nes materialen Grundsatzes *(G)* eröffnet und ihm zugleich aufgrund eines anderen Grundsatzes *(F)* Grenzen setzt. Dadurch eröffnet es Denkmöglichkeiten für eine andere als die von Handelnden getroffene Entscheidung: Die Rechtfertigung wird im prozeduralen Modell zur „Recht-Fertigung“[208]. Dem hier entwickelten Rechtfertigungsdiskurs geht es also nicht um ein *anderes* Recht, auch nicht um *etwas anderes* als das Recht, sondern es geht ihm um *die andere Möglichkeit im Recht*.[209] Die andere Möglichkeit zur Ungleichbehandlung ist die Gleichbehandlung. Das Modell dient also dazu, Gleichbehandlung auch im Privatrecht als valide Option aufzuzeigen und sie durchzusetzen, sofern es keine ausreichenden Gründe für die Ungleichbehandlung gibt.

## II. Einheitsmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Das Prinzip der personalen Gleichheit basiert auf der Präsumtion der Gleichbehandlung. Meine These lautet, dass alle in §§ *5* und 6 untersuchten Fälle allgemeiner Gleichbehandlungssätze und besonderer Diskriminierungsverbote dasselbe Fundament haben: Sie sind jeweils rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen. Die jeweilige Ungleichbehandlung von Personen ist der kleinste gemeinsame Nenner. Die Unterschiede wirken sich lediglich, dann aber durchaus gravierend, auf der Rechtfertigungsebene aus. Damit gehe ich von einem systematischen Zusammenhang von allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten und speziellen Nichtdiskriminierungsverboten im einfachen Recht aus (Einheitsmodell). Grundlage dafür ist der begründungslogische Zusammenhang von allgemeinem Gleichheitssatz und besonderen Gleichheitsrechten:[1] Diskriminierungsverbote sind regelmäßig Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes und des in ihm verankerten allgemeinen Gleichbehandlungsgebots. Die ausdrückliche Anerkennung eines Diskriminierungsverbots ist das Ergebnis politischer und moralischer Lernprozesse in einer Gesellschaft, die sich eingesteht, dass in der Umwelt des Rechts bestimmte Menschen und Gruppen von Menschen bisher regelmäßig ohne ausreichende sachliche Gründe benachteiligt werden. Besondere Diskriminierungsverbote kommen aber regelmäßig zu spät: Sie kommen, erstens, zeitlich zu spät: „Sie werden nicht dann statuiert, wenn die jeweilige Diskriminierung an ihrem Höhepunkt ist, sondern erst, wenn sie in einer Rechtsordnung weitgehend überwunden ist und mehrheitlich als unzulässig betrachtet wird.“[2] Sie kommen, zweitens, „im Verhältnis zum systemischen Cha-

208 Zum Begriff *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13, 18.

209 Meine „Übersetzung“ von *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13, 18.

1 Dazu *Huster*, EuR 2010, 325, 326 f.

2 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 462.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rakter sozialer Diskriminierungen zu spät“[3]: Gegenüber der sozialen Praxis des Diskriminierens hinkt der gezielte rechtliche Schutz vor Diskriminierung strukturell hinterher.[4] Dem systemischen Problem ist auch ein Nichtdiskriminierungsrecht außerhalb des Spezialgesetzes ausgesetzt, jedenfalls solange es mit besonderen Diskriminierungsmerkmalen operiert, mögen sie hier auch verfassungsrechtlicher Provenienz sein. Für das zeitliche Problem bietet sich dagegen ein allgemeines Nichtdiskriminierungsrecht auf der Grundlage des allgemeinen Gleichbehandlungsanspruchs als Lösung an.

### *1. Verfassungs- und unionsrechtliche Vorbilder*

Die Vorbilder für das Einheitsmodell sind die verfassungsrechtlichen[5] und unionsrechtlichen Ausprägungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Diskriminierungsverbote. Dass es einen rechtstheoretischen Zusammenhang beider Faktoren gibt, der zu einem einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatz führt, belegt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 1 GG.[6] Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG stehen danach nicht beziehungslos nebeneinander. Die Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG konkretisieren vielmehr den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.[7] Art. 3 Abs. 1 GG ermöglicht dem Gesetzgeber im Ausgangspunkt erhebliche Differenzierungsmöglichkeiten, weil Ungleichbehandlungen bereits mit einem sachlichen Grund gerechtfertigt werden können („Willkürverbot“). Die speziellen Diskriminierungsverbote ziehen dieser Gestaltungsmöglichkeit Grenzen und erhöhen die Kontrolldichte. Die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale dürfen grundsätzlich nicht Anknüpfungspunkt einer rechtlichen Ungleichbehandlung sein.[8] Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz wird daher verletzt, wenn Rechtspositionen Dritter von einer nach Art. 3 Abs. 3 GG unzulässigen Differenzierung abhängen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Aufenthaltserlaubnis des Kindes lediglich an den aufenthaltsrechtlichen Status der Mutter angeknüpft wird, während die Aufenthaltsberechtigung des Vaters für irrelevant erklärt wird.[9] Diskriminierungsverbote stellen also positiv fest, an welche Gründe eine Differenzierung nicht anknüpfen darf.[10] Sie sind daher der intensivste Rechtfertigungsmaßstab, der an eine Ungleichbehandlung anzulegen ist. Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG markieren die beiden

3 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 5.
4 Dazu näher *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 27 ff.
5 Dazu bereits oben § 1 I.
6 Zur Entwicklung statt aller *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1529 ff.
7 *Dürig* in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 1; *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 366.
8 BVerfGE 114, 357, 364.
9 BVerfGE 114, 357, 366.
10 Dazu oben § 6 I 1.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Pole eines einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verfassungsrecht: Einerseits genügt jeder sachliche Grund und andererseits bestehen grundsätzliche Anknüpfungsverbote.[11] Dazwischen liegt ein Rechtfertigungskontinuum: „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Normgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen."[12] Seine klassische Beschreibung findet sich in der Entscheidung *Transsexualität III*:

> *„Da der Grundsatz, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung. Diese Bindung ist um so enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, daß eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Die engere Bindung ist jedoch nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschränkt. Sie gilt vielmehr auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Bei lediglich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird. Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann."*[13]

Nicht alle darin enthaltenen Aussagen sind vollständig geglückt.[14] Beispielsweise ist die Differenzierung von personen- und sachverhaltsbezogenen Ungleichbehandlungen schon deshalb problematisch, weil sich keine klare Grenze ziehen lässt.[15] Jede Unterscheidung nach Sachverhalten ist immer auch eine Unterscheidung zwischen den Personen, die diese Sachverhalte verwirklichen.[16] Schwierig ist auch die These, dass die Kontrolldichte davon abhängt, ob und inwieweit der

11 Besonders deutlich *Kischel* in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 42, 193. Vgl. zum Prüfungsaufbau statt vieler *Jarass*, NJW 1997, 2546 ff; *Kokott*, FS BVerfG, 2001, 127 ff.

12 Grundlegend BVerfGE 88, 87, 96; zuletzt etwa BVerfGE 124, 199, 219 und BVerfGE 126, 400, 416 (jeweils zur Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnerschaften im Vergleich zur Ehe).

13 BVerfGE 88, 87, 96 (Nachweise weggelassen).

14 Das Bundesverfassungsgericht hat diese „Neue Formel" in jüngerer Zeit daher leicht modifiziert, siehe dazu zuletzt BVerfGE 130, 240, 254: „Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. […] Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich allerdings aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern." (Belegstellen weggelassen).

15 Siehe *Sachs*, JuS 1997, 124, 127 f; *Bryde/Kleindiek*, Jura 1999, 36, 39 f; *Osterloh* in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 27; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 96.

16 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 498.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Betroffene sich anpassen kann. Daraus resultiert letztlich ein „assimilationist bias" des Gleichbehandlungsrechts mit einem zutiefst freiheitswidrigen Zwang zur Anpassung an von der Mehrheit geteilten Überzeugungen.[17] „Den Menschen wird aufgebürdet ein gewisses Sosein anzunehmen, damit sie einen Nachteil vermeiden können".[18] Damit es nicht zu dieser „Überdeterminierung"[19] kommt, darf allenfalls nach Eigenschaften unterschieden werden, denen man mit *zumutbaren* Mitteln ausweichen kann.[20] Dieser Aspekt schlägt sich in der vom Bundesverfassungsgericht überzeugend hervorgehobenen Verbindung von Gleichheits- und Freiheitsrechten nieder.[21] Daraus erklärt sich der besondere diskriminierungsrechtliche Schutz von Religion und Weltanschauung[22] sowie der sexuellen Orientierung[23]. Eine Anpassung an die mehrheitlich geteilten Überzeugungen ist den Betroffenen in diesen Fällen freiheitsrechtlich unzumutbar, weil es sich dabei um zentrale Eigenschaften einer selbstbestimmten personalen Identität handelt.[24] Indem das Recht dem Adressaten verbietet, „einen Menschen allein aufgrund dieser, sein „So-Sein" bestimmenden Eigenschaften anders zu *behandeln,* verschafft [es] ihm letztlich ein Recht darauf, anders zu *sein*" und sichert ihm damit „ein Stück *Freiheit* zu".[25] Daher rekonstruiert *Somek* den Gleichbehandlungsgrundsatz insoweit überzeugend als Freiheitsrecht zweiter Ordnung: Es sichert die Freiheit vor Anpassungszwängen.[26] Deshalb „verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind".[27] Zu berücksichtigen ist auch, dass jede Unterscheidung, unabhängig davon, nach welchem Kriterium sie getroffen werden mag, zwangsläufig einen personalen Bezug hat.[28] Er ist nur unterschiedlich stark ausgeprägt. Auch darauf nimmt die Rechtferti-

17 Dazu vertiefend *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 500 (1998) und *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 379 ff; zustimmend *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 96.

18 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 383.

19 Der Begriff stammt von *Somek*, Equality as Reasonableness, in: Sajó, Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights, 2006, 382 ff.

20 Vgl. dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 528 ff; deutlich strenger dagegen *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 448 ff, der jeden gleichheitswidrigen Ausschluss vom Genuss einer sehr breiten Palette an „konditionalen Gütern" als Diskriminierung auffassen will; dagegen *Huster*, Der Staat 42 (2003), 145, 147 f.

21 Zuletzt etwa BVerfGE 126, 400, 417 f.

22 Zum gleichheits- und (!) freiheitsrechtlichen Gebot weltanschaulicher Neutralität siehe BVerfGE 93, 1, 16 – *Kruzifix*; BVerfGE 105, 279, 294 – *Osho*; weiterführend dazu *Huster*, Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen, 2004.

23 Zum gleichheitsrechtlichen Schutz der sexuellen Orientierung aufgrund von Art. 3 Abs. 1 siehe BVerfGE 124, 199 – *Hinterbliebenenversorgung Lebenspartnerschaft* und BVerfGE 126, 400 – *Erbschaftsteuer bei Lebenspartnerschaft* und BVerfG DStR 2013, 1228 – *Ehegattensplitting bei Lebenspartnerschaft*.

24 Siehe oben § 6 I 2 und III 4 b).

25 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 461 (Nachweise weggelassen).

26 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 384 ff.

27 Zuletzt BVerfGE 130, 240, 254.

28 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 498.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – CC BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gungsprüfung mittlerweile Rücksicht. Danach ist der „Gleichheitssatz […] umso strikter, je mehr eine Regelung den Einzelnen als Person betrifft".[29] Das gilt insbesondere dann, wenn sich die Differenzierungsmerkmale auf Minderheiten beziehen: „Die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen sind umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt."[30] Es kommt dabei jedoch nicht ausschließlich auf die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale an. Daher ist die Fragestellung, ob die Aufzählung in Art. 3 Abs. 3 GG erschöpfend ist, schief.[31] Beispielsweise ist die Staatsangehörigkeit kein generell unzulässiges Differenzierungsmerkmal iSv Art. 3 Abs. 3 GG. Das „bedeutet nicht umgekehrt, dass eine grundlose Ungleichbehandlung von Ausländern und Deutschen vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand haben könnte".[32] Mit der Staatsangehörigkeit knüpft die Regelung nämlich an ein Merkmal an, „das den antragstellenden Personen kaum verfügbar ist".[33] Ähnliches gilt für die sexuelle Orientierung.[34] Dennoch gewährleistet Art. 3 Abs. 1 (!) GG nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen äquivalenten Schutz vor Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Orientierung.[35] Die in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltenen Diskriminierungsverbote sind in letzter Konsequenz also nicht abschließend,[36] sondern nur ausdrückliche Beispiele einer besonders intensiven personalen Schutzwürdigkeit bei Differenzierungen. Im Ergebnis gibt es also einen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz mit einer gleitenden Kontrolldichte der Rechtfertigungsprüfung, die vom Gebot der Sachgerechtigkeit bis hin zum strengen Verhältnismäßigkeitsprinzip verläuft.

Diese These findet eine entscheidende dogmatische Parallele im Unionsrecht.[37] Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht versteht den Grundsatz der Gleichbehandlung als das Verbot jeder unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie anderer unerwünschter Verhaltensweisen, deren Diskriminierungscharakter fingiert wird[38]. Damit scheint es, als ob das Sekundärrecht den Grundsatz der Gleichbehandlung in der Sache auf ein –Diskrimi-

29 BVerfGE 96, 1, 6.
30 BVerfGE 124, 199, 220.
31 Zutreffend *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 368.
32 BVerfGE 130, 240, 254.
33 BVerfGE 130, 240, 255.
34 Vgl. dazu aus rechtspolitischer Sicht *Hohmann-Dennhardt*, KJ, Beiheft 1, 2009, 125, 130 ff.
35 Grundlegend BVerfGE 124, 199, 220 – *Hinterbliebenenversorgung Lebenspartnerschaft*; BVerfGE 126, 400, 417 ff – *Erbschaftsteuer bei Lebenspartnerschaft*; BVerfG DStR 2013, 1228 Rn 73 ff – *Ehegattensplitting bei Lebenspartnerschaft*.
36 *Bryde/Kleindiek*, Jura 1999, 36, 43.
37 Grundlegend zum Einheitsmodell im Unionsrecht *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 ff; zur Notwendigkeit einer einheitlichen Entwicklung der Gleichbehandlungsdogmatik im Unionsrecht vertiefend *Damm*, Menschenwürde, 2006, 320 ff; *Mahlmann* in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, 15 ff.
38 Vgl. jeweils Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG und RL 2006/54/EG; siehe auch Art. 4 RL 2004/113/EG.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nierungsverbot beschränkt.[39] Das täuscht. Wird vom „allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz", vom „Grundsatz der Nichtdiskriminierung" oder vom „Diskriminierungsverbot" gesprochen[40], ist damit regelmäßig dasselbe gemeint.[41] Diskriminierungsverbote werden als „specific prohibition of a particular type of discrimination"[42] vom „the general principle of equal treatment, or of non-discrimination"[43] unterschieden. Das entspricht der Konzeption des Europäischen Gerichtshofs.[44] Danach sind die Diskriminierungsverbote des Primärrechts und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts (Art. 157 AEUV und die einschlägigen Richtlinien) „nur der spezifische Ausdruck des zu den tragenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählenden allgemeinen Gleichheitssatzes, wonach gleiche Sachverhalte nicht ungleich behandelt werden dürfen, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist sachlich gerechtfertigt."[45] Konsequent zu Ende gedacht enthält der allgemeine unionsrechtliche Gleichheitsgrundsatz *potenziell* ein Verbot von Diskriminierungen aus jeder Art von Gründen, die als inakzeptabel gelten könnten.[46] Das ist der gleichheitsrechtliche Kern der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Mangold*.[47] Das Verbot der Altersdiskriminierung ist nichts anderes als eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes.[48] GA *Sharpston* hat den Zusammenhang plastisch zusammengefasst:

> *„Kurz gesagt sind die Antworten auf die Fragen „Wen schützt der Gleichbehandlungsgrundsatz?" und „Welche Aspekte des wirtschaftlichen, sozialen, politischen, bürgerlichen und privaten Lebens werden von diesem Grundsatz erfasst?" nicht unveränderlich. Sie*

39 Vgl. dazu statt vieler *Riesenhuber*, Verbot der Diskriminierung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 186-187.

40 Exemplarisch etwa bei GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 90-91.

41 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 29; *Odendahl* in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 43 Rn. 1.

42 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 92. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75 („principle of non-discrimination on grounds of age").

43 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 90.

44 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.10.1977, Rs. 117/76 – *Ruckdeschel v. Hauptzollamt St. Annen* = Slg. 1977, 1753 Rn. 7 (zu Art. 40 Abs. 3 EWGV [jetzt Art. 40 Abs. 2 S. 3 AUEV]); in der Sache auch EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 12 (zu Art. 119 EWGV [jetzt Art. 157 AEUV]); siehe dazu auch *von Roetteken*, AGG, § 1 AGG Rn. 38 f.

45 EuGH, Urt. v. 19.10.1977, Rs. 117/76 – *Ruckdeschel v. Hauptzollamt St. Annen* = Slg. 1977, 1753 Rn. 7; EuGH, Urt. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961 Rn. 28; EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-320/00 – *Lawrence ua v. Regent Office Care Ltd ua* = Slg. 2002, I-7325 Rn. 12; EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 56; EuGH, Urt v. 3.10.2006, Rs. C-17/05 – *Cadman v. Health & Safety Executive* = Slg. 2006, I-9583 Rn. 28; zuletzt EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 28.

46 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 93.

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

48 GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 42 ff; *Huster*, EuR 2010, 325, 334 ff.

Open Access – CC BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

*entwickeln sich mit der Gesellschaft. Infolgedessen spiegelt auch das Recht diesen Wandel wider, beginnend mit der ausdrücklichen Feststellung, dass bestimmte Formen diskriminierender Behandlung, die bislang nicht wahrgenommen oder (falls doch) toleriert wurden, nicht länger toleriert werden. Derartige Änderungen im Recht sind eine Ausdehnung – ein neuer und weiter gehender Ausdruck – des allgemeinen Gleichheitssatzes.“*[49]

## 2. *Übertragbarkeit auf das Privatrecht*

### a) *Eine Parallele zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*

Nach meiner Auffassung lässt sich diese *Struktur* auf das *Privatrecht* übertragen. Nach meiner Auffassung kann man die verschiedenen Ausprägungen allgemeiner Gleichbehandlungspflichten und das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht als einheitliches Prinzip mit unterschiedlich intensiven Rechtfertigungsanforderungen konzipieren. In jüngerer Zeit wurde dieselbe Problematik im Zivilrecht für das Verhältnismäßigkeitsprinzip intensiv diskutiert.[50] Im Wesentlichen gibt es dafür drei Konstruktionsmöglichkeiten: (1.) *„Das“* Verhältnismäßigkeitsprinzip sei eine „Transformation“[51] öffentlich-rechtlicher Dogmatik in das Zivilrecht und führe zu einer systemwidrigen Beschränkung der Privatautonomie.[52] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz müsse um Wertungen ergänzt werden, die gerade der privatautonomen Entscheidungshoheit der Parteien unterlägen.[53] Daraus resultierten erhebliche Konflikte, vor allem bei der Kontrolle von Auswahlentscheidung des Normadressaten.[54] (2.) Es sei zwischen einem „verfassungsrechtlichen“ und einem „privatrechtlichen“ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu trennen.[55] Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehöre zu den traditionellen Instrumentarien des Privatrechts.[56] „Das Privatrecht ist damit nicht auf den „Import“ des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus dem öffentlichen Recht angewiesen, sondern besitzt spezifische Konfliktlösungsmechanismen, die ihrerseits Ausprägungen der Verhältnismäßigkeitsidee sind.“[57] (3.) Es gibt nur einen verfassungsrechtlichen

49 GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 46.

50 *H. Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 2 ff; *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 15 ff; *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 287 ff; zuvor bereits *Medicus*, AcP 192 (1992), 35 ff; *Preis*, FS Dieterich, 1999, 429 ff.

51 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 12 (und öfter).

52 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 27 ff.

53 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 56.

54 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 64 ff; in der Sache ähnlich *Maultzsch*, JZ 2012, 1040, 1045 f: „Denn in diesen Fällen von Grundrechtskollisionen steht weniger die Verwirklichung staatlicher Zwecke im Zentrum, als vielmehr die Frage, welcher rechtlich garantierte Raum dem einen Bürger gegenüber dem anderen Bürger zukommt.“

55 *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 316.

56 *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 289.

57 *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 290.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auch die Ausübung „privatheteronomer Gestaltungsmacht“[58] erfasst.

Die Frage nach der Struktur „des“ Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht lässt sich mit diesem Muster verfeinern: (a) Steht die Gleichbehandlung im Privatrecht auf einem verfassungsrechtlichen Fundament? Ist der Gleichbehandlungsgrundsatz daher letztlich „Verfassungsprivatrecht“? (b) Oder gibt es einen eigenständigen privatrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung, der von dem verfassungsrechtlichen Grundsatz zu trennen ist? (c) Ist der Gleichbehandlungsgrundsatz und das in ihm enthaltene Diskriminierungsverbot eine privatrechtliche Transformation öffentlich-rechtlicher Denkmuster und damit „Zivilrecht gewordener Art. 3 GG“[59]? Diese Fragestellung berührt zwei unterschiedliche Aspekte, die ich deutlich trennen möchte:[60] Es geht einerseits um ein theoretisches Modell des Gleichbehandlungsgrundsatzes und andererseits um die Frage seiner normativen Wirkung und dogmatischen Verortung. Ich möchte also zwischen der Struktur und dem Geltungsgrund differenzieren. Hier konzentriere ich mich auf die Struktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Auf die Frage des Geltungsgrundes werde ich erst § 8 IV eingehen. Wenn man das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht dogmatisch als Ausprägung des (einheitlichen) allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes rekonstruieren möchte – was im Unionsrecht unumgänglich ist[61] – muss eine entsprechende Struktur *„des“* Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht möglich sein. Diese ist hier als theoretische Option vorzustellen. Nur wenn die Interpretation des geltenden Rechts, insbesondere des Unionsrechts und des nationalen Verfassungsrechts, die tatsächliche Existenz eines einheitlichen Rechtsprinzips zur Gleichbehandlung Privater belegen kann, wird aus dem theoretisch möglichen auch ein dogmatisch überzeugendes Modell.

### *b) Kein kategorischer Unterschied zwischen Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten*

#### (1) Zwei unterschiedliche Phänomene?

Ein Vorläufer der hier skizzierten Konzeption des Einheitsmodells des Gleichbehandlungsgrundsatzes wurde von *Lorenz Fastrich* als „verführerisch“ aber „nicht sachgerecht“ bezeichnet.[62] Er schlug stattdessen vor, zwischen dem allge-

58 Zum Begriff *H. Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 9, 21 f.
59 *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 21.
60 Ähnlich auch *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 357 zur Debatte beim Verhältnismäßigkeitsprinzip.
61 Grundlegend dazu *Mahlmann* in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 15 ff, näher unten § 8 IV 3.
62 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

meinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einerseits und den Diskriminierungsverboten andererseits zu unterscheiden:

> *„Inhalt der hier vertretenen These ist daher, dass es im Arbeitsrecht kein generelles Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverbot gibt, sondern dass einerseits der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz mit seinen spezifischen Grenzen existiert und andererseits verschiedene Gleichstellungspflichten, die sich vom arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unterscheiden. Was heute vielfach undifferenziert unter dem Schlagwort des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder des Diskriminierungsverbots behandelt wird, betrifft in Wahrheit unterschiedliche Phänomene, die dogmatisch in zwei verschiedene Kategorien gehören: Es handelt sich teils um Fälle des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, teils um Fälle einer diesen übersteigenden Gleichstellungspflicht.“*[63]

Zur Terminologie: Bei *Fastrich* ist das „Benachteiligungsverbot“ der Oberbegriff, der in die Gruppe der Gleichbehandlungsgebote und die Gruppe der Gleichstellungsgebote aufzuteilen sei.[64] Die begriffliche Zusammenfassung von Diskriminierungsverboten und positiven Maßnahmen als „Gleichstellungsgebote“ war damals unglücklich gewählt und hat sich auch nicht durchgesetzt.[65] Auch der Vorschlag, „Gleichstellung“ für „ein über die Gleichbehandlung hinausgehendes Ziel der Frauenförderung oder der Förderung anderer Personengruppen“ aufzufassen,[66] ist nicht überzeugend. Die damit angesprochene materiale Dimension ist bereits Bestandteil des Gleichbehandlungsgrundsatzes selbst[67] und daher auch terminologisch davon umfasst[68]. Die Verwendung des Benachteiligungsverbots als Oberbegriff für die Ungleichbehandlung ist mittlerweile ausgeschlossen. Der Begriff ist von § 7 AGG besetzt und wird dort auf das Diskriminierungsverbot beschränkt. Man muss also in der Diskussion von *Fastrichs* Thesen seine Begrifflichkeit permanent übersetzen: Benachteiligungsverbote werden zur (rechtfertigungsfähigen) Ungleichbehandlung und Gleichstellungsgebote im Wesentlichen zu Diskriminierungsverboten. Entscheidend ist *Fastrichs* Differenzierung zwischen Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten.[69] Erstere verlangten, dass Gleiches gleich und Ungleiches seiner Ungleichheit entsprechend zu behandeln sei. Der sachliche Grund orientiere sich dabei an der Zwecksetzung der Leistung. Diskriminierungsverbote gingen darüber hinaus, weil sie dem Arbeitgeber verbieten, an ein bestimmtes Merkmal anzuknüpfen, das an sich, von der Zwecksetzung der Leistung her gesehen, sachlicher Differenzierungsgrund wäre, wenn es das spezielle Benachteiligungsverbot nicht gäbe. „In diesem Fall

63 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 66.
64 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 67.
65 Dazu mit Recht kritisch *Kocher*, RdA 2002, 168 f; zur heute üblichen Terminologie siehe *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 434 ff.
66 *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 6.
67 Siehe oben § 6 IV 3.
68 Näher *Sacksofsky*, ZESAR 2004, 208.
69 Ansatzweise übernommen von *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783845263526-782, am 13.01.2022, 01:18:28
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

liegt kein Anwendungsfall des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, sondern geradezu seine Durchbrechung."[70] Der Arbeitgeber, so ergänzt *Preis*, habe „Ungleiches auf Grund einer gesetzlichen Zielsetzung (fiktiv) gleich zu behandeln".[71] Die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung orientiere sich an der vom Arbeitgeber gesetzten Norm. Diskriminierungsverbote korrigierten diese autonom gesetzte Norm im Interesse eines für den Arbeitgeber externen Ziels.[72] Gleichbehandlung nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sei ein allgemeines Prinzip oder jedenfalls ein allgemeiner Grundsatz, der keiner besonderen gesetzlichen Anordnung bedürfe. Diskriminierungsverbote seien dagegen kein allgemeines Prinzip und bedürften als Ausnahme von der Regel einer gesetzlichen Anordnung.[73] Zusammengefasst verpflichte der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz den Arbeitgeber zur Gleichbehandlung des Gleichen, während die Diskriminierungsverbote eine Inpflichtnahme des Arbeitgebers zur Herstellung sozial gerechter Verhältnisse seien.[74] Dem schließt sich jetzt *Friedemann Kainer* an, indem er den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausdruck ausgleichender Gerechtigkeit konzipiert, während die Diskriminierungsverbote des AGG distributiven Zielen dienten.[75] Diskriminierungsverbote sind danach *per definitionem* Ausnahmen[76] und auch deshalb ein Fremdkörper im System des Privatrechts.[77]

*Fastrichs* Kritik an dem Einheitsmodell stützt sich also im Wesentlichen auf rechtsdogmatische und privatrechtstheoretische Erwägungen. Die rechtsdogmatische Kritik greift die unterschiedlichen Anwendungsbereiche beider Erscheinungsformen auf. Eine wichtige Rolle spielt dabei die Beschränkung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bezüglich der Kontrolle der Vertragsinhaltsfreiheit.[78] Diese inhaltliche Beschränkung ist allerdings methodisch nicht zwingend als Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auszugestalten. Es ist auch möglich, die Vergütungsfreiheit zu sichern, indem sie in den Gleichbehandlungsgrundsatz integriert und bei der Ungleichbehandlung bzw. im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung geprüft wird.[79] Das Ziel kann damit auch innerhalb eines einheitlichen Grundsatzes erreicht werden. Insoweit lässt sich der dogmatische Einwand also entkräften. Sowohl rechtsdogmatischer als auch privatrechtstheoretischer Natur ist dagegen der Hinweis auf den unter-

70 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 67.
71 *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 435.
72 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 67 f.
73 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68 f, 74. Zustimmend *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 13; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 437.
74 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 69, 70 73 f.
75 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b), § 4 III 4 und § 6 I 3.
76 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 74.
77 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b) und § 6 I 3.
78 Siehe *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68.
79 Dazu eingehend oben § 5 I 4 a) (3).

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schiedlichen Gebotsinhalt beider Gleichbehandlungskategorien. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz binde den Arbeitgeber an die von ihm selbst gesetzte Norm, indem seine Differenzierung vom Zweck der Maßnahme aus gesehen sachlich gerechtfertigt sein müsse.[80] Damit setzt sich *Fastrich freilich* den bekannten Einwänden gegen die Theorie der Verteilungsmacht und der Normaufstellung aus.[81] Wie bereits oben dargelegt, kann auch der von *Kainer* vorgestellte Erklärungsansatz in dogmatischer Hinsicht nicht überzeugen.[82]

(2) Ein Fall ausgleichender Gerechtigkeit?

Der eigentliche Beweggrund für ihre methodische Festlegung ist die von *Fastrich* und *Kainer* für zentral erachtete selbstbestimmte Zwecksetzungsfreiheit und der Schutz des Arbeitgebers vor der parlamentarisch nicht verantworteten Inpflichtnahme für soziale Zwecksetzungen.[83] Das ist ein Grundproblem bei der Anwendung verfassungsrechtlicher Strukturmodelle im Privatrecht. Das belegt die Debatte über Umfang und Reichweite des „privatrechtlichen" Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Zum Schutz der Zwecksetzungsbefugnis privater Akteure geht man letztlich übereinstimmend davon aus, dass im Zivilrecht auf eine Erforderlichkeitsprüfung verzichtet werden muss.[84] Weil die Erforderlichkeit „die Handlungsalternativen regelmäßig auf eine einzige reduziert, würde privatrechtliches Handeln, das gerade auf der freien Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Handlung basiert, über die Maßen reguliert – ein mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unvereinbarer Ansatz."[85] Es geht also um den Schutz der Privatautonomie. Deren Einschränkungen seien hier wie dort unproblematisch nur mit dem Gedanken vertraglicher Austauschgerechtigkeit (iustitia commutativa) zu rechtfertigen.[86] Damit wird das Problem nur auf eine andere Ebene verschoben. Die Abgrenzung zwischen der austeilenden und der ausgleichenden Gerechtigkeit[87] fällt nämlich nicht mit der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht zusammen.[88] Sie ist „schwierig", weil „beide Gerechtigkeitsformen nicht selten miteinander verbunden" sind.[89] Diese Debatte könnte

80 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 71.
81 Dazu oben § 5 I 3 b).
82 Dazu oben § 5 I 3 c), § IX 2 a) und § 6 II 2 b) (2).
83 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 81.
84 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 289 f; *H. Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 119 ff; *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 40 ff; *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 320 ff.
85 *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 320.
86 Vgl. *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 362 ff (zum Verhältnismäßigkeitsprinzip) und *Fastrich*, RdA 2000, 65, 70 sowie *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b), § 4 III 4 und § 6 I 3 (zum Gleichbehandlungsgrundsatz).
87 Zu den Begriffen und ihrer Herkunft statt vieler *Röhl/Röhl*, Rechtslehre, 2008, 339 ff.
88 So aber griffig *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 2003, 36.
89 *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 14. Vertiefend dazu unten § 8 II 2.

https://elibrary.nomos.de/9783748927716/pdf/9783748927716.pdf - 19.12.2025, 04:18:18
Open Access – CC BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein Glasperlenspiel sein, wenn mit der jeweiligen Einordnung nicht weitreichende privatrechtstheoretische Vorstellungen verbunden wären. Die ausgleichende Gerechtigkeit wird nämlich als die „spezifische Gerechtigkeitsform des Vertragsrechts" postuliert.[90] Ein mit diesem Label gekennzeichneter Gleichbehandlungsgrundsatz wird als privatrechtskonform akzeptiert,[91] während die Instrumentalisierung des Privatrechts zu distributiven Zwecken kritisch beargwöhnt wird.[92] Aus der ausgleichenden Gerechtigkeit folge nämlich, wie *Christoph Schmid* formulierte, „eine eminent wichtige methodologische Grundregel des Privatrechts: Die Vorteile und Lasten der Parteien brauchen zwar nicht immer wertmäßig äquivalent verteilt werden, aber der Interessenausgleich muss doch immer im Parteienverhältnis selbst zustande kommen und darf deshalb prinzipiell auch nur Erwägungen berücksichtigen, die unmittelbar diesem entstammen."[93] Diskriminierungsverbote – wie beispielsweise wegen der Schwangerschaft einer Frau – verlangen „vom Arbeitgeber ein Verhalten […], das in der Regel seinen normalen wirtschaftlichen Interessen nicht entspricht."[94] Die Schwangerschaft bei Vertragsabschluss – gleiches gelte für die Mutterschaft und die damit einhergehenden Schutzvorschriften[95] – sei ein Handicap, das ein rational agierendes Unternehmen bei der Einstellungsentscheidung berücksichtigen wird. Verbietet man ihm das aus sozialpolitischen Gründen, verlangt man vom ihm, Schwangere und nicht Schwangere im Widerspruch zu wirtschaftlichen Erwägungen gleichzustellen, obwohl sie unterschiedliche Kosten verursachten.[96] Das könne, so die Argumentation von *Fastrich* und *Kainer*, nicht mehr mit Erwägungen der Vertragsgerechtigkeit gerechtfertigt werden und sei daher keine Gleichbehandlung, sondern eine Gleichstellung mit dem Ziel der Ergebnisgleichheit.

(3) Die Gleichheitsblindheit ausgleichender Gerechtigkeit

Der von *Fastrich* skizzierte und von *Kainer* ausgebaute Ansatz, den Gleichbehandlungsgrundsatz anhand der Gerechtigkeitsdichotomie von ausgleichender

90 Grundlegend in jüngerer Zeit *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 44 ff.

91 Ein schönes Beispiel dafür ist die Aussage von *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 78: „Dies [die Einordnung als iustitia commutativa] erklärt auch, warum im Gesellschaftsrecht im Unterschied zu anderen Bereichen des Privatrechts, in denen sich Gleichbehandlungsgebote nur mit distributiven Gerechtigkeitserwägungen begründen lassen, seit jeher als mehr oder weniger selbstverständlich erscheint.".

92 Vgl. erneut *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 78 ff und zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 7 II.

93 *Schmid*, Instrumentalisierung des Privatrechts, 2010, 11.

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

95 Siehe *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 79 ff. Für eine differenzierte Position zur Problematik vgl. *Krause*, FS Heide Pfarr, 2010, 392 ff.

96 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 80.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und austeilender Gerechtigkeit zu strukturieren, wirft erhebliche Probleme auf.[97] Ich möchte an dieser Stelle lediglich auf die erstaunliche Gleichheitsblindheit dieser Auffassung hinweisen. Das liegt an der Konzeption der ausgleichenden Gerechtigkeit, die herkömmlich als Gerechtigkeit *ohne* Ansehung der Person verstanden wird.[98] So konstruiert zwingt sie dazu, von der Person der Arbeitnehmerin gänzlich abzusehen und allein ihre Leistung zu berücksichtigen.[99] Damit geht diese Konzeption unreflektiert von Arbeitsverhältnissen aus, „die auf Männer in Subtraktion familiärer Pflichten und in Addition hausfraulicher Unterstützung zugeschnitten sind."[100] Ihr impliziter Gleichbehandlungsmaßstab ist nicht die von den tatsächlichen Ungleichheiten der einzelnen Individuen abstrahierte „Person".[101] Hinter der vermeintlich neutralen Person verbirgt sich der jederzeit leistungsfähige Mann.[102] Die Gerechtigkeit *ohne* Ansehung der Person mutiert aufgrund bestehender sozialer Strukturen in der Umwelt des Rechts zur *Ungerechtigkeit in* Ansehung der Person. Frauen haben ein Handicap, *weil* sie Frauen sind. Das gilt für (fast) alle Frauen, entweder weil sie schwanger sind, oder weil sie schwanger werden könnten. Dann ist es für den Arbeitgeber rational, aufgrund des Geschlechts zu diskriminieren. Stellt er Frauen ein, muss er aufgrund statistischer Zusammenhänge damit rechnen, dass sie als Arbeitnehmer ausfallen und mutterschutzrechtliche „Privilegien"[103] in Anspruch nehmen, die zu höheren Kosten führen. Indem *Fastrich* die Differenzierungsgründe des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Marktpreise, Effektivitäts- und Kostengesichtspunkte reduziert,[104] privilegiert er die ökonomische Rationalität des Wirtschaftssystems. Das bewirkt eine Naturalisierung und Neutralisierung tatsächlicher Ungleichbehandlungen.[105] Die strukturelle Ungleichbehandlung von Frauen wird naturalisiert, weil die Dinge so behandelt werden, als könnten sie im Wirtschaftssystem nicht anders sein. Damit einher geht eine Neutralisierung dieses Prozesses, weil sich alle privaten Akteure an dem diskriminierenden, aber rationalen Verhalten orientieren und offensichtlich auch orientieren sollen. Damit wird die faktische Ungleichbehandlung der Personen, die nicht dem Maßstab „Mann" entsprechen, unsichtbar gemacht. Diese Konzeption ist mit dem geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrecht unvereinbar. Die hier vorgenommene Analyse hat gezeigt, dass seine zentrale Aufgabe darin besteht, das Recht für die

97 Eingehend dazu § 8 II.
98 So die herkömmliche Definition, vgl. nur *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 11.
99 So ausdrücklich *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 79.
100 *Hohmann-Dennhardt*, FS Pfarr, 2010, 243.
101 Zu dieser Figur oben § 2 III 2.
102 Das sichtbar gemacht zu haben ist ein Verdienst feministischer Rechtstheorien, vgl. *Schmidt*, Grundannahmen des Rechts in feministischer Kritik, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 66, 69 ff.
103 So *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 79.
104 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 71.
105 Zum Begriff siehe *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 23 f.

https://doi.org/10.5771/9783845284754-785, am 20.09.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestehenden Unterschiede in den sozialen Kontexten bei der Ausübung (formal) gleicher Freiheiten zu sensibilisieren.[106] Die Kategorisierung von Diskriminierungsmerkmalen macht im ersten Schritt die „Individualität in den Personen" wieder sichtbar,[107] damit im zweiten Schritt die sie treffende faktische Ungleichbehandlung in ökonomisch rationalen Marktprozessen vom Recht registriert werden kann. Diese dem Gesetzgeber nach Art. 3 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich[108] und unionsrechtlich (Art. 14 RL 2006/54/EG) zwingend vorgeschriebene „Intervention" wird in *Fastrichs* System zwangsläufig zur „Gleichstellung trotz unterschiedlicher Voraussetzungen"[109]. Ihr Anliegen sie nicht „die Gewährleistung der Voraussetzungsgleichheit, sondern […] die Korrektur der Anknüpfungstatbestände mit dem Ziel der Ergebnisgleichheit"[110]. Noch deutlicher plädiert *Kainer* lediglich für „begrenzte Elemente distributiver Gerechtigkeit", weil „eine Ausweitung des zivilrechtlichen Anwendungsbereichs des AGG oder der in ihm enthaltenen […] zu einer 'Veröffentlichrechtlichung' des Privatrechts und perspektivisch zu seinem Ende" führe.[111] So konzipiert ist das Nichtdiskriminierungsprinzip ist kein Prinzip des Privatrechts selbst, sondern ein ihm oktroyierter sozialer Zweck.[112]

(4) Sozialschutznorm oder Gleichbehandlungsrecht?

*Fastrichs* Plädoyer für die strikte Trennung von Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung ist also letztlich die dogmatische Umsetzung eines gesellschaftspolitischen Programms: sicherzustellen, dass dem Arbeitgeber nicht am Parlament vorbei Soziallasten auferlegt werden.[113] Dagegen ist demokratietheoretisch nichts einzuwenden. In meinem Modell des Gleichbehandlungsgrundsatzes geht es aber nicht um „soziale Lasten" und „Sozialschutzvorschriften". Es geht, um die ursprüngliche Fragestellung aufzugreifen, nicht um das zweite Freiheitsproblem,[114] sondern um das zweite Gleichheitsproblem.[115] Die Antinomie von Freiheit und Gleichheit muss auch im Privatrecht und dort im jeweiligen Rechtsverhältnis ausgetragen werden, in dem das Gleichheitsproblem entsteht.[116]

106 Dazu oben § 6 VIII 1.
107 Siehe dazu bereits oben § 2 III 2.
108 Dazu BVerfGE 89, 276, 285 ff; BVerfGE 109, 64, 89 ff.
109 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 73.
110 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 80.
111 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 8 aE.
112 Siehe dazu bereits oben § 2 III 2 und § 6 II 2 b (2).
113 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 81.
114 In diese Richtung kann man *Fastrich*, RdA 2000, 65, 74 („Sozialschutz ist, was sich gegen Marktergebnisse wendet.") interpretieren.
115 Siehe oben § 2 III 3.
116 Prononciert dazu *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 8; *Singer*, FS 200 Jahre Humboldt-Universität, 2010, 981, 1010 f.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Man irrt, wenn man das Gleichbehandlungsrecht als *Sozialschutz*recht ansieht. Das ist es nicht. Es ist *Gleichbehandlungs*recht. Die Person wird davor geschützt, ungleich behandelt zu werden. Tritt bei einer Person dagegen eine besondere Schutzbedürftigkeit auf, reagiert das Recht darauf sozialrechtlich. Der entscheidende Unterschied ist die Ungleichbehandlung, die in einem Fall Tatbestandsvoraussetzung ist, während im anderen Fall nur die schutzbedürftige Lage ausschlaggebend ist. Dazu ein Beispiel: Ein ab seinem 60. Lebensjahr rentenbezugsberechtigter Arbeitnehmer wird im Vergleich zu Arbeitnehmern unter 60 Jahren ungleich behandelt, wenn ihm eine Entlassungsabfindung deshalb verweigert wird, weil er rentenbezugsberechtigt ist.[117] Die Abfindung dient nämlich dem Ziel, die Arbeitnehmer zu schützen, deren Übergang in eine andere Beschäftigung aufgrund der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit schwierig ist. Der Abfindungsausschluss von entlassenen Arbeitnehmern, *die auf dem Arbeitsmarkt bleiben wollen*, kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie aufgrund ihres Alters eine Rente als Einkommensersatz in Anspruch nehmen können:[118] „Diese Maßnahme erschwert Arbeitnehmern, die bereits eine Altersrente beziehen können, die weitere Ausübung ihres Rechts, zu arbeiten, weil sie beim Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis – im Gegensatz zu anderen Arbeitnehmern mit gleich langer Betriebszugehörigkeit – keine Entlassungsabfindung erhalten." Darin liegt der Nachteil, vor dem das Gleichbehandlungsrecht schützt. Es sichert nicht das Einkommen, das mit der Arbeit erwirtschaftet wird, sondern die Möglichkeit, seine Arbeitskraft unter *tatsächlich* gleichen Bedingungen am Arbeitsmarkt anzubieten.[119] Dasselbe gilt für einen freiwillig vom Arbeitgeber angebotenen Abfindungsplan, mit dem dieser trotz vereinbarten Kündigungsverzichts Arbeitsplätze abbauen möchte.[120] Nimmt er ältere Arbeitnehmer davon aus, ist das vom Standpunkt des Sozialschutzes aus betrachtet, nachvollziehbar. Das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer genießt weiterhin Bestandsschutz.[121] Gleichbehandlungsrechtlich ist es ein Skandal: Ihnen wird eine Möglichkeit genommen, die jüngere Ar-

117 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343.

118 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 44.

119 Mit diesem Ansatz lässt sich die Entscheidung EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 mit der am selben Tag ergangenen Entscheidung EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenbladt* = Slg. 2010, I-9391 vereinbaren, in der der Gerichtshof die automatische Beendigung von Arbeitsverhältnissen beim Erreichen des 65. Lebensjahres für richtlinienkonform hielt und zugleich darauf hinwies, dass die betroffene Arbeitnehmerin ihre Arbeitskraft am Markt wieder anbieten kann, EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenbladt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 74; siehe dazu auch *Preis*, NZA 2010, 1323 ff. Vgl. jetzt auch EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v.; dazu *Grünberger/Sagan,* EuZA 2013, 324.

120 Dazu BAG NZA 2010, 561.

121 BAG NZA 2010, 561, Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beitnehmer haben – selbstbestimmt und *unter gleichen Bedingungen* zu entscheiden, ob sie ihre Arbeitskraft erneut am Markt anbieten.[122]

Zugleich – und das ist mit besonderem Nachdruck zu betonen – ersetzt das Gleichbehandlungsrecht den Sozialschutz nicht. Wird eine Geschäftsführerin einer GmbH von ihrer organschaftlichen Stellung abberufen, weil sie schwanger ist, liegt darin eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen ihres Geschlechts.[123] Die einseitige Beendigung des Rechtsverhältnisses vor Ablauf der vereinbarten Zeit wegen Schwangerschaft oder aus einem Grund, der wesentlich auf einer Schwangerschaft beruht, kann nur Frauen treffen.[124] Damit das Benachteiligungsverbot greift, muss es der Frau gelingen, darzulegen, dass die Schwangerschaft als Kündigungsgrund überwiegend wahrscheinlich ist und die GmbH muss daran scheitern, das Geschlecht als Kündigungsgrund auszuräumen.[125] Der Gerichtshof irrt daher, wenn er behauptet, mit den unionsrechtlichen Vorschriften über die Gleichheit von Männern und Frauen im Bereich der Rechte von schwangeren Frauen oder Wöchnerinnen werde das Ziel verfolgt, diese vor und nach der Niederkunft zu schützen.[126] Das Gleichbehandlungsregime schützt nur vor der Ungleichbehandlung. Liegt diese nicht vor oder kann sie gerechtfertigt werden, verflüchtigt sich der Schutz „vor und nach der Niederkunft". Den eigentlichen Sozialschutz übernimmt in Deutschland das Kündigungsverbot aus § 9 Abs. 1 MuSchG in Umsetzung von Art. 10 Richtlinie 1992/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz.[127] Danach ist eine Kündigung während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs wegen der Schwangerschaft ausgeschlossen. Will die GmbH trotzdem kündigen, bedarf sie der behördlichen Erlaubnis (§ 9 Abs. 3 MuSchG).[128] Diese Vorschrift schützt gegen die Gefahr, die aus einer möglichen Entlassung für die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen resultieren

122 Zur Kritik eingehend *Grünberger*, EuZA 2011, 171 ff.

123 Siehe EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 74; dazu, dass sich das Verbot auch auf die organschaftliche Stellung bezieht siehe oben § 6 IV 2 a).

124 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 67; zur Vergleichbarkeit siehe oben § 6 V 2 a) (2) und zur Anknüpfung an das Geschlecht § 6 V 2 a) (3).

125 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 73; siehe zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast auch oben § 6 VII 1 d) (1).

126 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 68.

127 ABl. L 348 v. 28.11.1992, S. 1.

128 Das ist unionsrechtskonform, siehe zuletzt die Anforderungen an den Kündigungsschutz EuGH, Urt. v. 11.10.2007, Rs. C-460/06 – *Paquay v. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL* = Slg. 2007, I-8511 Rn. 31; EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 61. Unklar bleibt, ob sich das Beendigungsverbot nur auf das Anstellungsverhältnis bezieht oder auch die Bestellung erfasst. Der EuGH differenziert begrifflich nicht vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 57, 63, 70.

https://doi.org/10.5771/9783845278143-789 - 10.2.2026, 14:14:05
Open Access – (cc) BY-SA - https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann.[129] Das zeigt auch die verfassungsrechtliche Verankerung solcher Schutzvorschriften in Art. 23 Grundrechte-Charta[130] bzw. in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG[131]. Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Schutz nicht gleichheitsrechtlich, sondern sozialrechtlich gewährleistet wird: Er ist unabhängig von einer tatbestandlichen Ungleichbehandlung, besteht aber nur für Arbeitnehmerinnen.[132]

*c) Zusammenfassung*

Das Einheitsmodell ermöglicht es, gemeinsame Grundprobleme aller Gleichbehandlungskonstellationen konsistent zu behandeln. Dazu zählt insbesondere die methodische Verankerung des Konflikts von Gleichbehandlung und Privatautonomie und – damit eng verbunden – der Rechtfertigungsdogmatik von Ungleichbehandlungen[133]. Das nach verfassungs- und unionsrechtlichem Vorbild strukturierte Einheitsmodell erlaubt es zudem, die verschiedenen, immer wieder mit Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung gebrachten Gleichbehandlungsgrundsätze im Arbeitsrecht,[134] Verbandsrecht[135] und im Insolvenzrecht[136] und die sich auf die objektive Dimension des Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG zurückführbaren Diskriminierungsverbote[137] gemeinsam zu behandeln. Darin sehe ich auch ein potentielles Fundament eines „allgemeinen Teils" nicht nur der besonderen Gleichheitssätze[138], sondern des privatrechtlichen Gleichbehandlungsrechts insgesamt. Im Folgenden gehe ich deshalb von einer einheitlichen Struktur des Grundsatzes der Gleichbehandlung aus. Trotz ihrer Einheitlichkeit erlaubt es die hier vorgestellte Struktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes, auf die jeweiligen sozialen Konflikte angemessen zu reagieren und unterschiedliche Ergebnisse zu erzielen.[139] In den beiden folgenden Abschnitten geht es darum, die beiden Strukturelemente

129 EuGH, Urt. v. 11.10.2007, Rs. C-460/06 – *Paquay v. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL* = Slg. 2007, I-8511 Rn. 30; EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 60.

130 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 71.

131 BVerfGE 109, 64, 89 ff – *Mutterschaftsgeld II*.

132 Zu den Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs bei Organmitgliedern EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 38 ff; vertiefend zum Problem Preis/Sagan, ZGR 2013, 26 ff.

133 Zu diesem Aspekt bereits *Mahlmann* in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 17.

134 Oben § 5 I 3 d).

135 Siehe § 5 II 3 b).

136 Oben § 5 V 2 c).

137 Dazu *Uerpmann-Wittzack*, ZaöRV 68 (2008), 359 ff.

138 Darin sah *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 59 noch ein Forschungsprogramm der Zukunft. Mit dem AGG ist diese Aufgabe dringender geworden; § 6 in dieser Arbeit ist insoweit als ein Versuch, diese Anregung umzusetzen.

139 Im Wortlaut angelehnt an die Beschreibung *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 317 (dort zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); ähnlich auch *H. Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 141 („Teil eines zusammenhängenden Kontrollspektrums mit abgestufter Kontrollintensität").

https://doi.org/10.5771/9783845248462-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Prinzip personaler Gleichheit näher zu entfalten.

## III. Ungleichbehandlung

### 1. *Elemente der Ungleichbehandlung iwS*

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verlangt der allgemeine unionsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist.[1] Ähnlich formuliert das Bundesverfassungsgericht zum allgemeinen Gleichheitssatz:[2] Dieser verpflichtet zur Gleichbehandlung des wesentlichen Gleichen und enthält das Gebot, wesentlich Ungleiches auch ungleich zu behandeln.[3] Darin liegt eine Umschreibung beider Faktoren des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das wird in der Formel des Gerichtshofs besser sichtbar, weil er zwischen der (1a) Ungleichbehandlung ieS, der (1b) Vergleichbarkeit und (2) der Rechtfertigung deutlich trennt.[4] Das gilt im Ergebnis auch für die Formel des Bundesverfassungsgerichts. Missverständlich ist der Begriff der „wesentlichen Vergleichbarkeit". Damit werden die zu betrachtenden Vergleichspaare nicht beschränkt. Ihm kommt nur die Funktion zu, die Rechtfertigungsprüfung zu umschreiben.[5] Die Feststellung, es werde wesentlich Gleiches ungleich behandelt, betrifft nicht die Gleichbehandlungspräsumtion, sondern reflektiert bereits das Ergebnis der Rechtfertigungsprüfung.[6] In der jüngsten Entscheidungspraxis kommt dies deutlich zum Ausdruck. Das Gericht verdeutlicht, dass die von ihm verwendete Formel Differenzierungsgründe einschließt, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.[7] An dieser Stelle geht es mir zunächst nur um die unterschiedliche Behandlung (Ungleichbehandlung ieS) und die Vergleichbarkeit, die beide zusammen den Tatbestand der rechtfertigungs-

1 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.10.1977, Rs. 117/76 – *Ruckdeschel v. Hauptzollamt St. Annen* = Slg. 1977, 1753 Rn. 7; in jüngerer Zeit EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-127/07 – *Arcelor Atlantique et Lorraine ua* = Slg. 2008, I-9895 Rn. 23 mwN; EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 28.

2 Auf die Parallelen macht *Damm*, Menschenwürde, 2006, 324 ff aufmerksam.

3 BVerfGE 98, 365, 385; BVerfGE 112, 268, 278; BVerfGE 116, 164, 180.

4 Vgl. zu dieser dreiteiligen Prüfungsstruktur *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 180 mwN; *Kischel* in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 14.

5 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 364 ff; *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 185 ff; *Heun* in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 24; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 7; *Osterloh* in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 82; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 56 f.

6 *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 57.

7 Vgl. BVerfGE 124, 199, 220; BVerfGE 130, 240, 254.

https://doi.org/10.5771/9783845248402-774, am 12.02.2025, 04:18:18
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb