestandteil des Freiheitsrechts. Weil diesem die Aufgabe zugewiesen wurde, die gleiche Freiheit der Grundrechtsträger zu sichern, blieb das spezielle Diskriminierungsverbot im Wesentlichen ohne Folgen.¹⁵²

Dieses Verständnis steht auf unsicherem Fundament: „Freiheit ist nicht notwendigerweise gleiche Freiheit.“¹⁵³ *Stefan Huster* hat darauf aufmerksam gemacht, dass Freiheitsrechte auch mit einer lediglich toleranten Grundrechtstheorie vereinbar sind, die einen gewissen „Freiraum für die Lebensgestaltung in ethischen Fragen gewährt, im übrigen aber eine bestimmte Konzeption des Guten

142 BAG NJW 2003, 1685.

143 BAG NJW 2003, 1685, 1686.

144 BAG NJW 2003, 1685, 1686 f.

145 BVerfGE 108, 282, 299 f mwN. Zum Neutralitätsbegriff im Religionsverfassungsrecht siehe *Huster*, *Ethische Neutralität*, 2002, 12 ff.

146 BVerfGE 108, 282, 299 f.

147 Vgl. grundlegend in jüngerer Zeit EGMR, Urt. v. 13.12.2001, App. No. 45701/99 – *Metropolitan Church of Bessarabia ua v. Moldavien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 114 ff.

148 EGMR, Urt. v. 13.12.2001, App. No. 45701/99 – *Metropolitan Church of Bessarabia ua v. Moldavien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 134; vgl. aber auch EGMR, Urt. v. 10.12.2009, App. No. 33001/03 – *Koppi v. Österreich* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 19 ff, wo das Gericht prüft, ob die ungleiche Behandlung bei der Befreiung von der Wehrpflicht Art. 14 EMRK verletzt und Art. 9 EMRK nicht mehr eigenständig prüft.

149 Vgl. die Nachweise bei *Chemerinsky*, *Constitutional Law*, 2007, 1196 ff.

150 Vgl. dazu die Nachweise in *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, 532-533 (1992).

151 U.S. const. amend. I; siehe dazu *Yoshino*, 111 Yale L.J. 769, 927-930 (2002).

152 Vgl. dazu mit Nachweisen *Osterlob* in: *Sachs, GG*, Art. 3 Rn. 301, 304.

153 *Huster*, *Ethische Neutralität*, 2002, 89.

als 'normal' und vorzugswürdig [darstellt] und entsprechend rechtlich privilegiert.¹⁵⁴ Die „gleiche Freiheit“ kann nur über das Zusammenspiel von Freiheits- und Gleichheitsrecht erlangt werden.¹⁵⁵ Erst das Nichtdiskriminierungsprinzip zwingt staatliche und private Akteure dazu, den Merkmalsträgern dieselben Freiheiten einzuräumen. Die Verankerungen ausdrücklicher Diskriminierungsverbote im Völkerrecht, im primären Unionsrecht, im nationalen Verfassungsrecht und im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht sind ernst zu nehmen.¹⁵⁶ Das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Religion muss als Gleichbehandlungsrecht rekonstruiert werden. Aus dogmatischer Sicht hat das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht ein eigenständiges Rechtfertigungsregime errichtet,¹⁵⁷ das auf dem Nichtdiskriminierungsprinzip beruht. Eine freiheitsrechtliche Rekonstruktion verkennt seine Pointe: Es schützt als Gleichheitsrecht die Differenz des Einzelnen.¹⁵⁸

b) Definitionsprobleme

Was aber ist unter „Religion“ im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht zu verstehen? Von der Antwort darauf hängen zahlreiche weitere Fragestellungen ab:¹⁵⁹ Muss es sich um eine anerkannte Religionsgemeinschaft handeln oder genügt jede Glaubensüberzeugung? Auch Sekten¹⁶⁰ und Scientology¹⁶¹? Im Anschluss an die Rechtsprechung des EGMR werden international lange Zeit bestehende Religionsgemeinschaften genauso geschützt wie neugegründete und unbekannte reli-

154 Huster, *Ethische Neutralität*, 2002, 89.

155 Dazu ausführlich oben § 2 III.

156 Vgl. Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 22, v. 30.7.1993; CCPR/C/21/Rev. 1/Add.4 [zugreifbar unter: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>], para. 9: „In particular, certain measures discriminating against [adherents to other religions or non-believers], such as measures restricting eligibility for government service to members of the predominant religion or giving economic privileges to them or imposing special restrictions on the practice of other faiths, are not in accordance with the prohibition of discrimination based on religion or belief and the guarantee of equal protection under article 26.“

157 Schiek in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 19.

158 Klar formuliert von Somek, *Rechtliches Wissen*, 2006, 204 f. Siehe dazu bereits oben § 6 I 2.

159 Dazu im Überblick Gerards in: Schiek/Waddington/Bell, *Non-Discrimination Law*, 105 ff.

160 Zu den relevanten Fällen vgl. Muckel in: Tettinger/Stern, *Grundrechte-Charta*, Art. 4 Rn. 11.

161 Dazu Thüsing, *ZfA* 2001, 397, 405; Muckel in: Tettinger/Stern, *Grundrechte-Charta*, Art. 4 Rn. 14; Schiek in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 20. Die dazu bei Art. 9 EMRK entwickelte Lösung, den Status als Religionsgemeinschaft vom innerstaatlichen Recht abhängig zu machen, EGMR, *Urt. v. 1.9.2009*, App. Nos. 76836/01, 32782/03 – *Kimlya ua v. Rußland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 79 scheidet für das einheitlich zu interpretierende Unionsrecht aus.

göse Gruppen¹⁶² oder der Glaube an keine Religion¹⁶³. Diese liberale Begriffsbestimmung¹⁶⁴ folgt schon daraus, dass das Recht nicht dem Adressaten des Diskriminierungsverbots die Kompetenz zuweisen kann, die Legitimation des religiösen Bekenntnisses abschließend zu bewerten.¹⁶⁵ Wenn aber jeder glauben darf, was er möchte,¹⁶⁶ stellt sich die Frage, wie man die Glaubensüberzeugung prüft:¹⁶⁷ Muss sie sich (1.) an objektiv anerkannten Grundsätzen orientieren oder darf sie (2.) vom Einzelnen nach seinen inneren Überzeugungen bestimmt werden? Im ersten Fall riskiert man eine weitgehende Einschränkung des Anwendungsbereichs und damit gerade die Schutzlosstellung derjenigen, die des Schutzes besonders bedürfen, während im zweiten Fall alle möglichen Handlungen darunter fallen können und ein spezifisches Diskriminierungsmerkmal droht, zum allgemeinen zu werden.¹⁶⁸ Gibt es also ein Definitionsverbot oder muss man – vor allem um die Rechte der Adressaten des Diskriminierungsverbots zu wahren – von einem Definitionsgebot ausgehen?¹⁶⁹

Im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts stellt sich das Definitionsproblem, wenn ein Akteur seine religiöse Überzeugung kundtut oder zum Maßstab seines Handelns nimmt. Der Katalog möglicher Konfliktherde ist lang: Darunter fallen Kleidung und Bekleidungsvorschriften, bestimmte Beschäftigungshandlungen, Identifikationsanforderungen und Rücksichtnahme auf religiöse Feiertage.¹⁷⁰ Diese Fälle machen die Religion einer Person für die anderen – Kollegen, Arbeitgeber, Vermieter – sichtbar. Knüpft man daran ein auch an Private adressiertes Diskriminierungsverbot, bedarf es jedenfalls auf der Ausübungsebene zusätzlicher Kriterien, um einen religiös/weltanschaulich determinierten „way of life“¹⁷¹

162 Vgl. EGMR, Urt. v. 31.7.2008, App. No. 40825/98 – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u.a. v. Österreich* = NVwZ 2009, 509, para. 98. Der Gerichtshof erlaubt bei solchen Gruppierungen eine Wartezeit, bevor eine religiöse Vereinigung, der Rechtsfähigkeit verliehen worden ist, den stärkeren Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erwerben kann.

163 EGMR, Urt. v. 3.11.2009, App. No. 30814/06 – *Lautsi v. Italien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 47 zum Kruzifix in italienischen Schulen; näher zu dieser umstrittenen Entscheidung *Augsberg/Engelbrecht*, JZ 2010, 450 ff. Die Kammerentscheidung wurde von der Großen Kammer aufgehoben: EGMR, Urt. v. 18.3.2011, App. No. 30814/06 – *Lautsi v. Italien II* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>.

164 Vgl. *Evans*, Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights, 2001, 55.

165 Bezogen auf den Vertragsstaat siehe EGMR, Urt. v. 13.12.2001, App. No. 45701/99 – *Metropolitan Church of Bessarabia ua v. Moldavien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/> Para. 117.

166 *R v. Secretary of State for Education and Employment and others*, [2005] UKHL 15, para. 22 f (Lord Bingham).

167 Vgl. die Auflistung möglicher Indizien bei *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 63 ff.

168 *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 1 Rn. 20; vgl. die ähnliche Problemlage im Verfassungsrecht, *Kokott* in: *Sachs*, GG, Art. 4 Rn. 16.

169 Zur Fragestellung siehe *Muckel* in: *Tettinger/Stern*, Grundrechte-Charta, Art. 10 Rn. 17; *Muckel* in: *Friauf/Höfling*, GG, Art. 4 Rn. 8.

170 Vgl. dazu näher *Fahlbeck*, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 27, 28 (2004).

171 Zum Begriff *Gunn*, 16 Harv. Hum. Rts. J. 189, 204-205 (2003).

von einem nicht-religiös geprägten zu unterscheiden.¹⁷² Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht schützt nur den ersten Fall. Darunter fällt beispielsweise die Entscheidung einer Muslima, ein Kopftuch zu tragen. Darin manifestiert sich der autonome Entschluss der Grundrechtsträgerin, mit ihrem Kopftuch einem religiösen Gebot zu gehorchen und ihren Willen zu bekennen, den ihr nach ihrer Interpretation vom Islam aufgegebenen Pflichten strikt nachzukommen.¹⁷³ Für die im Einzelfall zu stellenden Anforderungen bietet die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in *Kosteki* einen wichtigen Anhaltspunkt.¹⁷⁴ Der Beschwerdeführer blieb an einem Tag der Arbeit fern. Gegen die daraufhin ergriffenen disziplinarischen Maßnahmen des Arbeitgebers rechtfertigte er sich damit, dass es sich um einen islamischen Feiertag gehandelt habe, der nach dem Recht des Vertragsstaates für Muslime arbeitsfrei war. Die nationalen Gerichte konnten sich nicht ausreichend davon überzeugen, dass der Beschwerdeführer den muslimischen Glauben tatsächlich praktizierte. Obwohl der Staat grundsätzlich nicht die innere Überzeugung eines Bürgers überprüfen dürfe, müsse im Kontext des Beschäftigungsverhältnisses differenziert werden. Wenn der Arbeitnehmer entgegen bestehender vertraglicher Pflichten ein Privileg in Anspruch nehme, sei es nachvollziehbar, wenn er substantiiert darlegen müsse, warum er zu der privilegierten Gruppe gehöre. Darin liegt zwar seinerseits ein Eingriff in die Religionsfreiheit, der jedoch nach Art. 9 Abs. 2 EMRK notwendig ist, um die ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen des Arbeitgebers zu schützen.¹⁷⁵ Ein ähnliches Problem stellt sich im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht, wenn es um die Frage geht, ob ein Angehöriger einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft den religiösen Anforderungen gerecht wird, die sein (potentieller) Arbeitgeber aufstellt.¹⁷⁶

Die beiden Beispiele zeigen, dass der Schutz des Diskriminierungsverbots einsetzt, sobald der Merkmalsträger sich entscheidet, seine Religionszugehörigkeit sichtbar zu machen. Das ist der kritische Moment, der es anderen erst ermöglicht, ihre Präferenzen daran anzuknüpfen. Das wird ihnen vom Nichtdiskriminierungsrecht untersagt. Damit trifft es eine wichtige Aussage: Es schützt die Ent-

172 Vgl. allgemein EGMR, Ur. v. 25.2.1982, App. Nos. 7511/76, 7743/76 – *Campbell & Cosans v. UK* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 36; EGMR, Ur. v. 6.11.2008, App. No. 58911/00 – *Leela Förderkreis e.V. ua v. Deutschland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 80; näheres zur Spezifikation der Kriterien in *R v. Secretary of State for Education and Employment and others*, [2005] UKHL 15, para. 58, 63 f (Lord Walker).

173 EGMR, Ur. v. 10.11.2005, App. No. 44774/98 – *Leyla Sabın v. Türkei* = NVwZ 2006, 1389, para. 78.

174 EGMR, Ur. v. 13.4.2006, App. No. 55170/00 – *Kosteski v. Mazedonien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>.

175 EGMR, Ur. v. 13.4.2006, App. No. 55170/00 – *Kosteski v. Mazedonien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/> para. 39; vertiefend zum Problem „vorgeschobener“ Religionszugehörigkeit in der EMRK siehe *Evans*, *Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights*, 2001, 57 ff.

176 Dazu vertiefend *Vickers*, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 177, 181-183 (2004).

scheidung des Merkmalsträgers, seine Gruppenzugehörigkeit offenzulegen. Das widerlegt die These, man könne die vom Nichtdiskriminierungsrecht geschützten Merkmale anhand der Dichotomie sichtbar/unsichtbar ermitteln.¹⁷⁷ Das Bekenntnis zur Religion ist als solches freiheitsrechtlich garantiert (Art. 10 Abs. 1 S. 2 Grundrechte-Charta, Art. 9 Abs. 1 Hs. 2 EMRK). Die Entscheidung wird gleichheitsrechtlich abgesichert, weil die Person nicht fürchten muss, dafür rechtliche Nachteile in der Gesellschaft in Kauf nehmen zu müssen. Das Gleichheitsrecht mutet der Person nicht zu, die „Unsichtbarkeit“ zu wählen, um Diskriminierungen entgehen zu können. Unabhängig davon, ob es der Person theoretisch möglich wäre, sich anzupassen, ermöglicht ihr das Nichtdiskriminierungsprinzip, dass sie darauf verzichten kann, ohne negative Folgen befürchten zu müssen. Das Freiheitsrecht alleine genügt nicht.¹⁷⁸ Ohne die Intervention der Gleichheitsidee könnte die Freiheit, eine Lebensäußerung zu tätigen, den Zwang zur Anpassung mit sich führen: Weil man sich ja auch anders entscheiden kann, liegt es nahe, die aus der freien Entscheidung folgende Ungleichbehandlung dem Betroffenen zuzurechnen. Dann aber ist die freie Entscheidung keine freie Entscheidung mehr. Das Nichtdiskriminierungsprinzip schützt diese Freiheit.

c) Das Problem mit der Weltanschauung

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht schützt nicht nur die Religion, sondern „Religion oder Weltanschauung“. Der Rechtsausschuss des Bundestages versteht darunter die mit der Person des Menschen verbundene und auf innerweltliche Bezüge beschränkte Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens.¹⁷⁹ Dagegen plädiert *Wolfgang Däubler* für ein weites Verständnis und will „politische und sonstige Anschauungen“ gleichberechtigt darunter fassen.¹⁸⁰ Mich überzeugt das nicht. „Die Weltanschauung befindet sich im Schlepptau der Religion, und eine systematische Interpretation spricht damit nachhaltig für eine strengere Sicht der Dinge: Der Schutz von Religion wäre ansonsten nur ein Unterfall des Schutzes wegen allgemeiner Überzeugungen.“¹⁸¹ Den entscheidenden Hinweis dafür findet man in Art. 21 Grundrechte-Charta.¹⁸² Dort sind „Diskriminierungen, insbesondere wegen ... der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, ... verboten“. Die Weltanschauung wird deutlich von den politischen oder

177 Dazu näher *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 519-38 (1998) und oben § 6 I 2.

178 Vgl. dazu die Diskussion der Fälle bei *Vickers*, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 177, 180 (2004) und *Fahlbeck*, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 27, 48-50 (2004).

179 BT-Drs. 16/2022, S. 13.

180 *Däubler*, NJW 2006, 2608 f; *Däubler* in: *Däubler*, AGG, § 1 Rn. 61 ff; iE auch *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 2007, § 2 Rn. 34; *Ellenberger* in: *Palandt*, § 1 AGG Rn. 5.

181 *Thüsing* in: *MünchKomm-BGB*, § 1 AGG Rn. 75.

182 IE auch *Stein* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 1 Rn. 36 f.

sonstigen Anschauungen getrennt. Diese Trennung findet sich auch in den allermeisten Sprachfassungen von Art. 1 Richtlinie 2000/78/EG. Das zwingt meines Erachtens dazu, den von der Richtlinie gewählten Begriff „Weltanschauung“¹⁸³ von den in der Grundrechte-Charta zusätzlich genannten Begriffen der „politischen oder sonstigen Anschauung“¹⁸⁴ deutlich zu unterscheiden. Damit genießt eine Kategorie persönlicher Anschauungen einen größeren Schutz als andere.¹⁸⁵ Das wird regelmäßig mit der besonders identitätsstiftenden Bedeutung von Religion und Weltanschauung für den Einzelnen erklärt.¹⁸⁶ Andererseits ist auch die politische Überzeugung für uns keine disponible Größe.¹⁸⁷ Daher gehen Art. 21 Grundrechte-Charta und Art. 3 Abs. 3 GG mit Recht davon aus, dass die Union bzw. der Staat uns auch nicht aufgrund unserer sonstigen persönlichen Überzeugungen diskriminieren dürfen. Dem Richtliniengeber war diese Ausdehnung aufgrund des beschränkten Kompetenztitels in Art. 19 AEUV verwehrt.

Damit stoßen wir auf die „adaptive Reduktion“ des Nichtdiskriminierungsrechts:¹⁸⁸ Mit speziellen Diskriminierungsverboten wird ein strenger gleichheitsrechtlicher Schutz im Hinblick auf gewisse schutzwürdige Merkmale spezifiziert und zugleich darauf beschränkt. Diese Reduktion limitiert die Faktoren, die nicht zum Anknüpfungsgrund einer Ungleichbehandlung gemacht werden dürfen. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht geht davon aus, dass man als Person seiner Rasse und ethnischen Herkunft, seinem Geschlecht, seiner Religion und Weltanschauung sowie seiner sexuellen Orientierung nicht ausweichen kann bzw. man in der Gesellschaft nicht gezwungen werden darf, sich diesbezüglich anzupassen. Es schützt den Einzelnen vor der sozialen Überdeterminierung.¹⁸⁹ Für die politischen und sonstigen Anschauungen gilt das nicht. Weil das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht hier schweigt, verlangt das Recht von uns eine Anpassung an die Vorstellungen des privaten Distributionsagenten (Arbeitgeber, Vermieter, Hotelier), wenn wir keine Nachteile in Kauf nehmen wollen. Es mutet uns vier Handlungsoptionen zu:¹⁹⁰ (1.) Wir können unsere Anschauungen ändern (conversion). (2.) Wir können uns verstellen und eine andere Anschauung als die unsere ausgeben (passing). (3.) Wir können uns ducken und unsere Anschauung nicht kundtun (covering). (4.) Wir haben die sozialen Nachteile zu erdulden, wenn wir un-

183 Belief, convictions, convinzioni personali.

184 Political or any other opinion, les opinions politiques ou toute autre opinion, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura.

185 *Evans*, Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights, 2001, 64 f zum vergleichbaren Problem bei Art. 9 EMRK.

186 Vgl. EGMR, Urt. v. 25.5.1993, App. No. 14307/88 – *Kokkinakis v. Griechenland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudocf>, para. 31; *Muckel* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 4 Rn. 12.

187 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 29.

188 Dazu *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 5 ff, 27 ff.

189 Näher dazu *Somek*, Soziale Überdeterminierung, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 200 ff.

190 Dazu im größeren Zusammenhang *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 500-04 (1998) und daran anknüpfend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 398 f.

sere politischen oder sonstigen Anschauungen nicht anpassen. Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht schützt uns davor nicht.

Während des Gesetzgebungsverfahrens zum AGG kamen dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages Bedenken, dass Anhänger rechtsradikalen Gedankenguts aufgrund eines Schutzes von Religion und Weltanschauung versuchen könnten, „sich Zugang zu Geschäften zu verschaffen, die ihnen aus aner kennenswerten Gründen verweigert wurden.“¹⁹¹ Daher fehlt das Merkmal „Weltanschauung“ in § 19 Abs. 1 AGG. Somit konnte sich der damalige Vorsitzende der NPD, Udo Voigt, mit seiner Klage gegen das ihm erteilte Hausverbot eines Hotelbetreibers nicht auf § 19 Abs. 1 AGG stützen.¹⁹² Dasselbe Ergebnis wäre freilich auch erzielt worden, wenn § 19 Abs. 1 AGG das Merkmal der „Weltanschauung“ nannte und man es unionsrechtskonform interpretieren würde.¹⁹³ Das AGG geht offensichtlich davon aus, dass man Religion und Weltanschauung über das Begriffspaar Transzendenz/Immanenz abgrenzen könne.¹⁹⁴ Damit irrt es.¹⁹⁵ Das AGG verstößt mit seiner Privilegierung der Religion und der Benachteiligung der Weltanschauung gegen die „Nichtdiskriminierungsfunktion“¹⁹⁶ des Art. 4 GG iVm Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁹⁷ Es mag dem Gesetzgeber vielleicht freistehen, einen allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz für Religion und Weltanschauung einzuführen. Die Verfassung verbietet ihm aber, nur eines der Merkmale zu schützen.¹⁹⁸ Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz der Weltanschauung muss bis zur Novellierung über das allgemeine Nichtdiskriminierungsrecht gewährleistet werden.¹⁹⁹

4. Sexuelle Ausrichtung

a) Sexuelle Ausrichtung oder sexuelle Identität?

Im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht der Union ist auch die „sexuelle Ausrichtung“ verpöntes Diskriminierungsmerkmal (Art. 1 RL 2000/78/EG). Das AGG hat sich im Anschluss an die Novellierung des § 75 BetrVG²⁰⁰ im Jahr

191 Beschlussempfehlung BT-RA, BT-Drs. 16/2022, S. 13.

192 BGH JZ 2012, 686; zum Sachverhalt siehe oben § 5 VI 2 b) (4).

193 IE auch Stein in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 1 Rn. 40; Armbrüster in: Erman, § 1 AGG Rn. 9; von Roetteken, AGG, § 1 AGG Rn. 158.

194 Vgl. zu dieser Unterscheidung BVerwGE 90, 112, 115; BAG NZA 1995, 823, 827 – *Scientology*; Däubler in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 54; Kokott in: Sachs, GG, Art. 4 Rn. 19.

195 Näher Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, 135 ff.

196 Jarass, AöR (120) 1995, 345, 348 f.

197 Im Ergebnis auch Wendtland in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG Rn. 40.

198 Zum Hintergrund dieser These vgl. unten § 7 IV 4.

199 Zum Prinzip siehe unten § 7, zur Begründung seiner normativen Funktion vgl. § 8 IV.

200 Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes v. 23.7.2001, BGBl. I S. 1852.

2001²⁰¹ für den Begriff der „sexuellen Identität“ (§§ 1, 19 Abs. 1 AGG) entschieden.²⁰² Die Entstehungsgeschichte belegt, dass beide Begriffe synonym verwendet werden. In der Sache kann die deutsche Terminologie nicht überzeugen. Sie hat, insbesondere in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Transsexuellenrecht, eine spezifisch persönlichkeitsrechtliche und damit freiheitsrechtliche Konnotation erlangt.²⁰³ Im dogmatischen Zusammenhang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ergibt es Sinn, die zwei unterschiedlichen Aspekte (1.) Selbstbestimmung der eigenen geschlechtlichen Identität²⁰⁴ und (2.) der eigenen sexuellen Orientierung²⁰⁵ unter einen gemeinsamen Oberbegriff zu fassen.²⁰⁶ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht trennt dagegen Geschlecht und sexuelle Ausrichtung.²⁰⁷ Es zwingt daher zur Aufspaltung. Nach hier vertretener Auffassung sind Ungleichbehandlungen, die die Selbstbestimmung der eigenen geschlechtlichen Identität sanktionieren, solche wegen des Geschlechts.²⁰⁸ Dagegen fallen Diskriminierungen aufgrund der Selbstbestimmung der eigenen sexuellen Orientierung unter den unionsrechtlichen Begriff der „sexuellen Ausrichtung“. Davon erfasst ist jedenfalls die hetero-, homo- und bisexuelle Orientierung eines Individuums. Die unterschiedliche Einordnung hat praktische Auswirkungen:²⁰⁹ Nur das Merkmal „Geschlecht“ ist in arbeits- und zivilrechtlichen Fällen unionsrechtlich vorgegeben. Dazu kommt, dass sich Rechtfertigungsanforderungen unterscheiden (vgl. § 20 Abs. 2 S. 1 und S. 2 AGG). In der „Hierarchie der Gleichheit“ kommt dem Merkmal Geschlecht ein höherer Stellenwert zu. Daran partizipieren Transsexuelle und Intersexuelle, Schwule und Lesben nicht.

b) Was wird geschützt: Status oder Verhalten?

Der Begriff „sexuelle Identität“ ist auch problematisch, weil er ein identitätskonstituierendes Merkmal der eigenen Person nahelegt. Fallen darunter auch sexuelle Verhaltensweisen?²¹⁰ Die damit angesprochene Trennung von Identität und Verhalten ist für bestimmte soziale Kontexte wichtig. Ein Beispiel ist die katholische Kirche, nach deren Selbstverständnis „homosexuelle Handlungen“ in keinem Fall zu billigen seien, homosexuellen Menschen aber „mit Achtung, Mitleid

201 Vgl. die Begr. Des RegE zum Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, BT-Drs. 14/5741, S. 45.

202 Vgl. Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 31.

203 Vgl. meine Analyse in Grünberger, JZ 2006, 516, 517 und jetzt Hohmann-Dennhardt, KJ, Beiheft 1, 2009, 125, 126 f.

204 BVerfGE 115, 1Rn. 50 – *Transsexualität V*; BVerfGE 49, 286, 298 f – *Transsexualität I*.

205 Grünberger, JZ 2006, 516, 518.

206 BVerfGE 115, 1, Rn. 47 – *Transsexualität V*; BVerfGE 121, 175 Rn. 37 – *Transsexualität VII*.

207 Dazu oben § 6 III 2 b).

208 Dazu bereits oben § 6 III 2 b).

209 Verkannt von Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 1 Rn. 25; Rupp in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 1 AGG Rn. 12.

210 Zum Problem Preis, Arbeitsrecht, 2012, 470 f (dort verneinend).

und Takt zu begegnen“ sei und sie nicht „ungerecht“ zurückzusetzen seien, wenn sie keusch blieben.²¹¹ Die Kirche trennt also scharf zwischen Orientierung und Verhalten.²¹² Das ist für die Sanktionierung homosexueller Verhaltensweisen spätestens auf Rechtfertigungsebene (§ 9 AGG²¹³ oder § 8 AGG²¹⁴) auch praktisch wichtig. In der Kommentarliteratur schlägt einem die Trennung von geschützter Orientierung/Identität und nicht geschütztem Verhalten fast überall entgegen.²¹⁵

Dabei geht es um eine zentrale Fragestellung des Nichtdiskriminierungsrechts: Schützt es „individuals based on who they are, i.e., their status“ oder „individuals based on what they do, i.e., their conduct“?²¹⁶ Auf den ersten Blick scheint die Unterscheidung überzeugend: Wenn eine Person wegen ihrer Rasse, ihres Geschlechts, ihrer Religion, ihres Alters, ihrer Behinderung oder ihrer – um den deutschen Begriff zu verwenden – sexuellen Identität ungleich behandelt wird, knüpft der Entscheidungsträger an die *Identität* der Person an. Davon müsste ein damit nicht eng verwobenes Verhalten klar zu trennen sein. Die Differenzierung von homosexuellem Mensch und homosexuellem Verhalten spielte im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht eine erhebliche Rolle.²¹⁷ Insbesondere die Entscheidung in *Lawrence v. Texas* (2003)²¹⁸ steht für die gleiche Freiheit und Würde derjenigen, die mit ihrem normabweichenden Verhalten mit anderen Personen interagieren.²¹⁹ Unsere sexuelle Orientierung setzt sich aus mannigfachen Verhaltensweisen zusammen. Deren Dauer ist irrelevant. Nach *Lawrence* ist die aus unserer Wahl des Sexualpartners entstandene „personal relationship“²²⁰ schutzwürdig, auch wenn es sich nur um eine flüchtige Begegnung handelt.²²¹ *Lawrence* weist auf den engen Zusammenhang zwischen sexueller Identität, sexuellem Verhalten und Beziehungswahl hin: Wir sind, was wir tun. Dadurch werden wir als Individuum Mitglied einer sozialen Gruppe, freiwillig oder ihr von Dritten zuge-

211 Vgl. Katechismus der Katholischen Kirche 1997, Nr. 2357 ff, zugreifbar unter http://www.vatican.va/archive/DEU0035/_P8B.HTM [Stand: 30.9.2010].

212 *Joussen*, RdA 2003, 32, 37 f; *Stein* in: Falke/Rust, AGG, § 9 Rn. 163.

213 *Joussen*, RdA 2003, 32, 37 f; überzeugend dagegen mit Verweis auf Art. 4 Abs. 2 S. 2 RL 2000/78/EG: Wedde in: Däubler, AGG, § 9 Rn. 66.

214 Zu diesem Ansatz vgl. *Thüsing*, JZ 2004, 172, 179; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 9 AGG Rn. 23; überzeugend dagegen *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 9 Rn. 19; kritisch auch *Däubler*, RdA 2003, 204, 208; *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 9 Rn. 17.

215 *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 1 Rn. 164 f; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 90; *Bauer/Göpferl/Krieger*, AGG, 2011, § 1 Rn. 52; *Rupp* in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 1 AGG Rn. 13; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 1 AGG Rn. 17; anders dagegen *Annuß*, BB 2006, 1629, 1630 f; *Plett* in: Falke/Rust, AGG, § 1 Rn. 101; *Armbrüster* in: Erman, § 1 AGG Rn. 12.

216 *Burlington Northern and Santa Fe Ry. Co. v. White*, 548 U.S. 53, 63 (2006).

217 *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) bejaht jetzt einen Verstoß solcher Gesetze gegen den 14. Verfassungszusatz, während *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) die Verfassungsmäßigkeit noch bejahte. Näheres zur Dichotomie zwischen Verhalten und Identität in *Bowers* bei *Halley*, 79 Va. L. Rev. 1721 (1993).

218 *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

219 Vgl. *Tribe*, 117 Harv. L. Rev. 1893, 1898 (2004).

220 *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. at 567.

221 *Tribe*, 117 Harv. L. Rev. 1893, 1904 (2004).

ordnet. Mit dieser Zuordnung geht eine soziale Hierarchisierung einher. Dem setzt das Nichtdiskriminierungsrecht Grenzen.²²² Wir können unserer Identität entsprechend handeln und unser Verhalten kann unsere Identität formen, ohne dass wir mit sozialen Nachteilen rechnen müssen. Der Schutz vor Benachteiligungen wegen der sexuellen Orientierung erfüllt damit *denselben* Zweck wie der Schutz vor Benachteiligungen wegen der Religion.²²³

5. Behinderung

a) Zwei Konzeptionen von Behinderung

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht definiert den Begriff der „Behinderung“ nicht. Damit stellt sich die Frage, welche sozialen Erscheinungsformen „Behinderungen“ im Nichtdiskriminierungsrecht sind. Den Begriff der „sozialen Erscheinungsform“ wähle ich bewusst. Das Diskriminierungsmerkmal „Behinderung“ zwingt erneut und in ganz besonderer Weise, sich mit der komplizierten Relation von sozialem Kontext und persönlichen Eigenschaften auseinanderzusetzen.²²⁴ Man unterscheidet zwei entgegengesetzte Konzeptionen von Behinderung: das individualistische und das soziale Modell.²²⁵ Das individualistische Modell verankert das „Problem“ der Behinderung beim Einzelnen und es sieht seine Ursachen in der körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung der Interaktionsfähigkeit dieser Person im Vergleich zu Nicht-Behinderten. *Michael Oliver* nennt das ironisierend die „personal tragedy theory of disability“.²²⁶ Das individualistische Modell beruht letztlich auf einer Naturalisierung und damit einhergehenden Neutralisierung sozialer Konstruktionen.²²⁷ Darauf macht das soziale Modell aufmerksam. Danach ist nicht der Zustand des Einzelnen, sondern die in der Gesellschaft errichteten Barrieren das zu adressierende Problem.²²⁸ Ob eine persönliche Einschränkung soziale Nachteile mit sich bringt, kann daher nur kontextbezogen festgestellt werden.²²⁹ Pointiert formuliert, definiert die Kurzsichtigkeit einer Per-

222 Dazu oben § 6 I 2.

223 Zu diesem Zusammenhang oben § 6 I 2.

224 Dazu *Silvers*, 10 *Hypatia* 30, 47-48 (1995).

225 Näher zur Differenzierung und zur Kritik daran *Barnes, Colin/Mercer/Shakespeare*, *Exploring Disability*, 1999, 20 ff.; *Thomas*, *Disability Theory: Key Ideas, Issues and Thinkers*, in: *Barnes, Colin/Oliver/Barton*, *Disability Studies Today*, 2002, 38 ff.

226 *Oliver*, *Understanding Disability*, 1996, 32.

227 *Somek*, *Rationalität und Diskriminierung*, 2001, 23, 27.

228 *Oliver*, *Understanding Disability*, 1996, 32 f.

229 Vgl. GA Geelhoed, *Schlussanträge v. 16.3.2006*, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eures Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 58: „[D]er Begriff „Behinderung“ [unterliegt] als medizinisch-wissenschaftlicher Terminus, aber auch in seiner sozialen Bedeutung einer recht raschen Entwicklung. [...] Dabei ist nicht auszuschließen, dass bestimmte physische oder psychische Einschränkungen in einem bestimmten gesellschaftlichen Kontext den Charakter einer „Behinderung“ haben, in einem anderen Kontext aber nicht.“

son im Zeitalter der Kontaktlinsen einen ganz anderen Nachteil als sie bei einem Jäger im Mittelpaläolithikum hatte.²³⁰ Das soziale Modell will die sozialen Nachteile aufheben, „die daran geknüpft sind, dass Menschen sind, was sie sind. Diese Nachteile sind oftmals ein Reflex des Umstands, dass sie von anderen als minderwertig betrachtet werden.“²³¹

Das Nichtdiskriminierungsrecht kann diese sozialen Bezüge des Konzepts der Behinderung allerdings nur dann sichtbar machen, wenn es nicht ausschließlich auf dem individualistischen Modell basiert. Das ist für das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v. 13.12.2006²³² im Ausgangspunkt der Fall.²³³ Alle Mitgliedstaaten der Union und die Union selbst²³⁴ haben das Übereinkommen unterzeichnet. Es ist für den größten Teil der Mitgliedstaaten – darunter Deutschland²³⁵ – bereits in Kraft getreten.²³⁶ Mit der Richtlinie 2000/78/EG und dem AGG erfüllen die Union und Deutschland ihre völkervertragsrechtlichen Pflichten aus dem Übereinkommen. Dazu zählt auch ein zwingender Diskriminierungsschutz gegenüber privaten Akteuren (Art. 5 Abs. 2 Übereinkommen). Die in Art. 1 Abs. 2 Übereinkommen enthaltene Definition der Menschen mit Behinderung²³⁷ hat daher Einfluss auf die Auslegung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots.²³⁸ Dadurch wird verhindert, dass man bei der Interpretation des Unionsrechts auf das individualistische Modell zurückgreift.²³⁹

Der Kreis der geschützten Personen und die Abgrenzung der zu berücksichtigenden Funktionsbeeinträchtigungen müssen im Interesse eines unionsweit ein-

230 Das Beispiel stammt von *Silvers*, 10 *Hypatia* 30, 40 (1995).

231 *Somek*, Soziale Überdeterminierung, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 200, 228.

232 BGBl. II, S. 2008, 1420. Näher dazu *Lachwitz*, BtPrax 2008, 143 ff; *Petri/Stähler*, ZESAR 2008, 167 ff; *Degener*, RdJB 2009, 200 ff; *Stein/E.*, Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 17.

233 *Stein/E.*, Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 17, 25.

234 ABL L 23 v. 27.1.2010, S. 35; zur Kompetenz der EU siehe *Waddington*, Breaking New Ground, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 111, 117 ff.

235 Seit dem 26.3.2009, siehe die Bekanntmachung zum Inkrafttreten, BGBl. II 2009, S. 812.

236 Zum Stand der Ratifikationen siehe <http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-15.en.pdf>; zum Umsetzungsprozess in den Mitgliedstaaten eingehend Third Disability High Level Group report on the implementation of the UNCRPD in the Member States, zugänglich unter <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5070&clangId=en> [Stand: 31.12.2012].

237 „Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“

238 *Waddington*, Breaking New Ground, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 111.

239 Konsequenz *Waddington*, Breaking New Ground, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 111, 133 f.

heitlichen Schutzniveaus²⁴⁰ autonom und einheitlich ausgelegt werden.²⁴¹ Behinderungen sind danach Einschränkungen, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sind und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bilden.²⁴² Voraussetzung ist also (1.) eine psychische oder physische Beeinträchtigung, die (2.) eine Teilhabebeeinträchtigung oder – problematischer formuliert – eine „Funktionsbeeinträchtigung“²⁴³ im Berufsleben verursacht.

b) Zweistufige Prüfung

Mit der Anknüpfung an einen medizinisch konzipierten Begriff der Beeinträchtigung teilt der unionsrechtliche Begriff im Ausgangspunkt den Standpunkt des *American with Disabilities Act* von 1990.²⁴⁴ Im Anschluss daran lässt sich die Konzeption des Gerichtshofs mit einem zweistufigen Prüfungsaufbau verbinden. Danach ist die individuelle Beeinträchtigung der Anknüpfungspunkt der Prüfung.²⁴⁵ Diese „Siebfunktion“ ist von der Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts vorgegeben. Es verbietet Dritten nur, ihre Entscheidung anhand bestimmter personenbezogener Merkmale zu treffen, die das Gesetz mit „Behinderung“ umschreibt. Diese muss daher von anderen Abweichungen eines konstruierten Normalzustandes unterschieden werden, denen ebenfalls soziale Relevanz zukommt, die aber vom Gesetz nicht als verpönte Merkmal ausgestaltet wurden. Die Praxis des U.S.-amerikanischen Diskriminierungsrechts zeigt, dass die *erste Stufe* des Behinderungsbegriffs einfach zu nehmen ist.²⁴⁶ Im Grundsatz fallen

240 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Euresst Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 65.

241 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Euresst Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 39 ff; BAG AP EWG-Richtlinie Nr. 2000/78 Nr. 6 2007, Rn. 19; zustimmend *Reichold/Heinrich*, JZ 2007, 196, 197; aA *Domröse*, NZA 2006, 1320 f, der im Ergebnis nicht überzeugend gegen eine rein unionsrechtliche Auslegung argumentiert.

242 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Euresst Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 43.

243 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Euresst Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 66.

244 Dazu oben § 3 IV 4 c). Zum dreistufigen Diskriminierungsbegriff der wichtigsten Fallgruppe in 42 U.S.C. § 12102 (1)(A) vgl. *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624, 631 (1998) [„First, we consider whether respondent’s HIV infection was a physical impairment. Second, we identify the life activity upon which respondent relies (reproduction and childbearing) and determine whether it constitutes a major life activity under the ADA. Third, tying the two statutory phrases together, we ask whether the impairment substantially limited the major life activity.“].

245 Kritisch dazu *Waddington*, 44 CMLR 487, 491 (2007); *Waddington/Lawson*, Disability and non-discrimination law in the European Union, 2009, <http://www.migpolgroup.org/public/docs/Disability-non-discriminationlawEU.pdf>, S. 16.

246 *Friedmann*, The Law of Employment Discrimination, 2007, 879 f; *Estreicher/Harper*, Employment Discrimination Law, 2008, 460 ff.

auch alle Krankheiten darunter. Das gilt für den Beginn einer HIV-Infektion²⁴⁷ oder einer Kurzsichtigkeit²⁴⁸.

Entscheidende Bedeutung kommt damit der *zweiten Stufe* des Behinderungsbegriffs zu. Die Beeinträchtigung muss ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bilden.²⁴⁹ Maßgeblich ist die im jeweiligen Einzelfall²⁵⁰ aus der „Funktionsbeeinträchtigung“ resultierende Teilhabebeeinträchtigung im jeweiligen gesellschaftlichen Kontext.²⁵¹ Die Behinderung erschwert danach die soziale Inklusion des Merkmalsträgers, gerade weil das soziale Umfeld danach differenziert. Für den Gerichtshof zählt nur das Berufsleben zum relevanten sozialen Umfeld. Im Vergleich dazu wählen das U.S.-amerikanische und das deutsche Recht einen deutlich weiteren Bezugspunkt: Es kommt dort darauf an, ob die Beeinträchtigung „substantially limits one or more major life activities of such individual“ (42 U.S.C. § 12102 (1)(A)) bzw. „die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt“ (§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX).²⁵² Man mag das kritisieren²⁵³, darf dabei aber nicht übersehen, dass es sich um eine zwangsläufige Konsequenz des beschränkten sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie 2000/78/EG handelt. Eine Teilhabebeeinträchtigung am Berufsleben liegt vor, wenn sich die medizinisch konzipierte Beeinträchtigung des Individuums nach Auffassung der Umwelt dieser Person nachteilig auf die Ausführung einer beruflichen Tätigkeit auswirken kann. Das Umfeld nimmt diese Beeinträchtigung aber erst dann als „Behinderung“ wahr, wenn die Teilhabebeeinträchtigung wahrscheinlich von langer Dauer sein wird.²⁵⁴ Hier trifft sich die Einschätzung des Gerichtshofs mit der des *Supreme Court*²⁵⁵ und einer zeitlichen Grenze im deutschen Recht (§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX)²⁵⁶. Damit ist die Behinderung von der Krankheit zu unterscheiden. Bei beiden handelt es sich um eine Beeinträchtigung im Sinne der ersten Stufe des Behinderungsbegriffs. Krankheiten werden als solche aber

247 *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624, 632-637 (1998).

248 *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471, 490 (1999).

249 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 43. Strenger ist das U.S.-Recht, vgl. 42 U.S.C. § 12102 (1)(A) [„substantially limits“]. Zur restriktiven Interpretation dieses Merkmals durch *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471 (1999); *Toyota Motor Mfg., Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002), aufgehoben durch den ADA Amendments Act of 2008, Pub. L. 110-325.

250 Vgl. dazu *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624, 641-642 (1998).

251 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 62 ff.

252 Ähnlich auch das britische und irische Recht, vgl. *Waddington*, 44 CMLR 487, 494-95 (2007).

253 So *Waddington*, 44 CMLR 487, 494-495 (2007).

254 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 45.

255 *Toyota Motor Mfg., Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184, 198 (2002) [„The impairment’s impact must also be permanent or long term.“].

256 Zur Richtlinienkonformität siehe BAG AP EWG-Richtlinie Nr. 2000/78 Nr. 6 2007, Rn. 20; *Domrose*, NZA 2006, 1320, 1323; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 37; *Däubler* in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 75 mwN; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 1 AGG Rn. 11; aA *Thüsing* in: MünchKommBGB, § 1 AGG Rn. 81.

von der zweiten Stufe ausgeschieden. „Irgendeine Krankheit“ ist nämlich wegen des ganz anders gelagerten sozialen Kontexts dieses medizinischen Zustandes keine Behinderung. Personen mit „irgendeiner Krankheit“ werden von der Gesellschaft gerade nicht stigmatisiert. Anders verhält es sich bei chronischen oder progressiv verlaufenden Krankheiten. Hier kommt es zu Teilhabebeeinträchtigungen, weil ihre Träger „im gesellschaftlichen Verkehr nicht wesentlich von „dauerhaft“ Behinderten“ unterschieden werden.²⁵⁷ Im Einzelfall ist die Abgrenzung sehr schwierig durchzuführen.²⁵⁸ Eine Teilhabebeeinträchtigung scheidet nicht schon deshalb aus, weil die betroffene Person Hilfsmittel einsetzen kann, um die Beeinträchtigung auszugleichen.²⁵⁹

6. Alter

Die Entscheidung, das Alter zum verbotenen Merkmal von (privaten) Differenzierungen zu machen, ist nicht selbstverständlich.²⁶⁰ Für *Magdalena Pöschl* ist es sogar irreführend, „das Alter in Diskriminierungsverboten neben Merkmalen wie Rasse, sexueller Ausrichtung, Bekenntnis etc zu nennen“.²⁶¹

„Anders als die verpönten Differenzierungsmerkmale ist auch das Alter kein unveränderliches Merkmal, im Gegenteil, es ist permanent im Fluß. Deshalb gleichen sich Differenzierungen nach dem Alter auf der Zeitachse auch regelmäßig aus. Rechte, die erst ab einem bestimmten Alter zuerkannt werden, kommen über kurz oder lang eben doch jedem zu; und auch Rechte, die ab einem bestimmten Alter aberkannt werden, hatte bis zu diesem Zeitpunkt jeder.“²⁶²

Auf ähnliche Erwägungen stützte sich der *Supreme Court* in einer Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit einer Zwangspensionierungsregelung für Polizisten:

[I]t marks a stage that each of us will reach if we live out our normal span.“²⁶³

Weil wir zwar nicht alle schwarz oder Frau oder schwul oder Moslem sind, wir aber alle älter werden, kann das Alter – so kann man diesen Gedanken zusammenfassen – keine Grenze zwischen „uns“ und den „Anderen“ ziehen.²⁶⁴ Es trifft uns alle irgendwann.²⁶⁵ Das Alter wird daher als „ein besonders egalitäres, dem

257 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eures Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 63.

258 Vgl. dazu OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668 zum Fall einer myotonen Dystrophie (eine fortschreitende Muskelerkrankung), die ursächlich für die Behinderung des Kindes war.

259 Anders *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471, 481-489 (1999), aufgehoben durch Sec. 2 (a) ADA Amendment Act of 2008, Pub. L. 110-325.

260 Vgl. BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 109 (abw. Meinung *Landau*).

261 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 495.

262 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 494 (Hervorhebung hinzugefügt).

263 *Mass. Bd. of Retirement vs. Murgia*, 427 U.S. 307, 313-314 (1976) [Hervorhebung hinzugefügt und interne Verweise weggelassen].

264 *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 59.

265 Siehe BAG NZA 2010, 561 Rn. 20.

Gedanken der Gerechtigkeit gerade verpflichtetes Unterscheidungsmerkmal“ beschrieben.²⁶⁶ Wir haben keinen rationalen Grund, mit Personen eines bestimmten Alters nichts zu tun haben zu wollen. Ökonomisch gesprochen, ist das Alter keine klassische Kategorie von *taste discrimination*.²⁶⁷ Daher wird das Alter vom Recht seit langem als Maßstab für gesellschaftliche Steuerung verwendet, um Lebensläufe zu segmentieren. Das liegt daran, dass mit dem Alter regelmäßig andere Merkmale in einen statistischen Zusammenhang gebracht werden, an die anzuknüpfen rational sein kann, die ihrerseits aber nur mit unzumutbar hohen Informationskosten erlangt werden können. Das wichtigste davon ist die Leistungsfähigkeit. Das Alter fungiert hier als deren Stellvertretermerkmal.²⁶⁸ Alter ist daher ein klassisches Beispiel für *statistische Diskriminierungen*.²⁶⁹ So ist beispielsweise im Arbeitsrecht das fortgeschrittene Lebensalter häufig ein Stellvertretermerkmal für eine damit verbundene sinkende Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers oder seine gestiegene soziale Schutzbedürftigkeit. Andererseits wird das Alter in Tarifverträgen als Stellvertretermerkmal für die Berufserfahrung eingesetzt.²⁷⁰ Daher erklärt sich, dass Altersregelungen im deutschen Arbeitsrecht eine herausragende Rolle spielen.²⁷¹ Einerseits werden ältere Arbeitnehmer bei der Kündigung begünstigt (§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG) und zugleich bei der Befristungsmöglichkeit benachteiligt (§ 14 Abs. 3 TzBfG).²⁷² Das Alter als Distributionskriterium wird also nicht kohärent eingesetzt. Dazu kommt ein weiterer Faktor, der die Segmentierung menschlicher Lebensläufe durch altersbezogene Regelungen zweifelhaft macht: Ihr Preis ist hoch, zu hoch vielleicht. Sie typisieren und verfestigen dadurch Stereotype sinkender Leistungsfähigkeit bei älteren Menschen.²⁷³ Diese werden von der gerontologischen Forschung schon lange hinterfragt.²⁷⁴ Das Lebensalter als solches ist danach prinzipiell ungeeignet, die Qualifikation oder Produktivität eines Menschen zu beurteilen. Einzelne Personen werden daher aufgrund von – möglicherweise fehlerhaften – Durchschnittserwartungen an das Verhalten oder die Eigenschaften einer Gruppe beurteilt, obwohl die der Gruppe zugeschriebenen Merkmale bei ihnen nicht vorliegen.²⁷⁵ „Die ‘untypi-

266 Huster, EuR 2010, 325, 336.

267 Zum Begriff näher unten § 6 V 1 a).

268 Vgl. Groß, Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung, 2010, 60 ff.

269 Dazu vertiefend Bouchouaf, KJ 2006, 310, 311 ff; Britz, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 113 ff und zum U.S.-amerikanischen Recht *Estreicher/Harper*, Employment Discrimination Law, 2008, 390 ff; zum Begriff näher unten § 6 V 1 b).

270 Siehe dazu BAG NZA 2010, 961 Rn. 27 ff.

271 Dazu und zum Folgenden grundlegend Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 119 ff.

272 Preis, Gutachten B, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Bd. I, 2008, B 1, B 44 f.

273 Siehe Bouchouaf, KJ 2006, 310 f.

274 Dazu näher mit Nachweisen Boecken, Gutachten B, in: Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, Bremen 1998, Bd. I, 1998, B 1, B 54 f; Preis, Gutachten B, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Bd. I, 2008, B 1, B 14 ff.

275 Bouchouaf, KJ 2006, 310, 312.

schen' Alten werden bei gleicher Leistungsfähigkeit gegenüber Jüngeren benachteiligt.“²⁷⁶ Das wirft ein Gleichheitsproblem und ein Freiheitsproblem auf: Von Rechts wegen als „zu alt“ oder „zu jung“ abgestempelt zu werden, ist ein deutlicher Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit, der ohne sorgfältige Abwägung der verschiedenen betroffenen Interessen, einerseits der Gesellschaft, andererseits des Einzelnen, nicht Bestand haben kann.²⁷⁷

Das Verbot der Altersdiskriminierung schafft einen diskursiven Rahmen, der diese Abwägung erst ermöglicht. Entgegen landläufiger Vorstellung ist der gleichbehandlungsrechtliche Zugriff keine ausschließliche Folge des sekundärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung im Unionsrecht. Dass das Alter ein problematisches Differenzierungskriterium ist, ergibt sich im deutschen Verfassungsrecht an sich schon aus dem allgemeinen Gleichheitssatz.²⁷⁸ Bereits vor dem Inkrafttreten des AGG wurden Altersdiskriminierungen unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG diskutiert.²⁷⁹ In der Rechtsprechung überwog zwar die freiheitsrechtliche Prüfung am Maßstab des Art. 12 GG.²⁸⁰ Das passt zu der schon wiederholt festgestellten Tendenz in Deutschland,²⁸¹ gleichheitsrechtliche Sachverhalte nur freiheitsrechtlich zu würdigen.²⁸² Was das Alter von anderen, nicht in Art. 3 Abs. 3 GG genannten, aber von Art. 3 Abs. 1 GG erfassten Merkmalen wie beispielsweise der sexuellen Orientierung²⁸³ unterscheidet, sind die geringeren Anforderungen an die Rechtfertigungsdichte. Diese Differenzierung spiegelt sich ihrerseits im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht wider, das beim Alter ebenfalls zahlreiche Einschränkungen erlaubt.²⁸⁴ Insoweit gehen die Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes und des speziellen Diskriminierungsverbots beim Alter Hand in Hand.²⁸⁵ Genauso wenig wie ein spezielles Diskriminierungsverbot wegen des Alters zwangsläufig zum Verbot der Handlung führen

276 Britz, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 116.

277 Nussberger, JZ 2002, 524, 532.

278 Siehe Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 88 ff; Uerpmann-Witzack, ZaöRV 68 (2008), 359, 368 f; aA BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 109 (abw. Meinung Landau).

279 Siehe nur Boecken, Gutachten B, in: Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, Bremen 1998, Bd. I, 1998, B 1, B 37 ff; Nussberger, JZ 2002, 524, 531; Bouchouaf, KJ 2006, 310, 315 f; zur Relevanz des Art. 3 Abs. 1 GG bei Altersdiskriminierung jetzt vertiefend Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 108 ff.

280 Vgl. dazu BVerfG NZS 2008, 311, wo die Altersgrenze von Vertragszahnärzten freiheitsrechtlich geprüft wird, mit EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – Petersen = Slg. 2010, I-47, wo dieselbe Fragestellung gleichheitsrechtlich strenger gewürdigt wird; siehe auch BVerfG BB 2005, 1321, wo die tarifvertragliche Altersgrenze der Piloten lediglich an Art. 12 GG gemessen wird; vertiefend zum Ganzen aus arbeitsrechtlicher Sicht Boecken, Gutachten B, in: Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, Bremen 1998, Bd. I, 1998, B 1, B 32 ff; Preis, Gutachten B, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Bd. I, 2008, B 1, B 39 f mwN.

281 Siehe oben § 4 I 5.

282 Kritisch dazu Simitis, RdA 1994, 257, 261.

283 Dazu oben § 6 III 4.

284 Dazu unten § 6 VI 2 c).

285 Instrukтив zur parallelen Prüfungsstruktur BVerfG NZS 2008, 311 Rn. 14 ff.

muss, gilt dies auch für eine auf den allgemeinen Gleichheitssatz gestützte Altersdiskriminierung.

Das belegt auch die völkerrechtliche Praxis. Auch hier ist die Auffassung weit verbreitet, es gebe auf internationaler Ebene kein Verbot der Altersdiskriminierung.²⁸⁶ Zutreffend ist, dass es im Zeitraum vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG im Jahr 2006 auf internationaler Ebene kein Regelungsinstrument gab, das Diskriminierungen aus Gründen des Alters *ausdrücklich* im Text verboten hat.²⁸⁷ Die Diskriminierungsverbote in Art. 26 S. 2 IPBPR²⁸⁸ und in Art. 14 EMRK sind allerdings nicht abschließend („sonstiger Status“). Das ermöglicht es, den Schutz auf solche Differenzierungen auszudehnen, die erst aufgrund gewandelter sozialer Anschauung verpönt werden.²⁸⁹ Zu den verschiedenen vom Menschenrechtsausschuss unter Art. 26 S. 2 IPBPR gefassten Statusmerkmalen²⁹⁰ zählt auch das Alter:²⁹¹

„While age as such is not mentioned as one of the enumerated grounds of prohibited discrimination in the second sentence of article 26, the Committee takes the view that a distinction related to age which is not based on reasonable and objective criteria may amount to discrimination on the ground of “other status” under the clause in question, or to a denial of the equal protection of the law within the meaning of the first sentence of article 26.“²⁹²

Freilich konnte die Altersdiskriminierung in den entschiedenen Fällen gerechtfertigt werden.²⁹³ In der Sache existierte also das Verbot der Altersdiskriminierung auf internationaler Ebene bereits vor 2006.²⁹⁴ Der Europäische Gerichtshof konnte daher in der Rs. *Mangold* mit Recht auf die völkerrechtlichen Verträge

286 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 88; BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 109 (abw. Meinung Landau); Preis, NZA 2006, 401, 406 f; Streinz/Herrmann, RdA 2007, 165, 168; Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, 21 f.

287 Die entgegengesetzte Aussage von *Temming* zum 12. Zusatzprotokoll der EMRK (*Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 76) trifft nicht zu. Das Alter findet sich nicht im Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 12. ZP EMRK, European Treaty Series 177 [erhältlich unter <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm>]. Im Explanatory Report wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass man darauf verzichtete, das Alter als benanntes Diskriminierungsmerkmal einzufügen, Explanatory Report Rn. 20 [zugreifbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.htm>].

288 Dazu näher oben § 4 II 2 a).

289 König/Peters in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 21 Rn. 21.

290 Siehe dazu die Nachweise bei *Vandenhole*, Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies, 2005, 131.

291 Grundlegend Menschenrechtsausschuss, *Schmitz-de-Jong v. The Netherlands*, Communication No. 855/1999, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/855/1999 (2001), para. 7.2 [zugreifbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/855-1999.html>].

292 Menschenrechtsausschuss, *Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, U.N. Doc. CCPR/C/77/D/983/2001 (2003), para. 8.2 [zugreifbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/983-2001.html>].

293 Menschenrechtsausschuss, *Schmitz-de-Jong v. The Netherlands*, Communication No. 855/1999, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/855/1999 (2001), para. 7.2; Menschenrechtsausschuss, *Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, U.N. Doc. CCPR/C/77/D/983/2001 (2003), para. 8.3.

294 Näher *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 64 ff.

hinweisen, um das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung zu begründen.²⁹⁵ Es war allerdings ein Verbot ohne „Biss“. Erst die *Mangold*-Entscheidung machte auf das Potential aufmerksam, das dem Diskriminierungsverbot innezuwohnen kann, wenn es ernst genommen wird.²⁹⁶

Mit der Richtlinie 2000/78/EG ist das Alter jetzt spezialgesetzlich als verbotenes Diskriminierungsmerkmal im Zusammenhang mit Beschäftigung und Beruf ausdrücklich vorgesehen. Diese Entscheidung setzt § 7 Abs. 1 AGG iVm § 1 AGG im deutschen Recht um. Nicht – jedenfalls noch nicht²⁹⁷ – unionsrechtlich vorgegeben ist das Alter als Diskriminierungsmerkmal im allgemeinen Vertragsrecht. Hier trifft § 19 Abs. 1 AGG eine autonome Entscheidung. Der Begriff ist im AGG einheitlich nach unionsrechtlichem Verständnis auszulegen.²⁹⁸ Im Deutschen ist der Begriff „Alter“, anders als im Englischen oder Französischen, doppeldeutig, weil er einmal neutral auf das Lebensalter hinweist, zum anderen regelmäßig mit einem bestimmten fortgeschrittenen Alter gleichgesetzt wird.²⁹⁹ Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt aber, dass sich das Verbot auf jede Differenzierung bezieht, die an ein Lebensalter der Person anknüpft.³⁰⁰ Die Rechtstatsachen bestätigen diese Einschätzung, weil Arbeitnehmer unter 25 und über 45 Jahren überproportional häufig von Altersdiskriminierung betroffen sind, diese aber auch Arbeitnehmer innerhalb der Spanne von 25-45 Jahren treffen kann.³⁰¹ Man ist im Wirtschaftssystem kaum jemals im „richtigen“ Alter. Das Diskriminierungsverbot erfasst daher die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die älter als 52 Jahre sind³⁰² oder die Zwangsbeendigung des Arbeitsverhältnisses beim Erreichen des 65. Lebensjahres³⁰³ oder die Altersgrenze von 60 Jahren bei Piloten³⁰⁴ und von 68 Jahren bei Vertragszahnärzten³⁰⁵.

Das Diskriminierungsverbot hat weitreichende Auswirkungen auf das Arbeitsrecht.³⁰⁶ Das Alter als Differenzierungskriterium ist immer rechtfertigungspflichtig. Der dadurch ausgelöste Rechtfertigungszwang stellt stereotype Annahmen

295 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74.

296 Siehe dazu *Grünberger*, EuZA 2011, 171 mwN.

297 Siehe aber Art. 1 des RL-Vorschlags der Kommission, KOM(2008), 426 endg.; dazu auch oben § 6 II 1 b).

298 BGHZ 193, 110 Rn. 42.

299 *Nussberger*, JZ 2002, 524, Fn. 1; LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2009, 378, 379.

300 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 29; näher *Groß*, Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung, 2010, 36 f.

301 *Duncan/Loretto*, 11 Gender, Work & Org. 95 (2004).

302 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 55 ff.

303 EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 51; EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 34; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenbladt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 37.

304 EuGH, Urt. v. 13.11.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011 ((n.v.)) Rn. 43 ff.

305 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 35.

306 Vgl. dazu die Kasuistik bei *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 1 AGG Rn. 13.

über Personen auf den Prüfstand. Im Mittelpunkt der Konzeption der Altersdiskriminierung stehen daher die Gründe für eine Rechtfertigung von altersbezogenen Differenzierungen.³⁰⁷ Instruktiv dazu ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Altersgrenze von Vertragszahnärzten in Deutschland.³⁰⁸ Der Gerichtshof teilt im Grundsatz die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts³⁰⁹, dass

„es ein Mitgliedstaat im Rahmen von Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie für erforderlich halten kann, für die Ausübung eines ärztlichen Berufs wie desjenigen eines Zahnarztes eine Altersgrenze festzulegen, um die Gesundheit der Patienten zu schützen“³¹⁰,

vorausgesetzt, er folgt dabei insgesamt diesem Ziel. Weil die Altersgrenze aber nur für Vertragszahnärzte und nicht für Zahnärzte außerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenkassen gilt, fällt das Argument des Gesundheitsschutzes in sich zusammen.³¹¹ Daher ist der Normadressat gezwungen, bessere Rechtfertigungsgründe zu entwickeln. Die Besonderheit des Alters als potentiell jedes trefendes Merkmal erlaubt es, in Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG Rechtfertigungsmöglichkeiten vorzusehen, die weit über die Rechtfertigungen der übrigen Merkmale hinausgehen.³¹² Die Altersgrenze kann beispielsweise der Beschäftigungspolitik dienen: Mit ihr wird das Ziel verfolgt, innerhalb der Berufsgruppe der Vertragszahnärzte die Berufschancen zwischen den Generationen zu verteilen.³¹³ Die Ungleichbehandlung ist aber nur dann „objektiv und angemessen“, wenn eine Situation gegeben ist, in der die Zahl der Vertragszahnärzte überhöht ist oder die latente Gefahr besteht, dass eine solche Situation eintritt.³¹⁴ Ist dagegen die Zahl der Vertragszahnärzte auf dem betreffenden Arbeitsmarkt, gemessen am Bedarf der Patienten, nicht überhöht, ist der Zugang neuer und insbesondere junger Berufsangehöriger zu diesem Markt normalerweise unabhängig davon möglich, ob es Zahnärzte gibt, die älter als 68 Jahre sind.³¹⁵ Für den betroffenen Arzt mag es unter berufsfreiheitsrechtlichem Gesichtspunkt keinen Unterschied machen, warum er mit 68 Jahren seinen Beruf nicht mehr ausüben darf. Gleichheitsrechtlich betrachtet, unterscheiden sich die vorgebrachten Gründe aber erheblich. Behauptet man, die Zahnärztin sei „zu alt“ und daher „ein Gesundheitsrisiko“ für ihre Patienten, wird ihr eine negative Eigenschaft zugeschrieben, die sie tatsächlich gar nicht hat. Zugleich nimmt man ihr die Freiheit, sich ihren Patienten gegen-

307 *Wendeling-Schröder*, NZA 2007, 1399, 1400; unzutreffend BAG NZA 2010, 561 Rn. 20 ff, wo bereits der Tatbestand eingeschränkt wird; dazu vertiefend *Grünberger*, EuZA 2011, 171 ff.

308 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47.

309 BVerfG NJW 1998, 1776, 1777; BVerfG NZS 2008, 311 Rn. 7.

310 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 52.

311 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 61 f.

312 Vgl. Erwägungsgrund (25) RL 2000/78/EG.

313 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 65-68.

314 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 77.

315 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 71.

über mit ihren wirklichen Fähigkeiten und dem daraus folgenden Selbstbild darzustellen.³¹⁶ Darin verwirklicht sich das typische Generalisierungsunrecht stereotyper Annahmen über Menschen. Sagt man der Zahnärztin dagegen, dass sie „Platz machen muss“ für eine junge Generation, die auch eine Chance auf Eigenständigkeit hat, bleibt die Person von solchen Fremdzuschreibungen frei. Hier geht es nur um die Frage der Verteilung von Erwerbchancen und um Generationengerechtigkeit. Das ist ein politischer Diskurs, der unter Gleichen ohne Herabsetzung eines Beteiligten geführt werden kann.³¹⁷

7. Mehrfachdiskriminierung

Der diskriminierungsrechtliche Normalfall ist die Ungleichbehandlung einer Person wegen eines bestimmten verpönten Merkmals. Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht ist ganz darauf zugeschnitten.³¹⁸ Sein Verständnis von Diskriminierungen beruht auf Zuschreibungen aufgrund der Zugehörigkeit eines Individuums zu *einer* Gruppe. Es impliziert damit eine „single identity ascription“. Damit vereinfacht das Nichtdiskriminierungsrecht, weil wir alle multiple Identitäten bilden: Wir alle haben ein Alter, ein Geschlecht, eine sexuelle Orientierung und eine ethnische Herkunft, viele haben oder gelangen im Lauf ihres Lebens auch zu einer Religion oder gar einer Behinderung.³¹⁹ Die Fälle, in denen eine Person Träger mehrerer Merkmale ist, die jeweils für sich oder in ihrem Zusammenspiel den Anknüpfungspunkt für Diskriminierungen bilden, werden unter dem Begriff der „Mehrfachdiskriminierung“ diskutiert.³²⁰ Sie tritt in drei Erscheinungsformen auf:³²¹ (1.) „additive Diskriminierung“, (2.) „kumulative“ oder „verstärkende Diskriminierung“ und (3.) „intersektionelle Diskriminierung“, die auch als Schnittmengen-³²² oder Überschneidungsdiskriminierung bezeichnet werden kann. Die hier gewählte Terminologie wird leider nicht

316 Vgl. zu diesen Effekten statistischer Diskriminierung *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 124 f.

317 Ähnlich auch *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 24 f.

318 Vgl. dazu vertiefend *Nielsen*, Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet?, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 31, 33 ff. Siehe auch die sehr eingehende Analyse von *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 179 ff.

319 *Fredman*, Positive Rights and positive duties, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 72, 74.

320 Dazu eingehend *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 43 ff.

321 Vgl. *Bielefeldt*, Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung (Bericht im Auftrag der EU-Kommission), 2007, http://ec.europa.eu/employment_social/fdad/cms/stopdiscrimination/downloads/Tackling_Multi_Dis_pdf/236_multidis_de.pdf, S. 16 f; *Holzleitner*, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Hormel/Scherr, Diskriminierung, 2010, 95, 97 ff; *Naguib*, SJZ 2010, 233, 235 ff und die Übersicht bei *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 45 ff.

322 Der Vorschlag stammt von *Däubler* in: *Däubler*, AGG, § 4 Rn. 19.

einheitlich verwendet. Vielfach wird nur eine Zweiteilung angenommen und nicht zusätzlich zwischen additiver und kumulativer Diskriminierung unterschieden³²³ oder beide Begriffe werden synonym gebraucht.³²⁴ Das ist insoweit verständlich, weil sich diese Kategorien nur in Nuancen unterscheiden. Manche beziehen den Begriff der „Mehrfachdiskriminierung“ ausschließlich auf diese beiden Erscheinungsformen, die im Weiteren auch nicht getrennt werden und messen der Schnittmengendiskriminierung keine Rolle im unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrecht zu.³²⁵ Darin liegt zugleich eine inhaltliche Stellungnahme, der ich deutlich widersprechen möchte.

Von einer additiven Diskriminierung spreche ich, wenn eine Person mehrere Charakteristika auf sich vereint, die sie je nach verschiedenen Kontexten aufgrund des einen oder des anderen Merkmals vulnerabel für Ungleichbehandlungen macht.³²⁶ Eine Frau etwa, die einer ethnischen Minderheit angehört, kann in einer bestimmten Situation aufgrund ihres Geschlechts und in einer anderen Situation aufgrund ihres ethnischen Ursprungs diskriminiert werden.³²⁷ Die so verstandene additive Diskriminierung ist keine Herausforderung für das Nichtdiskriminierungsrecht, wenn es sich um verschiedene Lebenssachverhalte handelt, in denen die Verletzung eines Diskriminierungsverbots ohnehin isoliert zu prüfen ist. Etwas anders liegen die Fälle, in denen eine Person hintereinander aus mehreren Gründen separat ungleich behandelt wird.³²⁸ Hier liegt zwar ein einheitlicher Lebenssachverhalt vor, die einzelnen Diskriminierungen sind jedoch isoliert voneinander zu prüfen. Die „verstärkende Diskriminierung“ beschreibt dagegen eine Situation, in der eine Person aus zwei oder mehreren Gründen *gleichzeitig* diskriminiert wird und diese Gründe kumulieren. Ein Diskriminierungsgrund wird von einem oder mehreren anderen verstärkt und vermindert dadurch die Chancengleichheit des Merkmalsträgers.³²⁹ Das war der Fall bei Gabrielle Defrenne, die als Bordstewardess weniger verdiente als ihre männlichen Kollegen (Merkmal Geschlecht) und deren Arbeitsvertrag mit Erreichen des 40. Lebensjahres endete

323 Vgl. *Hannett*, 23 Oxford J. Legal Studies 65, 68 (2003); *Schiek* in: Schiek, AGG, § 4 Rn. 2; *Nielsen*, Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet?, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 31, 31 f.

324 Siehe *Gerards* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 171.

325 Siehe *Däubler* in: Däubler, AGG, § 4 Rn. 5 ff, 20.

326 *Holzleitner*, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Hormel/Scherr, Diskriminierung, 2010, 95, 97.

327 *Bielefeldt*, Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung (Bericht im Auftrag der EU-Kommission), 2007, http://ec.europa.eu/employment_social/fdad/cms/stopdiscrimination/downloads/Tackling_Mult_i_Dis_pdf/236_multidis_de.pdf, S. 16.

328 Vgl. *Naguib*, SJZ 2010, 233, 235 f.

329 *Bielefeldt*, Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung (Bericht im Auftrag der EU-Kommission), 2007, http://ec.europa.eu/employment_social/fdad/cms/stopdiscrimination/downloads/Tackling_Mult_i_Dis_pdf/236_multidis_de.pdf, S. 16; *Holzleitner*, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Hormel/Scherr, Diskriminierung, 2010, 95, 98.

(Merkmal Alter).³³⁰ Der Europäische Gerichtshof entschied in den Rs. *Defrenne I-III* lediglich über die von Art. 119 EWGV erfasste Geschlechterdiskriminierung.³³¹ Das Merkmal Alter blieb unerwähnt, weil es damals noch nicht diskriminierungsrechtlich erfasst war. Die kumulative Diskriminierung wirft ebenfalls keine besonderen Probleme auf, weil sie sich in die Konzeption der „single identity ascription“ einfügt: Die relevanten Diskriminierungsmerkmale werden parallel, aber isoliert voneinander rechtlich gewürdigt. Das stellt § 4 AGG klar. Danach ist jede Ungleichbehandlung für sich auf ihre Rechtfertigung hin zu prüfen. Ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf einen der in § 1 AGG genannten Gründe gerechtfertigt, liegt darin nicht zugleich die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen eines anderen in § 1 AGG genannten und ebenfalls vorliegenden Grundes.³³² Gelingt die Rechtfertigung nicht bei allen Gründen, liegt daher ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vor.

Schwieriger ist die Berücksichtigung von Fällen der Überschneidungsdiskriminierung. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass das Diskriminierungspotential gerade im *Zusammentreffen* mehrerer an sich verpöner Merkmale liegt. Darin liegt eine gesteigerte Form der Benachteiligung.³³³ Das Phänomen wurde erstmals im Kontext der Diskriminierung schwarzer Frauen auf dem U.S.-amerikanischen Arbeitsmarkt sichtbar gemacht.³³⁴ Die Kritik richtete sich gegen das herrschende Paradigma, dass Rasse und Geschlecht zwei verschiedene und verschieden anzuwendende Diskriminierungsformen seien, während es sich in Wirklichkeit um sich gegenseitig verstärkende Ausgrenzungsmechanismen handle.³³⁵ *Kimberle Crenshaw* wies darauf hin, dass das Nichtdiskriminierungsrecht jeweils diejenigen Teilgruppen innerhalb der anhand der Merkmale Rasse oder Geschlecht definierten Gruppen privilegiere, die im System der Gruppe ohnehin stärker sind: *schwarze Männer* beim Merkmal „Rasse“ und *weiße Frauen* beim Merkmal „Geschlecht“. Damit werde der spezifische soziale Kontext von Diskriminierungen *schwarzer Frauen* ausgeblendet.³³⁶ Die Entscheidungspraxis U.S.-amerikanischer Gerichte bestätigt, dass das Nichtdiskriminierungsrecht in der Lage ist, die

330 Siehe EuGH, Urt. v. 15.6.1978, Rs. 149/77 – *Defrenne v. Sabena (Defrenne III)* = Slg. 1978, 1365 Rn. 2-8.

331 EuGH, Urt. v. 25.5.1971, Rs. 80/70 – *Defrenne v. Belgien (Defrenne I)* = Slg. 1971, 445; EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455; EuGH, Urt. v. 15.6.1978, Rs. 149/77 – *Defrenne v. Sabena (Defrenne III)* = Slg. 1978, 1365.

332 Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 33.

333 *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 52.

334 Grundlegend zur theoretischen Einordnung *Crenshaw*, Univ. Chi. Leg. Forum 1989, 139 (1989); *Caldwell*, Duke L.J. 365 (1991); *Crenshaw*, 43 Stan. L. Rev. 1241 (1991); *Winston*, 79 Cal. L. Rev. 775 (1991); vgl. dazu den Überblick bei *Solanke*, Stigma, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 115, 118 ff; *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 61 ff; aus rechtsdogmatischer Sicht unternahm *Shoben*, 55 N.Y.U. L. Rev. 793 (1980) erstmals eine ausführliche Analyse.

335 *Caldwell*, Duke L.J. 365, 371-372 (1991).

336 *Crenshaw*, 43 Stan. L. Rev. 1241, 1244 (1991).

Überschneidung zweier Diskriminierungsmerkmale und das daraus resultierende Gefährdungspotential zu thematisieren.³³⁷

Genau diese Besonderheit, im Schnittpunkt mehrerer Gruppenbildungen zu liegen, ist charakteristisch für das deutsche Paradebeispiel intersektioneller Diskriminierung: das „islamische“ Kopftuch.³³⁸ Die Kündigung der Verkäuferin wegen ihres Kopftuchs³³⁹ oder das „strikte Verbot von Kopftüchern bei islamischen Frauen und Mädchen“ in einer Arztpraxis³⁴⁰ diskriminiert die Person gerade in ihrer Identität als Muslima.³⁴¹ Das übersieht, wer die Ungleichbehandlung nur an die Religion anknüpft.³⁴² Damit reduziert man das Gleichbehandlungsunrecht auf eine „single source of identity“³⁴³. Man unterstellt, dass alle Angehörigen dieser Religion ihrerseits eine homogene Gruppe bilden und verliert dabei die Tatsache aus dem Blick, dass die Regelung gerade muslimische Frauen als Teilgruppe besonders trifft.³⁴⁴ Das ist mehr als lediglich die Summe der Merkmale Religion, Geschlecht und, uU, ethnische Herkunft. Ein Nichtdiskriminierungsrecht, das Diskriminierungshierarchien kennt, berücksichtigt diesen Zusammenhang,³⁴⁵ der rechtsdogmatisch auf der Ebene der Diskriminierungsmerkmale und -definitionen anzusiedeln ist. Die Erfahrungen aus der britischen³⁴⁶ und U.S.-amerikanischen³⁴⁷ Praxis zeigen, dass Gerichte dazu tendieren, die komplexe Situation aufzulösen, indem sie die jeweils betroffenen Diskriminierungsmerkmale isoliert behandeln und dadurch die Betroffenen zwingen, „[to] disaggregate and choose among the elements of their identities“.³⁴⁸ Das wird dem selbstgesetzten Anspruch des Nichtdiskriminierungsrechts, das „So-Sein“ der Person zu schützen, nicht gerecht. Die isolierte Behandlung führt daneben zu möglichen Fehlerquel-

337 *Lam v. University of Hawai'i*, 40 F.3rd 1551, 1551 (9th Cir. 1994) mit Verweis auf *Crenshaw*, Univ. Chi. Leg. Forum 1989, 139 (1989) und *Winston*, 79 Cal. L. Rev. 775 (1991); *Jefferies v. Harris County Cmty. Action Ass'n*, 615 F.2d 1025, 1032 (5th Cir. 1980); ablehnend dagegen *Bahl v. The Law Society*, [2004] EWCA Civ 1070 (C.A.); dazu kritisch *Solanke*, 72 Modern L. Rev. 723, 745 f (2009).

338 Siehe dazu statt vieler *Schiek* in: Schiek, AGG, § 4 Rn. 10 ff und die Analyse aus intersektioneller Perspektive bei *Holzleithner*, Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 305, 311 ff und *Chege*, Multi-dimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 270 ff.

339 BAG NJW 2003, 1685.

340 So ein Aushang in einer hessischen Arztpraxis, siehe FAZ v. 3.9.2010, zugreifbar unter <http://www.faz.net/-01hbzt> [Stand: 30.12.2012].

341 Siehe *Holzleithner*, Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 305, 313.

342 So BAG NZA-RR 2010, 383 Rn. 27; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 16; in der Tendenz anders aber in Rn. 15.

343 *Fredman*, Positive Rights and positive duties, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 72, 74.

344 Vgl. dazu allgemein *Hannett*, 23 Oxford J. Legal Studies 65, 69 (2003).

345 Zur praktischen Relevanz der intersektionellen Diskriminierung näher *Naguib*, SJZ 2010, 237 ff (zum schweizerischen Recht, in dem die Hierarchisierung deutlicher ausgeprägt ist als im AGG).

346 *Hannett*, 23 Oxford J. Legal Studies 65, 71-76 (2003).

347 *Abrams*, 92 Mich. L. Rev. 2479, 2492-2517 (1994).

348 *Abrams*, 92 Mich. L. Rev. 2479, 2481 (1994).

len bei der Ermittlung des richtigen Vergleichsmaßstabes und dann zu erheblichen Hürden der Betroffenen, den darlegungs- und beweisrechtlichen Anforderungen an eine Diskriminierung (§ 22 AGG) zu genügen.³⁴⁹ Wird die intersektionelle Diskriminierung nicht als solche erkannt, besteht die Gefahr, dass man die jeweiligen Diskriminierungsmerkmale isoliert prüft und einen jeweils anderen Vergleichsmaßstab heranzieht: Beim Merkmal Religion stellt man auf eine Nicht-Muslima, beispielsweise eine Christin ab, beim Merkmal Geschlecht auf einen Mann und beim Merkmal ethnischer Herkunft ist eine Deutsche (hypothetische) Vergleichsperson. Bei intersektionellen Diskriminierungen wird dieser Zusammenhang jeweils vom relevanten sozialen Kontext erst hergestellt. Aus dieser Situationsgebundenheit bestimmt sich auch, wer als richtige Vergleichsperson in Betracht kommt. Behauptet etwa eine Arbeitnehmerin, als schwarze asiatische Frau ungleich behandelt zu werden,³⁵⁰ muss man sie bezüglich des Merkmals „Rasse und ethnische Herkunft“ *und* (!) bezüglich des Merkmals „Geschlecht“ jeweils mit den Mitgliedern der jeweiligen Hauptgruppe vergleichen. Damit überwindet man die Nachteile der isolierten Prüfung entweder mit weißen Personen oder mit Männern. Nur dieser komplexe Vergleichsmaßstab wird der spezifischen Gefährdungssituation solcher Personen gerecht. Man sorgt dafür, dass sie nicht durch das Prüfungsrastrer fallen.

Der intersektionelle Aspekt ist auch auf Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen. Prüft man beispielsweise nur die Religion, übersieht man leicht, dass Maßnahmen, die an das Kopftuch anknüpfen, unmittelbar oder – je nach Ausgestaltung der Bekleidungs Vorschriften – mittelbar auch das Geschlecht der Kopftuchträgerin betreffen.³⁵¹ Erkennt man aber, dass diese Maßnahme auch eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts ist, kann man den Eingriff nicht mehr ohne weiteres auf Art. 3 Abs. 2 GG und die antiemanzipatorische Bedeutung des Kopftuchs stützen.³⁵² Soziale Sanktionen, die an das Kopftuch anknüpfen, müssen vielmehr ihrerseits gegenüber dem Einwand verteidigt werden, mit ihnen werde die selbstbestimmte Entscheidung der Muslima als religiöser Frau aus paternalistischen Gründen konterkariert. Die Freiheit zum oder vom Kopftuch und das von Art. 3 Abs. 2 GG getragene Anliegen des Staates, die Autonomie von Frauen, auch von muslimischen, zu fördern, darf nicht über die Diskriminierung einzelner Frauen erfolgen, die mit ihrem Auftreten in der Arbeitswelt gerade diese Autonomie in Anspruch nehmen.³⁵³ Die intersektionelle Dimension

349 Überzeugend daher *Naguib*, SJZ 2010, 233, 239 (zum schweizerischen Recht).

350 Siehe dazu *Bahl v. The Law Society*, [2004] EWCA Civ 1070 (C.A.).

351 Zu den Einzelheiten siehe *Baer/Wrase*, KritV 2006, 401, 402 ff.

352 Zu diesem Argument näher *Britz*, KJ 2003, 95, 98 ff.

353 *Britz*, KJ 2003, 95, 100; *Holzleitner*, Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*, 2008, 305, 318.

und ihre Berücksichtigung im Nichtdiskriminierungsrecht erweitert damit dessen instrumentellen Charakter als Freiheitsschutz zweiter Ordnung.

IV. Der Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote – Ein Fall missglückter „praktischer Konkordanz“

Ausgehend von einer klassisch-liberalen Konzeption der Privatautonomie¹, greifen Diskriminierungsverbote erheblich in grundrechtlich geschützte Freiheiten (Vertragsbegründungsfreiheit, Religionsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, das Recht auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens)² des Normadressaten ein. Grundrechtsdogmatisch gesprochen, ist es daher Aufgabe des Gesetzgebers, die Gleichheitsansprüche der Diskriminierungsbetroffenen mit den Freiheitsrechten der Diskriminierenden in „praktische Konkordanz“ zu bringen. Ein Instrument zur Bewältigung dieser Aufgabe ist die Ausgestaltung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote.³ Das bestätigen die Erwägungsgründe der verschiedenen Richtlinien.⁴ Der Unionsgesetzgeber hat sich im Ergebnis für eine sehr heterogene Ausgestaltung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs entschieden. Das AGG hat diesen Ansatz aufgegriffen und weitergeführt.⁵ Damit setzt sich ein Verhaltensmuster fort, das uns bereits aus der Analyse der allgemeinen Gleichbehandlungspflichten bekannt ist. Das Zusammenwirken der unionsrechtlichen Differenzierungen mit den Grenzziehungen des nationalen Rechts hat im Ergebnis zu einer erheblichen Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit bei der Bestimmung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs beigetragen.⁶

Im Folgenden orientiere ich mich am System des AGG und unterscheide zwischen dem beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbot (§ 7 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Nr. 1-4 und § 6 AGG) und dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot (§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 AGG iVm § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG). Die Untersuchung beschränkt sich auf die Abgrenzungsmerkmale, mit denen das Gesetz den Konflikt zwischen Privatautonomie und Gleichbehandlung lösen will. Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs beschränke ich mich daher auf das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. Der sachliche Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbots wirft, wenn man sich auf die

1 Dazu bereits oben § 1 I 2.

2 Vgl. näher zu den Rechtsgrundlagen im Unions- und im deutschen Recht *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 54 ff.

3 So auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 2.

4 Vgl. Erwgr. (4) RL 2000/43/EG, Erwgr. (13) RL 2004/113/EG, Erwgr. (16) und (17) RL-Vorschlag zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008), 426 endg.

5 Vgl. die Begr. des RegE, BT-Drs. 16/1780, S. 40.

6 Siehe die zutreffende Kritik bei *Kamann/Brön*, RdA 2006, 321, 323.