

zips. Die eigentliche Benachteiligung muss nach dem verallgemeinerungsfähigen Wortlaut in § 3 Abs. 5 S. 2 AGG nicht eingetreten sein. Indem das Unionsrecht bereits die Anweisung als solche zur Diskriminierung macht, stellt es sicher, dass diese Gefährdung unabhängig vom nationalen Haftungsrecht und von nationalen Zurechnungsnormen im Nichtdiskriminierungsrecht erfasst wird. Die Anweisung ist ein eigener verbotener Diskriminierungstatbestand.³³⁹ § 3 Abs. 5 AGG ist keine besondere gleichbehandlungsrechtliche Zurechnungsnorm, welche die allgemein-zivilrechtlichen Zurechnungsnormen als *lex specialis* verdrängt.³⁴⁰ Hat der Angewiesene die Anweisung befolgt, kann sein Verhalten nach §§ 31, 278 und 831 BGB dem Anweisenden zugerechnet werden. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Zurechnungsnorm gegeben, ist der Rückgriff auf § 3 Abs. 5 AGG entbehrlich. Liegen sie nicht vor, ist die daneben bestehende unmittelbare Haftung des Anweisenden als Benachteiligender relevant.³⁴¹ Haftet der Angewiesene ebenfalls – was so selbstverständlich nicht ist³⁴² –, hat der Benachteiligte zwei Anspruchsgegner, die gesamtschuldnerisch haften (§ 426 Abs. 1 BGB bzw. § 840 Abs. 1 BGB). § 3 Abs. 5 AGG stellt auch klar, dass bereits die Anweisung als solche unwirksam ist und nicht zum vertraglichen Pflichtprogramm des Angewiesenen zählt.³⁴³ Im Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbots folgt das bereits aus § 7 Abs. 3 AGG.³⁴⁴ Im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots kommt § 3 Abs. 5 AGG dagegen eigenständige Bedeutung zu.

VI. Rechtfertigungsmöglichkeiten von Benachteiligungen/Diskriminierungen

1. Grundlagen

Die Frage nach der Rechtfertigung bildet den Kern des Gleichbehandlungsrechts.¹ Die begrifflich gegebene Ungleichbehandlung begründet nur *prima facie* einen Anspruch auf Gleichbehandlung. Eine tatsächliche Verpflichtung des Normadressaten zur Gleichbehandlung folgt daraus erst, wenn er die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann. Gleichbehandlungspflichten sind damit Rechtfertigungsgebote für Ungleichbehandlungen. Diskriminierungsverboten kommt eine besondere Bedeutung im Rechtfertigungszusammenhang zu. Sie be-

339 So *Showboat Entertainment Centre Ltd. v. Owens*, [1984] ICR 65 E.A.T. zu Sec. 30 Race Relations Act.

340 Ausführlich dazu *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1089 ff.

341 Näher *Deinert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 79 mwN.

342 Zum Problem *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 83; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 96 ff.

343 *Schick* in: *Schick*, AGG, § 3 Rn. 78.

344 Daher am Sinn des § 3 Abs. 5 S. 2 AGG zweifelnd *Däubler*, ZfA 2006, 479, 490.

1 Deutlich formuliert von *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 37 ff, 107.

zeichnen die Gründe, mit denen man eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann. Sie sind ausschließende Gründe.² Das wirft seinerseits die Frage auf, ob Diskriminierungsverbote ihrerseits der Rechtfertigung zugänglich sind. Im System des Rechtfertigungszusammenhangs ist die Rechtfertigung einer *prima facie* unerlaubten Diskriminierung eine Rückausnahme: Sie ermöglicht es, die Ungleichbehandlung gerade mit der Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal zu rechtfertigen. Im Ausgangspunkt sind darauf drei Antworten denkbar.

(1.) Das Unterscheidungsverbot wird als reines Sachlichkeitsgebot konzipiert. So versteht beispielsweise das Bundesarbeitsgericht das Verbot der Altersdiskriminierung in einer jüngeren Entscheidung.³ Das ist mit der unionsrechtlichen Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts⁴ und mit dem modernen verfassungsrechtlichen Verständnis des Art. 3 Abs. 3 GG unvereinbar. Die Interpretation von Diskriminierungsverboten als reine Sachlichkeitsgebote zerstört den Kern des Nichtdiskriminierungsprinzips.⁵

(2.) Das Unterscheidungsverbot wird als striktes Verbot jeder Unterscheidung wegen der verpönten Merkmale aufgefasst. *Michael Sachs* schlägt vor, Art. 3 Abs. 3 GG von dieser Warte aus zu interpretieren.⁶ Ein ähnliches Verständnis hat sich beim Verbot jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) nicht durchgesetzt.⁷ Nach klassischer Auffassung kann eine von Art. 157 AEUV erfasste Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ebenfalls nicht gerechtfertigt werden.⁸ Die anerkannte Rechtfertigungsmöglichkeit bei der mittelbaren Diskriminierung⁹ bereitet solchen Konzeptionen Erklärungsprobleme. Sie werden dadurch gelöst, indem man mittelbare Diskriminierungen aus dem Schutzbereich der Diskriminierungsverbote ausscheidet und dem allgemeinen Gleichheitssatz zuweist.¹⁰ Diesem Vorschlag ist das Bundesverfassungsgericht jedenfalls zu Art. 3 Abs. 2 GG nicht gefolgt.¹¹ Im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht ist er ohnehin versperrt. Daher wird die unterschiedliche Handha-

2 Dazu eingehend oben § 6 I 1.

3 BAG NZA 2010, 561 Rn. 20.

4 Dazu oben § 6 V 2 a).

5 Ausführliche Kritik bei *Grünberger*, EuZA 2011, 171.

6 Grundlegend *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 304 ff, 415 ff; *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 55 ff, 68 ff.

7 Vertiefend *Rossi*, EuR 2000, 197, 211 ff; *Epiney* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV Rn. 41; *Bogdandy* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 12 EGV Rn. 20 ff mwN; so jetzt auch *Holoubek* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 21 f. Zum Ganzen instruktiv *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 130 ff.

8 *Classen*, JZ 1996, 921, 924; *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 252 ff; *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 157 AEUV Rn. 29; aA *Odendahl* in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 44 Rn. 58 ff; *Krebber* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 58. Das von *Krebber* zitierte Urteil (EuGH, Ur. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961) trägt seine Schlussfolgerung aber nicht, weil der EuGH in der Sache eine mittelbare Diskriminierung prüfte, vgl. *Classen*, EuR 2008, 627, 633 Fn. 34.

9 Dazu oben § 6 V 2 b) (4).

10 *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 95 ff.

11 BVerfGE 113, 1, 15 f.

bung mit den sachlichen Unterschieden beider Erscheinungsformen gerechtfertigt. Das ist so einleuchtend nicht, weil es in beiden Fällen um eine Ungleichbehandlung geht.¹² Abgesehen von diesen Schwierigkeiten, taugt der Ansatz nicht, die Diskriminierungsverbote im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht zu erklären. Die einschlägigen Richtlinien und §§ 8-10, 20 AGG sehen ausdrückliche Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Man kann die Diskriminierungsverbote deshalb nicht als strikte Unterscheidungsverbote auffassen. Anderes gilt nur für die Belästigung und die sexuelle Belästigung, die nicht rechtfertigungsfähig sind.

(3.) Diskriminierungsverbote sind daher nur grundsätzlich Anknüpfungsverbote. Es besteht die Möglichkeit, die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal im Einzelfall zu rechtfertigen. Das Nichtdiskriminierungsprinzip führt dazu, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung im Vergleich zu einer Ungleichbehandlung, die nicht an ein verpöntes Merkmal anknüpft, deutlich höher sind.¹³ Dieser Ansatz birgt die Gefahr, dass die Ziele des Nichtdiskriminierungsprinzips mit einer entsprechenden Rechtfertigungsargumentation unterlaufen werden können. Dieser Gefahr kann man auf zwei Ebenen begegnen: (a) auf der Ebene der zulässigen Gründe bzw. Ziele und (b) des Zusammenhangs zwischen den Zielen und der Ungleichbehandlung („*fit*“).

Eine Einschränkung auf der Ebene des legitimen Grundes ist gegeben, wenn nicht jeder denkbare sachliche Grund für eine Rechtfertigung genügt. Damit ist die Gefahr nicht vollständig gebannt, dass sich die stereotypen Annahmen, die zu beseitigen gerade Ziel des Diskriminierungsverbots ist, über den legitimen Grund wieder einschleichen. Die alte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts steht dafür beispielhaft.¹⁴ Das unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht knüpft diesbezüglich an die Trennung zwischen dem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung einerseits und seiner Konkretisierung in den Richtlinien andererseits an.¹⁵ Soweit der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Sekundärrecht konkretisiert wurde, kommen ausschließlich die in den jeweiligen Richtlinien abschließend aufgeführten Ziele als legitime Gründe einer Ungleichbehandlung in Betracht.¹⁶ Es gibt aus Gründen des *effet utile* keinen all-

12 Vgl. Kischel, EuGRZ 1997, 1, 4 f; Kingreen in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 17 Rn. 49.

13 Exemplarisch dazu BVerfGE 124, 199 Rn. 85 ff zur Kontrolle von Differenzierungen wegen der sexuellen Orientierung unter ausdrücklicher Berücksichtigung des unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrechts; zum Unionsrecht näher Damm, Menschenwürde, 2006, 345 ff und allgemein zum speziellen Nichtdiskriminierungsrecht Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 8 AGG Rn. 4 ff.

14 Vgl. dazu Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 365 ff; Sacksofsky, Gleichberechtigung, 1996, 27 ff. Grundlegend für die neue Konzeption BVerfGE 85, 191, 207 [„Differenzierende Regelungen können vielmehr zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.“]; ähnlich BVerfGE 92, 91, 109.

15 Dazu oben § 6 V 2.

16 Siehe Classen, EuR 2008, 627, 633.

gemeinen Vorbehalt bei geschlechtsdiskriminierenden Maßnahmen zugunsten der öffentlichen Sicherheit.¹⁷ Die zulässigen Rechtfertigungsgründe sind in den Rechtfertigungstatbeständen der einzelnen Richtlinien genannt. Dazu zählen die speziellen Rechtfertigungsgründe, wie beispielsweise Art. 4 und Art. 6 RL 2000/78/EG oder Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG. Der Gerichtshof hat diesen Katalog für zwei Akteure erweitert: Unterscheiden die Mitgliedstaaten beim Berufszugang aufgrund des Alters, können sie die Differenzierung sowohl mit Art. 2 Abs. 5 als auch mit Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG zu rechtfertigen versuchen.¹⁸ Sind private Akteure, beispielsweise die Betriebsparteien, unmittelbar an die Richtlinie gebunden, ist die Ausübung ihrer grundrechtlich gesicherten Freiheiten bei der Interpretation der Rechtfertigungsgründe maßgeblich zu berücksichtigen.¹⁹ Der Katalog möglicher Rechtfertigungsgründe ist nur insoweit abschließend.

Das Nichtdiskriminierungsprinzip wirkt sich, zweitens, auf die Anforderungen aus, die man an den Zusammenhang zwischen den Zielen/Gründen und der Ungleichbehandlung zu stellen hat. Es implementiert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als das wichtigste Element der strengen Rechtfertigungsprüfung. Das lässt sich für das nationale Verfassungsrecht²⁰ wie für das Unionsrecht²¹ belegen. Der Bezug zum Verhältnismäßigkeitsprinzip war schon in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG angelegt, obwohl dessen Wortlaut darüber schwieg.²² Der Gerichtshof betonte, dass bei der Anwendung von Ausnahmen zu einem Grundrecht wie dem auf Gleichbehandlung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist: Danach dürfen Ausnahmen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zieles (1.) angemessen und (2.) erforderlich ist. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist (3.) soweit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Zieles

17 EuGH, Urt. v. 15.5.1986, Rs. 222/84 – *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* = Slg. 1986, 1651 Rn. 26 ff; bestätigt von EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 16 ff.

18 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 50 ff, Rn. 66 ff.

19 Grundlegend EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 34, 57, 53.

20 Vgl. BVerfGE 85, 191, 207 [„Differenzierende Regelungen können vielmehr zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, *zwingend erforderlich* sind.“ (Hervorhebung hinzugefügt)].

21 Siehe EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 23 ff [zur RL 76/207/EWG]; vgl. dazu allgemein *Damm*, Menschenwürde, 2006, 362 ff; *Odendahl* in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 43 Rn. 31 ff, § 44 Rn. 70 ff, § 45 Rn. 68; *Kingreen* in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 17 Rn. 50.

22 Im Wortlaut: „Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und gegebenenfalls die dazu jeweils erforderliche Ausbildung, für die das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.“.

in Einklang zu bringen.²³ Mittlerweile hat sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Wortlaut der Richtlinien niedergeschlagen.²⁴ Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zu den Richtlinien diese Prüfungsschritte bestätigt und konkretisiert.²⁵

Das Diskriminierungsverbot ist also nur grundsätzlich ein Verbot der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung unter Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal. Diese Anknüpfung kann genauso wie die qualifizierte Auswirkung einer Differenzierung bei der mittelbaren Benachteiligung auf Merkmalsträger gerechtfertigt werden. Bei der mittelbaren Diskriminierung ist die Rechtfertigung Bestandteil des Diskriminierungsbegriffs. Bei der unmittelbaren Diskriminierung sind rechtfertigende Gründe auf einer eigenständigen Rechtfertigungsebene zu prüfen. Die Rechtsfolgen des Diskriminierungsverbots treten erst dann ein, wenn die begrifflich gegebene Diskriminierung nicht gerechtfertigt werden kann.

2. Rechtfertigungsgründe im beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot

a) Überblick über das System der Rechtfertigungsgründe

Das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot kennt einen allgemeinen und zwei spezielle ausdrückliche Rechtfertigungsgründe für unmittelbare Diskriminierungen. Bei einer mittelbaren Diskriminierung zählt die Rechtfertigung bereits zum Diskriminierungsbegriff.²⁶ Dafür greift der Gerichtshof auch auf die allgemeinen und besonderen Rechtfertigungsgründe der Richtlinien zurück.²⁷ (1.) § 8 Abs. 1 AGG sieht in Umsetzung der Richtlinien²⁸ einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund für die Anknüpfung an jedes Diskriminierungsmerkmal vor. (2.) § 9 Abs. 1 AGG privilegiert Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen und erlaubt ihnen, wegen der Religion und Weltanschauung zu diskri-

23 Siehe EuGH, Urt. v. 15.5.1986, Rs. 222/84 – *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* = Slg. 1986, 1651 Rn. 38; EuGH, Urt. v. 26.10.1999, Rs. C-273/97 – *Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence* = Slg. 1999, 7403 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 39.

24 Vgl. Art. 4 RL 2000/43/EG, Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG und Art. 14 Abs. 2 EG.

25 Grundlegend EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 60 ff; EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 66 ff; zuletzt EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 46 ff.

26 Dazu oben § 6 V 2 b) (4).

27 Grundlegend EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 65 f; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 63 ff (jeweils zum Verhältnis von Art. 2 Abs. 2 lit. b) und Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG).

28 Art. 4 RL 2000/43/EG; Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG.

minieren.²⁹ § 9 Abs. 2 AGG erstreckt diesen Rechtfertigungsgrund in der Sache auf Sanktionen von Loyalitätsverstößen. (3.) § 10 AGG enthält schließlich einen breiten Katalog von sachlichen Gründen, mit denen eine Ungleichbehandlung wegen des Alters gerechtfertigt werden kann.

b) Besonderer Freiheitsschutz: Die Privilegierung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht privilegiert Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen, indem es ihnen erlaubt, wegen der Religion und Weltanschauung zu diskriminieren (§ 9 Abs. 1 AGG³⁰). Diskriminierungen wegen anderer verpönte Merkmale – beispielsweise Geschlecht oder sexueller Orientierung – müssen auf andere Rechtfertigungsgründe gestützt werden. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht erlaubt es den Glaubensgemeinschaften auch, von ihren Beschäftigten ein „loyales und aufrichtiges Verhalten“ zu verlangen (§ 9 Abs. 2 AGG³¹). Wird ein Verstoß gegen die Loyalitätspflichten³² sanktioniert und knüpft der kirchliche Arbeitgeber dabei an ein in § 1 AGG genanntes Merkmal an, führt § 9 Abs. 2 AGG zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung.³³

Beide Rechtfertigungsgründe adressieren intrinsische Diskriminierungen.³⁴ Ihre verfassungsrechtliche Legitimation³⁵ ist das in Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 WRV auf nationaler Ebene geschützte und unionsrechtlich respektierte³⁶ Selbstbestimmungsrecht von Glaubensgemeinschaften bei der Ordnung und Verwaltung eigener Angelegenheiten.³⁷ Dieses Selbstverwaltungs- und Selbstbestimmungsrecht umfasst nach traditionellem Verständnis in Deutschland alle Maßnahmen, die in Verfolgung der vom religiösen Grundauftrag her bestimmten

29 Zur umstrittenen Frage, ob die nach § 9 AGG vom Arbeitgeber gestellte berufliche Anforderung *zugleich* auch die Voraussetzungen einer nach der Art der Tätigkeit gerechtfertigten Anforderung (Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG) erfüllen muss, siehe BAG, NZA 2012, 443 Rn. 37 mwN.

30 In Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2000/78/EG.

31 Grundlage dafür ist Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2000/78/EG.

32 Vgl. dazu die für die katholische Kirche geltende Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse v. 22.9.1993, zugreifbar unter http://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/VDD/db051_11_aufgabe.pdf [Stand: 31.12.2012].

33 BAG NZA 2012, 443 Rn. 30. Die umstrittene Frage, ob sich die Rechtfertigung auf die Merkmale „Religion und Weltanschauung“ beschränkt, hat das Gericht offengelassen, BAG NZA 2012, 443 Rn. 35; dazu näher *Joussen*, RdA 2003, 32, 37 f; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 9 AGG Rn. 21; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 11 Rn. 20.

34 Zum Begriff oben § 6 V 1 c).

35 Zur Frage, inwieweit eine entsprechende Schutzpflicht des Gesetzgebers besteht, näher *Belling*, NZA 2004, 885, 888 f.

36 Vgl. dazu Erwgr. (24) RL 2000/78/EG; zur primärrechtlichen Verankerung näher *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 178 ff mwN; zurückhaltender dagegen mit Recht *Reichold*, NZA 2001, 1054, 1057 ff.

37 Siehe BT-Drs. 16/1780, S. 35. Grundlegend dazu in jüngerer Zeit BVerfGE 70, 138, 162 ff.

Aufgaben im seelsorgerischen und karitativen Bereich zu treffen sind.³⁸ Dazu zählen auch die Personalauswahl und alle Entscheidungen, mit denen die „religiöse Dimension“ des Wirkens im Sinne kirchlichen Selbstverständnisses sichergestellt werden soll.³⁹ Das Nichtdiskriminierungsrecht löst den Konflikt zwischen der grundrechtlich gesicherten Religions- und Glaubensfreiheit und dem grundrechtlich ebenfalls gesicherten Anspruch auf gleiche Behandlung methodisch auf der Ebene der Rechtfertigung. Dabei kommt es entscheidend darauf an, wie weitgehend die im Grundsatz respektierte Eigenrationalität dieser Teilsysteme im Nichtdiskriminierungsrecht akzeptiert wird.

Rechtfertigungsvoraussetzung ist nach der Richtlinie, dass die Religion oder Weltanschauung der betroffenen Person „nach Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation“ ist.⁴⁰ § 9 Abs. 1 AGG weicht von diesem Wortlaut erheblich ab.⁴¹ Im Kern können damit die Kirchen allein auf Grund des ihnen zustehenden Selbstbestimmungsrechts für jede Tätigkeit festlegen, ob die Religion eine bestimmte berufliche Anforderung für eine Tätigkeit ist.⁴² Das geht zurück auf die traditionelle Konzeption des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften in Deutschland.⁴³ Damit geht im Vergleich zur Richtlinie eine Ausdehnung⁴⁴ der systeminternen Rationalität auf Kosten des Gleichbehandlungsanspruchs einher. Das ist unionsrechtlich nicht unproblematisch.⁴⁵ Praxisrelevant ist das für Tätigkeiten, die objektiv keinen zwingenden religiösen Bezug aufweisen, wie etwa die Sozialpädagogin für ein Integrationsprojekt⁴⁶, Kindergärtner, Organisten und Ärzte eines kirchlich getragenen Krankenhauses⁴⁷ sowie die muslimische Putzfrau⁴⁸. Darauf gehe ich hier nicht näher ein.⁴⁹ Zur kontextabhängigen Ausgestaltung des Selbstverständnisses der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften würde sich ein Konzept abgestufter Loyalitätspflichten⁵⁰ eignen. Der Europäische Gerichtshof für Men-

38 Siehe dazu zuletzt (kritisch) *Schlink*, JZ 2013, 209, 212 ff.

39 BVerfGE 70, 138, 164.

40 Vertiefend *Deinert*, EuZA 2009, 332, 334 ff.

41 Eingehend dazu und zu den vertretenen Lösungsansätzen *Armbrüster* in: Erman, § 9 AGG Rn. 6.

42 *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 328; *Joussen*, NZA 2008, 675, 677.

43 Grundlegend BVerfGE 70, 138, 167 f; zuletzt BAG NZA 2012, 443 Rn. 22 ff zu den Loyalitätspflichten eines Chefarztes in einem katholischen Krankenhaus.

44 Eingehend *Schliemann*, NZA 2003, 407, 411; weitere Nachweise bei *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 161 Fn. 26.

45 Richtlinienkonformität bejahend *Joussen*, NZA 2008, 675 ff; *Mohr/Fürstenberg*, BB 2008, 2122, 2124 ff; *Schnabel*, ZfA 2008, 413 ff; *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153 ff; verneinend *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 328; *Wedde* in: Däubler, AGG, § 9 Rn. 33; *Deinert*, EuZA 2009, 332, 339 f; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 9 AGG Rn. 3.

46 Vgl. LAG Hamburg AuR 2009, 97.

47 *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 328.

48 *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 9 Rn. 15.

49 Eingehend dazu *Fabrig/Stenslik*, EuZA 2012, 184 ff.

50 Dazu *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 199.

schenrechte unterscheidet beispielsweise zwischen den Tätigkeiten, die zum eigentlichen Verkündigungsauftrag der Gemeinschaften zählen oder mit denen die Gemeinschaften in besonders hervorgehobener Form nach außen repräsentiert werden und sonstigen Tätigkeiten: Den Pressesprecher der mormonischen Kirche treffen andere Loyalitätspflichten als den Chorleiter und Organisten einer Pfarrgemeinde.⁵¹ Die Kirche darf daher grundsätzlich von den „Mitarbeitern, die sie mit der Wahrnehmung der Leitungsaufgaben betraut, eine Identifikation mit den Kernpunkten der katholischen Glaubens- und Sittenlehre“ verlangen.⁵² Allerdings zwingt das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht im Verbund mit dem menschenrechtlich geschützten Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK) und den sonstigen Grundrechten des Arbeitnehmers zur Abwägung der ungleich behandelnden Maßnahme auf Rechtfertigungsebene.⁵³ Die Lösung des Konflikts wird vorzugsweise mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gesucht.⁵⁴ Obwohl dieser in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG nicht ausdrücklich genannt wird, ist er ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der die Rechtfertigungsmöglichkeit von Diskriminierungen begrenzt.⁵⁵ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt das methodische Instrumentarium zur Verfügung, um einerseits das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft zu respektieren⁵⁶ und andererseits dessen Expansionsdrang in andere Teilsysteme Grenzen zu ziehen.⁵⁷ Für die Angemessenheit der Maßnahme kommt es danach auf die konkrete Tätigkeit des Beschäftigten und auf die Art seines Pflichtverstoßes an. Das hat Auswirkungen auf die Kündigung eines Arbeitnehmers, der eine eingetragene Le-

51 Vgl. EGMR, Urt. v. 23.9.2010, App.No. 425/03 – *Obst v. Deutschland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 48, worin die, von den deutschen Arbeitsgerichten gebilligte Entlassung wegen Ehebruchs des Pressesprechers der Mormonischen Kirche in Europa, akzeptierte und EGMR, Urt. v. 23.9.2010, App.No. 1620/03 – *Schiith v. Deutschland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 53 ff, wo die bestätigenden Entscheidungen der Gerichte zur Entlassung des katholischen Organisten und Chorleiters aufgrund einer außerehelichen Beziehung als konventionswidrig eingestuft wurden; anders dagegen noch BAG AP BGB Nr. 44 zu § 611 – Kirchendienst, wo ein Kirchenmusiker als Funktionsträger der Kirche eingestuft und daher nicht differenziert wurde.

52 BAG NZA 2012, 443 Rn. 37.

53 Vgl. EGMR, NZA 2012, 199 Rn. 43 ff; eingehend dazu *Fabrig/Stenslik*, EuZA 2012, 184 ff; vgl auch BAG NZA 2012, 443 Rn. 38 ff.

54 Vgl. *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 9 Rn. 13; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 9 Rn. 15; *Belling* in: Erman, § 9 AGG Rn. 9; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 8 Rn. 38; *Wedde* in: Däubler, AGG, § 9 Rn. 53 ff; *Rupp* in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 9 AGG Rn. 4; *Weidenkaff* in: Palandt, § 9 AGG Rn. 3.

55 EuGH, Urt. v. 15.5.1986, Rs. 222/84 – *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* = Slg. 1986, 1651 Rn. 38; EuGH, Urt. v. 26.10.1999, Rs. C-273/97 – *Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence* = Slg. 1999, 7403 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 23; speziell zu § 9 Abs. 1 AGG siehe *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 9 Rn. 13; iE auch *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 170 ff.

56 Dazu bereits *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 169.

57 Vgl. dazu BAG NZA 2012, 443, wonach für leitende katholische Mitarbeiter einer katholischen Einrichtung auch der Abschluss einer nach katholischem Verständnis ungültigen Ehe als Loyalitätsverstoß in Betracht kommt, bei der Abwägung aber auch das Recht des Mitarbeiters auf Achtung seines Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) ausreichend zu berücksichtigen sei.

benspartnerschaft eingeht. Diese unmittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung⁵⁸ ist ein erheblicher Eingriff in den Kerngehalt des Diskriminierungsverbots als Freiheitsrecht zweiter Ordnung. Ein für alle Beschäftigten geltendes Loyalitätsgebot, keine eingetragenen Partnerschaften einzugehen, nimmt dem homosexuellen Arbeitnehmer in der katholischen Kirche die Möglichkeit, eine rechtlich geschützte Verbindung mit dem Partner seiner Wahl einzugehen. Die Kirche zwingt ihn zur Wahl zwischen Arbeitsplatz und dem rechtlichen Schutz seiner Partnerwahl. Das ist unzumutbar.⁵⁹ Knüpft ein Dritter daran Sanktionen, ist der Kern des Nichtdiskriminierungsrechts berührt. Das Interesse der Religionsgemeinschaft, ihr ethisches Selbstbestimmungsrecht gegenüber den bei ihr Beschäftigten durchzusetzen, tritt dahinter zurück, soweit es sich nicht um Personen im verkündungsnahen Bereich oder um sonstige kirchliche Führungskräfte handelt.⁶⁰ Selbst in diesem Bereich entfaltet sich die rationalisierende Wirkung einer verhältnismäßigen Rechtfertigungsprüfung. Bei der Beurteilung, ob die Maßnahme im Hinblick auf das angestrebte Ziel erforderlich war, ist auch zu prüfen, ob die von der Kirche selbst gemachten Ausnahmen die Kohärenz ihrer betreffenden Regelung nicht unterlaufen.⁶¹ Vertritt beispielsweise die katholische Kirche selbst die Auffassung, dass es einer ausnahmslosen Durchsetzung ihrer sittlichen Ansprüche zur Wahrung ihrer Glaubwürdigkeit nicht immer bedürfe, beschränkt das Nichtdiskriminierungsrecht den ihr im Prinzip eingeräumten Handlungsspielraum.⁶²

c) Diskursive Legitimation von Ungleichbehandlungen wegen des Alters

Das Diskriminierungsmerkmal „Alter“ hat die Besonderheit, dass es jeden treffen wird. Lebensläufe werden traditionell anhand des Lebensalters strukturiert.⁶³ Ein Verbot der Benachteiligung wegen des Alters greift daher tief in herkömmliche

58 Anders *Thüsing*, JZ 2004, 172, 179, der zwischen Orientierung und Verhalten trennt, dagegen mit Recht *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 9 Rn. 19.

59 Dazu oben § 6 III 4.

60 IE auch *Belling*, NZA 2004, 885, 887; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 9 Rn. 56; *Wedde* in: Däubler, AGG, § 9 Rn. 66; *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 9 AGG Rn. 3 f; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 9 AGG Rn. 4; aA *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 9 Rn. 17; *Thüsing*, JZ 2004, 172, 179; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 9 Rn. 23 f, was aber im Widerspruch zum selbst postulierten objektiven Maßstab (vgl. *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 162) steht; in der Tendenz zu großzügig auch *von Roetteken*, AGG, § 9 AGG Rn. 45 (lediglich Hilfstätigkeiten).

61 *Armbrüster* in: Erman, § 9 AGG Rn. 9; vgl. zu dieser Voraussetzung im Zusammenhang mit der Altersdiskriminierung EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 53.

62 Dazu näher BAG, NZA 2012, 443 Rn. 40 ff zur Unwirksamkeit der Kündigung eines Chefarztes aufgrund Wiederverheiratung; kritisch dazu aber *Reichhold/Hartmeyer*, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 92 (unter V).

63 Dazu oben § 6 III 6.

Denkweisen ein: Mitgliedstaaten,⁶⁴ Tarifvertrags-⁶⁵ und Betriebsparteien,⁶⁶ sowie der einzelne Arbeitgeber⁶⁷ knüpfen regelmäßig an das Alter an, um soziale und wirtschaftliche Verteilungskonflikte zu lösen. Darauf reagiert das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht mit einer Expansion möglicher Rechtfertigungsgründe. In der Praxis kommt es vorrangig auf Art. 6 RL 2000/78/EG an.⁶⁸ Daran müssen sich nicht nur die Diskriminierungen in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten messen lassen, sondern auch Ungleichbehandlungen, die von den Sozialpartnern (Tarifvertrags- und Betriebsparteien) ausgehen.⁶⁹ Damit reduziert sich die Bedeutung von § 10 AGG auf Ungleichbehandlungen, die unmittelbar dem einzelnen Arbeitgeber zuzurechnen sind. Daneben können sich Mitgliedstaaten auch auf den besonderen Rechtfertigungsgrund in Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG berufen,⁷⁰ die Sozialpartner dagegen nur, wenn sie davon hinreichend genau vom Mitgliedstaat ermächtigt worden sind.⁷¹ In der Rechtsprechung des Gerichtshofs kommt der Rechtfertigung wegen des Alters die mit Abstand größte Bedeutung zu.⁷² Die Arbeit kann die zahlreichen Probleme der Altersdis-

64 Aus der Rechtsprechung beispielhaft EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343; EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

65 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.)

66 Siehe EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.)

67 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 (automatische Beendigung des Arbeitsvertrages bei Erreichung des 65. Lebensjahres).

68 Ausführlich zur Frage seiner Vereinbarkeit mit Art. 21 Grundrechte-Charta von *Roetteken*, AGG, § 10 AGG Rn. 30 ff.

69 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 48; EuGH, Urt. v. 7.6.2012, Rs. C-132/11 – *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH v. Betriebsrat Bord* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 22; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 34.

70 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 49 ff.

71 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 61.

72 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981; EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531; EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569; EuGH, Urt. v. 18.9.2009, Rs. C-88/08 – *Hütter v. Technische Universität Graz* = Slg. 2009, I-5325; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365; EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47; EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9391; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9343; EuGH, Urt. v. 18.11.2011, Rs. C-250/09 ua – *Georgiev v. Tehnicheski universitet – Sofia* = Slg. 2011, I-11689; EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.); EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.); EuGH, Urt. v. 8.11.2011, Rs. C-297/10 ua – *Sabine Hennings v. Eisenbahn-Bundesamt* = Slg. 2011, I-(n.v.)

kriminierung auch nicht ansatzweise abdecken.⁷³ Mir geht es im Folgenden nur um die Struktur der Rechtfertigungsprüfung und die Frage, wie das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht die Eigenrationalität der jeweils beteiligten Systeme inkorporiert. Die Rechtfertigungsprüfung erfolgt in der Entscheidungspraxis des Gerichtshofs in zwei Prüfungsschritten.⁷⁴

(1) Legitime Gründe

Die Regelung muss ein legitimes Ziel verfolgen. Das Ziel ist legitim, wenn es „im Rahmen des nationalen Rechts“ grundsätzlich geeignet ist, die von den Mitgliedstaaten angeordnete Ausnahme vom Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung „objektiv und angemessen“ erklären zu können. Aus dem Kreis möglicher sachlicher Gründe beschränkt sich Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG auf sozialpolitische Ziele⁷⁵ des nationalen Gesetzgebers oder der Sozialpartner.⁷⁶ Sie stehen im Allgemeininteresse und unterscheiden sich daher von rein individuellen Beweggründen des individuellen Arbeitgebers wie der Kostenreduzierung oder der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit.⁷⁷ Deshalb bezog sich der Gerichtshof für die Rechtfertigung eines Einstellungshöchstalters bei der Berufsfeuerwehr gerade nicht auf Art. 6 dieser Richtlinie, sondern auf Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG.⁷⁸ Die Höchstaltersgrenze konnte nicht mit sozialpolitischen Gründen erklärt werden, sondern nur mit dem individuellen Interesse des Arbeitgebers, die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Berufsfeuerwehr zu sichern.⁷⁹ Dagegen dient eine Altersgrenze bei Beamten der Justizverwaltung, mit der die Einstellung jüngerer Beamter begünstigt und die Personalplanung optimiert wird, dem Allgemeininteresse an einer leistungsfähigen

73 Dazu muss ich auf weiterführende Literatur verweisen: *Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80 ff; *Waltermann*, ZfA 2006, 305 ff; *Preis*, Gutachten B, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Bd. I, 2008, B 1; *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008; speziell zur Rechtfertigung *Groß*, Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung, 2010, 70 ff.

74 Ganz deutlich beispielsweise EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 67, 69 und zuletzt EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 37 ff, 46 ff.

75 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 52. Ob das auch für den abweichenden Wortlaut des § 10 AGG gilt, ist umstritten, siehe dazu BAG NZA 2010, 561 Rn. 39 (offengelassen); näher *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 329; *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1237. Zu wenig Problembewusstsein zeigt BGHZ 193, 110 Rn. 54, wonach „betriebs- und unternehmensbezogene Interessen“ legitime Ziele gem. § 10 S. 1 AGG seien. Zum Streitstand eingehend *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 10 AGG Rn. 2 ff; *von Roetteken*, AGG, § 10 AGG Rn. 74 ff.

76 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 46; EuGH, Urt. v. 18.9.2009, Rs. C-88/08 – *Hütter v. Technische Universität Graz* = Slg. 2009, I-5325 Rn. 41, zustimmend BAG NZA 2010, 561 Rn. 39.

77 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 46.

78 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 31 ff.

79 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 33.

gen Justizverwaltung.⁸⁰ Die in der Richtlinie genannten Beispiele sozialpolitischer Ziele sind nicht abschließend.⁸¹ Die Mitgliedstaaten oder Sozialpartner sind auch nicht verpflichtet, einen abschließenden Katalog rechtfertigender Gründe anzufertigen.⁸² Es genügt, wenn sich aus dem Kontext der Maßnahme Anhaltspunkte ergeben, die es ermöglichen, das damit verfolgte sozialpolitische Ziel ausreichend sicher festzustellen und gerichtlich überprüfen zu lassen.⁸³ So ist die Förderung von Einstellungen „nach der Rechtsprechung unbestreitbar ein legitimes Ziel der Sozial- oder Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, zumal wenn es darum geht, den Zugang jüngerer Personen zur Ausübung eines Berufs zu fördern.“⁸⁴ Das Alter darf insoweit grundsätzlich als Anknüpfungsmerkmal benutzt werden, weil es als distributives Verteilungskriterium im Rahmen eines allgemeinpolitischen Diskurses von allen Teilnehmern akzeptiert werden kann. Verfolgen der Mitgliedstaat oder die Sozialpartner Ziele der Beschäftigungspolitik, müssen sie nämlich zwischen verschiedenen politischen, wirtschaftlichen, sozialen, demografischen und/oder haushaltsbezogenen Erwägungen ausgleichen. Die Lösung hängt jeweils von politischen Entscheidungen und sozialen Rahmenbedingungen innerhalb jedes Mitgliedstaats ab.⁸⁵ Zwangsläufig kommt dem Mitgliedstaat bei der Auswahl der konkreten Ziele im Bereich der Arbeits-, Sozial und Gesundheitspolitik ein weiter Ermessensspielraum zu.⁸⁶ Diese diskursive Rechtfertigung von Altersgrenzen gilt auch für die Sozialpartner. Sie sind insoweit aufgrund der ihnen eingeräumten Koalitionsfreiheit (Art. 28 Grundrechte-Charta) dazu ermächtigt.⁸⁷ Das Nichtdiskriminierungsrecht respektiert die eigene Rationalität

80 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 50, 53.

81 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 43; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 40; EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 52 f.

82 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 41 ff; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 58; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 38.

83 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 56 f; EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 45 f; EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 29; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 24.

84 EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 29.

85 Grundlegend EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 58 ff; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 42 ff; siehe auch EuGH, Urt. v. 18.11.2011, Rs. C-250/09 ua – *Georgiev v. Tehnicheski universitet – Sofia* = Slg. 2011, I-11689 Rn 45; EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 49 ff; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 29.

86 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 68; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 41.

87 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 52; EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 47.

dieses Teilsystems, indem es den Tarifpartnern ebenfalls einen weiten Ermessensspielraum bei der Zielauswahl einräumt.⁸⁸ Soweit sie dagegen allgemeinpolitische Ziele angeben, kann die diskursive Rechtfertigung von Altersgrenzen insoweit nur über den politischen Prozess hergestellt werden. Daher bedarf es dafür einer hinreichenden staatlichen Delegationsnorm.⁸⁹

(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts⁹⁰ zentrales Element der Rechtfertigungsprüfung.⁹¹ Es muss daher „geprüft werden, ob die zur Erreichung dieser Ziele eingesetzten Mittel angemessen und erforderlich sind und ob sie nicht über das zur Erreichung des verfolgten Ziels Erforderliche hinausgehen.“⁹² Verhältnismäßigkeit bedeutet, dass bei Ausnahmen von einem Individualrecht die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes so weit wie möglich mit denen des angestrebten Ziels in Einklang gebracht werden müssen.⁹³ Dabei räumt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten und den Sozialpartnern⁹⁴ einen weiten Ermessens- oder Wertungsspielraum ein, darüber zu bestimmen, welche Maßnahmen sie für geeignet und erforderlich halten, ihre Ziele in der Arbeits- und Sozialpolitik⁹⁵ bzw. im Gesundheitsschutz⁹⁶ zu erreichen.⁹⁷ Darin kommt erneut die diskursive Konzeption des Verbots der Altersdiskriminierung zum Ausdruck. Der Einschätzungsspielraum geht allerdings nicht so weit, dass das Verbot der Altersdiskriminierung inhaltlich ausgehöhlt wird.⁹⁸

„Angemessen und erforderlich“ sind nur geeignete Maßnahmen. Ein Mittel, das nicht zur Zielverwirklichung taugt, kann auch nicht erforderlich sein.⁹⁹ Eine

88 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 69; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörmfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 32.

89 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 61.

90 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 23 mwN.

91 Vgl. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG; EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 50 ff (zu Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG).

92 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 46.

93 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 65.

94 Dazu zuletzt EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 47.

95 Grundlegend EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 63; EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 68.

96 Grundlegend EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 51 ff.

97 Zur *margin of appreciation* im Unionsrecht näher *Kühling*, Grundrechte, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 695 ff; kritischer *Ehlers* in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 14 Rn. 71 mwN.

98 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 51; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniorforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 33.

99 *Brors* in: Däubler, AGG, § 10 Rn. 35; *Wendeling-Schröder* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 10 Rn. 11.

Regelung ist nur dann geeignet, das legitime Ziel zu erreichen, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.¹⁰⁰ Allgemeine Behauptungen, dass eine bestimmte Maßnahme geeignet sei, das Ziel zu erreichen, genügen dagegen nicht.¹⁰¹ Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat hier durchaus „Biss“. Mit der Eignung wird ein elementarer Rationalitätstest in die Prüfung eingeführt.¹⁰² Niemand muss sich eine Ungleichbehandlung gefallen lassen, wenn sie nicht zur Zielerreichung beiträgt. Dann wird die Klassifikation von Personen nach dem Alter zum Selbstzweck. Eine vermeintlich instrumentale Diskriminierung entpuppt sich als intrinsische Ungleichbehandlung.¹⁰³ Diese kann von Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG, der eine Zweck-Mittel-Relation voraussetzt, nicht gerechtfertigt werden. An diesem Test ist beispielsweise eine Regelung gescheitert, wonach Berufstätigkeiten vor dem 18. Geburtstag bei der Eingruppierung nicht berücksichtigt werden.¹⁰⁴ Ein anderes Beispiel ist § 622 Abs. 2 S. 2 BGB. Die Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr bei der Berechnung der Kündigungsfrist ist nicht geeignet, die Belastung des Arbeitgebers bei der Einstellung jüngerer Arbeitnehmer zu verringern: Sie gilt unterschiedslos für alle Arbeitnehmer, unabhängig davon, wie alt sie zum Zeitpunkt der Entlassung sind.¹⁰⁵ Die Regel ist *overinclusive*.¹⁰⁶ Die Altersgrenze für kassenärztliche Zulassungen scheiterte am Rationalitätstest, weil sie bezüglich des Gesundheitsschutzes der Patienten *underinclusive*¹⁰⁷ war: Nimmt man den Patientenschutz ernst, müsste er auch bei Privatpatienten durchgesetzt werden.¹⁰⁸ Das vom Gerichtshof verwendete Kriterium der Kohärenz führt zur Bindung des Normadressaten an frühere Entscheidungen und schränkt damit den Gestaltungsspielraum, sowohl des Gesetzgebers als auch der Sozialpartner weitgehend ein.¹⁰⁹ Das ist die Konsequenz des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes.¹¹⁰ Wollen Gesetzgeber oder Sozialpartner das Diskriminie-

100 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 53; kritisch zum Kriterium der Kohärenz Höpfner, ZfA 2010, 449, 472 ff.

101 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 51.

102 Vgl. allgemein zum elementaren Rationalitätstest Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 141 ff, 309 ff.

103 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 c).

104 EuGH, Urt. v. 18.9.2009, Rs. C-88/08 – *Hütter v. Technische Universität Graz* = Slg. 2009, I-5325 Rn. 46 ff; kritisch dazu Sagan, BB 2009, 1814, 1815, der in dieser Wechselwirkung lediglich zwei Seiten einer Medaille sieht, weil mit der Regelung letztlich das alleinige Ziel verfolgt werde, alle Berufsanfänger auf gleichem Niveau zu vergüten.

105 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 40 f; dazu näher Joussen, ZESAR 2010, 184 ff; Preis/Temming, NZA 2010, 185 ff; Waltermann, EuZA 2010, 541 ff; kritisch von Medem, NZA 2009, 1072, 1074 f.

106 Dazu grundlegend Tussman/tenBroek, 37 Cal. L. Rev. 341, 344-53 (1949).

107 Dazu grundlegend Tussman/tenBroek, 37 Cal. L. Rev. 341, 344-53 (1949); vgl. auch Höpfner, ZfA 2010, 449, 473; „nicht erforderlich genug“.

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

109 Zutreffend insoweit Höpfner, ZfA 2010, 449, 473; vgl. näher zur Diskussion zu Art. 3 Abs. 1 GG Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 38 ff; Huster in: Friauf/Höfling, GG, Rn. 110 ff.

110 Das übersieht Höpfner, ZfA 2010, 449, 474 f.

rungsverbot mit Verweis auf legitime Gründe durchbrechen, ist der elementare Rationalitätsstandard nur gewahrt, wenn ihre Argumentation im Kontext des Regelungsgegenstandes folgerichtig ist. Das zwingt zum besseren Argument.¹¹¹

Letzter Prüfungspunkt der Verhältnismäßigkeit ist die Frage, ob die fragliche Maßnahme über das zur Erreichung der angestrebten Ziele Erforderliche hinausgeht und die Interessen der ungleich behandelten Arbeitnehmer übermäßig beeinträchtigt.¹¹² Dafür ist die Ungleichbehandlung im jeweiligen Regelungskontext zu betrachten und man muss sowohl die Nachteile, die sie für die Betroffenen bewirken kann, als auch die Vorteile berücksichtigen, die sie für die Gesellschaft im Allgemeinen hat.¹¹³ Die Umsetzung dieser Prüfungsmaßstäbe durch den Gerichtshof ist insbesondere für die Fälle der „Zwangsverrentung“ nachdrücklich kritisiert worden.¹¹⁴ Dabei wird die diskursive Konzeption des Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG vielleicht nicht immer ausreichend gewürdigt. Im Kern stützt sich der Gerichtshof nämlich auf eine genuin *politische* Begründung der altersbezogenen Verteilung von Gütern in einer alternden Gesellschaft: Um das legitime Ziel der Beschäftigungssicherung junger Arbeitnehmer zu erreichen,¹¹⁵ sei ein Ausgleich „zwischen divergierenden, aber rechtmäßigen Interessen, der sich in einen komplexen Kontext von Beziehungen des Arbeitslebens einfügt und eng mit politischen Entscheidungen im Bereich Ruhestand und Beschäftigung verknüpft ist“, erforderlich.¹¹⁶ Mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze endet das regelmäßig bestandsgeschützte Arbeitsverhältnis. Dieser Arbeitsplatz steht daher wieder dem Markt zur Verfügung. Das Nichtdiskriminierungsrecht schützt also nicht vor dem Arbeitsplatzverlust beim Erreichen einer für alle geltenden Altersgrenze.¹¹⁷ Es sichert aber die Wahlfreiheit des betroffenen Arbeitnehmers: Er kann sich entscheiden, seine Rentenansprüche geltend zu machen und dem Arbeitsmarkt endgültig fernzubleiben.¹¹⁸ Er kann sich aber auch entscheiden, sich wie-

111 Dazu bereits oben § 6 III 6 aE.

112 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 73; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 38; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 65.

113 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 73; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 38;.

114 Statt vieler *Preis*, NZA 2010, 1323 ff.

115 EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 72.

116 Siehe EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 68.

117 Zur Differenzierung zwischen allgemeinen und speziellen Altersgrenzen *Preis*, NZA 2010, 1323, 1327 f.

118 Siehe EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 73; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 74 (zweifelhaft allerdings, ob man bei der Rente iHv 228,26 € von einer Wahlfreiheit sprechen kann); EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 42 ff.

der auf den Arbeitsmarkt zu begeben.¹¹⁹ Dann schützt ihn das Diskriminierungsverbot zweifach: (1.) Er darf weder wegen seines Alters noch unter Hinweis auf die Rentenbezugsberechtigung diskriminiert werden.¹²⁰ (2.) Dem rentenbezugsberechtigten Arbeitgeber müssen beim Wiedereintritt in den Arbeitsmarkt vergleichbare Startbedingungen geboten werden. Daher darf älteren Arbeitnehmern, die eine Rente in Anspruch nehmen *könnten*, eine beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis fällige Abfindung nicht vollständig vorenthalten werden.¹²¹ Damit schützt das Nichtdiskriminierungsrecht die autonome Entscheidung, zu vergleichbaren Bedingungen Akteur des Marktes zu bleiben. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat insoweit „Biss“. ¹²² Der Gerichtshof konzipiert daher das Verbot der Altersdiskriminierung als Freiheitsrecht zweiter Ordnung.

d) Allgemeiner Freiheitsschutz: Ungleichbehandlungen aufgrund beruflicher Anforderungen

Ist das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung, kann eine daran anknüpfende Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist (§ 8 Abs. 1 AGG).¹²³ Die Prüfungsstruktur dieses Rechtfertigungsgrundes kann man erheblich vereinfachen,¹²⁴ wenn man darin einen prototypischen Anwendungsfall des rechtfertigungsfähigen Anknüpfungsverbots¹²⁵ sieht: Auf erster Stufe begrenzt die Norm den Katalog legitimer Gründe; auf zweiter Stufe ist zu prüfen, ob die diesen Zwecken folgende Anknüpfung verhältnismäßig ist. Der Rechtfertigungsgrund adressiert den Fall einer Ungleichbehandlung aufgrund eines Merkmals, das für den Arbeitgeber eine entscheidende berufliche Anforderung ist. „Demnach muss nicht der Grund, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstel-

119 EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I- (n.v.) Rn. 39 ff.

120 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 74 f; kritisch dazu *Preis*, NZA 2010, 1323, 1325; ähnlich bereits *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1239.

121 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniorforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 44; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 52 ff.

122 Vgl. instruktiv zur Prüfungsdichte die Übersicht von *Preis*, NZA 2010, 1323, 1327.

123 Siehe auch Art. 4 RL 2000/43/EG; Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG.

124 Vgl. dagegen die unübersichtliche Prüfungsstruktur bei *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 8 Rn. 14 ff.

125 Dazu oben § 6 VI 1.

len.¹²⁶ Das verpönte Merkmal ist also ein Stellvertretermerkmal. Mit der unmittelbaren Anknüpfung daran will der Arbeitgeber letztlich anhand eines im Zusammenhang stehenden Hauptmerkmals differenzieren. Die Norm geht von der Existenz eines bestimmten, extern gesetzten Handlungsziels (Zweck) aus, das nur mit der Differenzierung zu erreichen ist. Es besteht also eine rationale Beziehung zwischen dem Merkmal und dem Zweck der Ungleichbehandlung. Damit ist der Rechtfertigungsgrund auf instrumentale Diskriminierungen zugeschnitten. Das erklärt die Schwierigkeiten, Ungleichbehandlungen aus Gründen des Geschlechts und der sexuellen Orientierung durch Religionsgemeinschaften anhand dieses Rechtfertigungsgrunds zu legitimieren.¹²⁷ Instrumentale Diskriminierungen treten in zwei Varianten auf:¹²⁸ Es kann sich einmal um statistische Diskriminierungen handeln.¹²⁹ Klassisches Beispiel dafür sind Beschäftigungshöchstgrenzen, mit denen regelmäßig an die Leistungsfähigkeit der Berufsträger angeknüpft wird.¹³⁰ Folgt der Arbeitgeber keinen eigenen Präferenzen, sondern denen Dritter, liegt dagegen eine präferenzbedingte Diskriminierung vor.¹³¹ Für den *effet utile* des unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsprinzips kommt es entscheidend darauf an, wie durchlässig man den Rechtfertigungsgrund für Präferenzen Dritter ausgestaltet.

(1) Grenzen legitimer Gründe

Bei einer statistischen Diskriminierung ist der legitime Zweck grundsätzlich in zwei Schritten zu prüfen:¹³² Zunächst muss man untersuchen, ob das eigentliche Differenzierungsziel (das Primärziel) überhaupt legitim ist. Das Primärziel muss eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung sein. Das ist der Fall, wenn die Tätigkeit ohne dem Vorliegen bzw. Fehlen dieses Merkmals entweder gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann.¹³³ Ein legitimes Differenzierungsmerkmal ist beispielsweise die körperliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers bei Tätigkeiten wie Flugzeugpiloten¹³⁴ oder Berufsfeuerwehrläu-

126 Siehe EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 35; bestätigt in EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 66; vgl. dazu auch *Mohr*, EuZA 2010, 371, 376.

127 Näher dazu *Belling*, NZA 2004, 885, 886 f; *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 160 ff.

128 Siehe § 6 V 1 c).

129 Zum Begriff § 6 V 1 b).

130 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 (sozialrechtliche Zulassungsgrenze bei Kassenärzten); EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) (Höchstaltersgrenzen für Piloten); EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 (Einstellungsgrenzen für Berufsfeuerwehr); näher dazu *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 614 ff.

131 Näher oben § 6 V 1 a).

132 Grundlegend *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 156 ff.

133 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 38; BAG RIW 2010, 76 Rn. 68; BAG NZA 2010, 872 Rn. 26.

134 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 66 f.

ten, die für die Brandbekämpfung, Personenrettung und Umweltvorsorge eingesetzt werden¹³⁵. Dann muss man feststellen, ob der Arbeitgeber das verpönte Merkmal als Stellvertretermerkmal überhaupt einsetzen darf. Das ist für das Alter als *proxy* der körperlichen Leistungsfähigkeit aufgrund des anerkannten statistischen Zusammenhangs mit der körperlichen Leistungsfähigkeit regelmäßig der Fall.¹³⁶ Für das Merkmal „Geschlecht“ ist diese Frage zu bejahen, wenn der Qualifikationsnachteil ausschließlich auf biologischen Gründen beruht.¹³⁷

Das für die Prüfung relevante Anforderungsprofil der Tätigkeit setzt der Arbeitgeber. Darin realisiert sich seine grundrechtlich geschützte Freiheit, sowohl den Unternehmensgegenstand als solchen festzulegen als auch zu bestimmen, welche Arbeiten auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz zu erbringen sind.¹³⁸ Im Ausgangspunkt kommt es also nur darauf an, ob die mit dem konkreten Arbeitsplatz verbundenen Tätigkeiten das Merkmal erfordern, um die unternehmerischen Zwecke zu erreichen.¹³⁹ Insoweit öffnet sich das Nichtdiskriminierungsrecht für die Eigenrationalität der Wirtschaft. Dieser Öffnung ist ein praktisch wichtiger Filter vorgeschaltet: Der vom Arbeitgeber verfolgte unternehmerische Zweck muss seinerseits rechtmäßig sein (§ 8 Abs. 1 AGG).¹⁴⁰ Rechtfertigungsfähig sind danach nur die beruflichen Anforderungen, die ihrerseits nicht dem Schutzzweck des Diskriminierungsverbots grundlegend widersprechen. Die privatautonome Festlegung der beruflichen Anforderungen wird ihrerseits erneut vom Nichtdiskriminierungsgrundsatz beschränkt. Die Freiheit der Zwecksetzung darf weder von den privaten Akteuren noch von den Sozialpartnern oder dem Staat dazu verwendet werden, das Gleichbehandlungsgebot, einen tragenden Grundsatz des Unionsrechts, auszuhöhlen.¹⁴¹

Ist ein Arbeitsplatz neu zu besetzen, kommt es für den Arbeitgeber vorrangig auf die Verfügbarkeit des Bewerbers an. Eine Frau, die für eine Tätigkeit eingestellt werden soll, kann aber ihren arbeitsvertraglichen Pflichten nicht nachkommen, wenn sie schwanger ist. Die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers ist für den Arbeitgeber zwangsläufig eine wesentliche Voraussetzung.¹⁴² Dennoch wird die-

135 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 38 ff.

136 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 34, 41; EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 67.

137 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 38; BAG RIW 2010, 76 Rn. 68; BAG NZA 2010, 872 Rn. 26.

138 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 39.

139 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 39.

140 Vgl. eingehend BAG NZA 2009, 1019 Rn. 50 f; bestätigt in BAG NZA 2010, 872 Rn. 33.

141 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 51 (zu Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG).

142 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs. C-32/93 – *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd* = Slg. 1994, I-3567 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 4.10.2001, Rs. C-109/00 – *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* = Slg. 2001, I-6993 Rn. 29.

ser Grund bei der Schwangerschaft *von Rechts wegen* nicht berücksichtigt.¹⁴³ Würde man das privatautonome festgelegte Anforderungsprofil berücksichtigen, hätte die Richtlinie 2006/54/EG keine praktische Wirksamkeit für Schwangere. Bei einer Behinderung stellt sich auch die Frage, ob die Nicht-Behinderung eine entscheidende berufliche Anforderung ist. Diesbezüglich modifiziert das Nicht-diskriminierungsrecht erneut die rationale Einschätzung des Arbeitgebers. Er muss nämlich für behinderte Menschen¹⁴⁴ geeignete und im konkreten Fall erforderliche Maßnahmen ergreifen, um ihnen den Zugang zu Beschäftigung zu ermöglichen.¹⁴⁵ Bevor er eine Ungleichbehandlung mit beruflichen Anforderungen zu rechtfertigen versucht, muss feststehen, dass er (a) entweder diesen Anforderungen nachgekommen ist und der behinderte Mensch gleichwohl auch das modifizierte Anforderungsprofil nicht erfüllt oder (b) die erforderlichen Maßnahmen im konkreten Fall unverhältnismäßig wären.¹⁴⁶

(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die berufliche Anforderung ist verhältnismäßig, wenn sie „zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist“.¹⁴⁷ Bezugspunkte der Prüfung sind der vom Arbeitgeber mit der Tätigkeit verfolgte (legitime) unternehmerische Zweck einerseits und der in der merkmalsbezogenen Diskriminierung liegende Nachteil für den Beschäftigten andererseits.¹⁴⁸ Die Diskriminierung ist nur dann ein geeignetes Mittel, wenn sie einen objektiv nachprüfbaren inhaltlichen Bezug zum Hauptmerkmal aufweist.¹⁴⁹ Im Regelfall der statistischen Diskriminierung setzt sich die Dopplung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung fort.¹⁵⁰ Daher muss zunächst die Differenzierung nach dem Hauptmerkmal geeignet sein, das Primärziel zu erreichen. Das ist zu bejahen, wenn das Stellvertretermerkmal mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf das Hauptkriterium schließen lässt (Prognoseeignung).¹⁵¹ Allgemeine Behauptungen genügen dafür nicht.¹⁵² Während sich Gesetzgeber und Sozialpartner diesbe-

143 EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs. C-32/93 – *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd* = Slg. 1994, I-3567 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 4.10.2001, Rs. C-109/00 – *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* = Slg. 2001, I-6993 Rn. 29.

144 Nur darauf bezieht sich diese Pflicht, nichtbehinderte Dritte partizipieren daran nicht, vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 39 ff.

145 Art. 5 RL 2000/78/EG.

146 Siehe zum Ganzen *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 8 AGG Rn. 41; *Brors* in: Däubler, AGG, § 8 Rn. 36.

147 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 42; siehe auch EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 70 und BAG NZA 2009, 1019 Rn. 50 f; BAG RIW 2010, 76 Rn. 69.

148 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 51.

149 *Damm*, Menschenwürde, 2006, 370.

150 Grundlegend *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 160 ff.

151 *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 160 f.

152 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 51.

züglich auf einen Einschätzungsspielraum berufen können, scheidet das bei (sonstigen) privaten Arbeitgebern aus.¹⁵³ Deren Entscheidung ist als einseitig gesetzte nicht Gegenstand eines politischen Diskurses.¹⁵⁴ Hier muss – um die Formulierung des Gerichtshofs in der Rs. *Bilka* aufzugreifen – ein wirkliches Bedürfnis bestehen.¹⁵⁵ Private Arbeitgeber müssen für die Richtigkeit ihrer statistischen Annahmen einstehen. Der Zusammenhang ist in jedem Fall ausreichend plausibel dargelegt, wenn er aufgrund aktueller wissenschaftlicher Untersuchungen belegt ist. Das ist für eine Höchstaltersgrenze bei der Einstellung für körperlich anspruchsvolle Tätigkeiten der Fall.¹⁵⁶ Die Differenzierung nach dem Hauptmerkmal ist erforderlich, das Primärziel zu erreichen, wenn es kein ebenso geeignetes, aber weniger gleichbehandlungsrechtseinschneidendes Mittel gibt.¹⁵⁷ Kann man das Merkmal dagegen mit einem anderen Stellvertretermerkmal ersetzen, das ebenfalls einen statistischen Bezug zum Hauptmerkmal aufweist, ist die Anknüpfung an das verpönte Merkmal nicht mehr erforderlich.¹⁵⁸ Bei einer Altersdiskriminierung kommt als weniger einschneidende Maßnahme die individuelle Feststellung der Leistungsfähigkeit in Betracht.¹⁵⁹ Diese geht aber zwangsläufig mit einem wesentlich höheren Aufwand einher. Weniger einschneidend sind auch flexible Lösungen anstelle einer starren Höchstaltersgrenze.¹⁶⁰ Der Gerichtshof hat sie dennoch akzeptiert.¹⁶¹ Das beruht im Wesentlichen auf einem Gesetzgeber und Sozialpartner eingeräumten Ermessensspielraum.¹⁶² Einstellungshöchstgrenzen bei der Berufsfeuerwehr sind beispielsweise für das effiziente Funktionieren dieses Dienstes erforderlich, weil nur die ausgewogene Zusammensetzung des gesamten Dienstes ausreichend Kapazitäten für die körperlich anstrengenden Tätigkeiten bereithält.¹⁶³ Dagegen war die tarifvertragliche Festlegung der Höchstaltersgrenze für Piloten auf 60 Jahre nicht mehr erforderlich, weil nationale und internationale Regelungen den Piloten die Ausübung ihrer Tätigkeit unter bestimmten Bedingungen bis zum 65. Lebensjahr gestatten.¹⁶⁴

153 Vgl. dazu *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 172 ff, die den Punkt abweichend von der hier vertretenen Auffassung als Frage der Angemessenheit betrachtet. Ich halte dagegen den Zusammenhang zur Eignung für überzeugender; zurückhaltender dagegen *Swift*, 35 Ind. L. J. 228, 240-43 (2006), der auch dem Arbeitgeber einen – wenn auch eingeschränkten – Entscheidungsspielraum einräumen möchte.

154 Vgl. zur genuin politischen Begründung von Altersgrenzen EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 67f.

155 Vgl. EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 36.

156 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 41.

157 *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 162 f.

158 Ausführlich dazu *Groß*, Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung, 2010, 80 ff.

159 Vgl. *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 8 AGG Rn. 21.

160 Siehe *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 604 ff.

161 Siehe EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391.

162 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 69.

163 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 43.

164 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 73.

Schließlich muss das Nichtdiskriminierungsprinzip bei der Konfliktlösung angemessen berücksichtigt werden. Die Anforderung darf nicht über das zur Erreichung der angestrebten Ziele Erforderliche hinausgehen und die Interessen der ungleich behandelten Person übermäßig beeinträchtigen. Das ist vom Standpunkt des Nichtdiskriminierungsprinzips aus zu beurteilen, in das eingegriffen wird. Der Gerichtshof hat in der Rs. *Mangold* betont, „dass bei Ausnahmen von einem Individualrecht die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes so weit wie möglich mit denen des angestrebten Zieles in Einklang gebracht werden müssen“.¹⁶⁵ Erforderlich ist eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe. Die Grenze der Zumutbarkeit für die Benachteiligten muss gewahrt bleiben. Das Differenzierungsziel muss die damit einhergehende Ungleichbehandlung aufwiegen können. Innerhalb der Abwägung ist auch zu fragen, ob das Differenzierungsziel die Ungleichbehandlung im Hinblick auf die tatsächlich bestehende Verschiedenheit zu erklären vermag.¹⁶⁶ Der Grad der Ungleichbehandlung darf nicht außer Verhältnis stehen zum Grad der tatsächlichen Unterschiede der Vergleichspersonen.¹⁶⁷ Das Recht öffnet seinen Blick hier für die Individualität des Einzelnen und wirft die Frage auf, unter welchen Bedingungen andere daran ausnahmsweise soziale Nachteile anknüpfen können. Nur wenn das auch im Einzelfall zumutbar ist, ohne dass der Schutz des Nichtdiskriminierungsprinzips entleert wird, darf der Eingriff erfolgen.

(3) Rechtfertigung der Anknüpfung an Präferenzen Dritter?

Erhebliche Probleme bereitet die Rechtfertigung präferenzbedingter Diskriminierungen,¹⁶⁸ wenn der Arbeitgeber nicht eigenen Präferenzen, sondern subjektiven Präferenzen Dritter folgt.¹⁶⁹ Es ist für den Arbeitgeber nämlich rational, sich nach den Erwartungen seiner Kunden zu richten. Der Europäische Gerichtshof war in der Rs. *Feryn* mit der Problematik konfrontiert. Der Arbeitgeber hatte die nach ethnischer Herkunft differenzierende Einstellungspolitik seines Unternehmens damit verteidigt, dass er den Forderungen seiner Kunden – und deren diffusum Sicherheitsbedürfnis – nachkomme.¹⁷⁰ Der Gerichtshof hat eine Rechtfertigung nach Art. 4 RL 2000/43/EG gar nicht angesprochen. Das ist konsequent: Würde man die diskriminierenden Präferenzen Dritter generell als Rechtfertigungsgrund berücksichtigen, wäre die praktische Wirksamkeit des Nichtdiskriminierungs-

165 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 65.

166 Vgl. dazu allgemein *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 192.

167 Siehe *Damm*, Menschenwürde, 2006, 372.

168 Zum Begriff oben § 6 V 1 a).

169 Dazu vertiefend *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 372 ff.

170 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.

rechts hinfällig. Das Nichtdiskriminierungsprinzip bezweckt gerade die Veränderung bestehender Verhältnisse, indem es die Auswirkungen entsprechender Vorurteilsstrukturen zurückdrängt.¹⁷¹ Rationale Diskriminierungen bilden ein systemisches Geflecht, auf das die davon Betroffenen keinen Einfluss haben. Es entsteht, indem jeder seine stereotypen Erwartungen von den ebenfalls stereotypen Erwartungen anderer abhängig macht und dadurch reproduziert.¹⁷² Das klassische Beispiel dafür ist die Fluggesellschaft, die nur Frauen als Flugbegleiterinnen einstellte, weil sie männliche Kunden anzögen, die attraktive Frauen präferierten.¹⁷³ Die Berücksichtigung derart diffuser Interessen potentieller Abnehmer ist nach dem hier vertretenen Ansatz schon nicht rechtmäßig.¹⁷⁴ Das Nichtdiskriminierungsrecht löst damit das Gefangenendilemma der Marktakteure: Es ist für den Anbieter nicht rational, sich von seinem Stereotyp zu lösen, solange andere ihre Handlungsfreiheit dementsprechend ausüben.¹⁷⁵ Das Recht beseitigt ein Marktversagen, indem es den systemischen Zirkel an einer Stelle unterbricht. Der Steuerungszweck dieser Regulierung ist seinerseits aber durchaus problematisch, weil das Diskriminierungsverbot Ausweichreaktionen hervorrufen kann, die ihrerseits die zu beseitigende Ungleichbehandlung wieder perpetuieren.¹⁷⁶ Schwieriger zu lösen sind dagegen die Fälle, in denen die tatsächlich existierenden oder nur angenommenen Kundenpräferenzen unmittelbare Auswirkungen auf die Art der beruflichen Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung haben können.¹⁷⁷

aa) Gleichheitssensitive Berücksichtigung von Drittpräferenzen

Im Ausgangspunkt können bei der privatautonomen Festlegung des Anforderungsprofils auch Beziehungen zu Dritten ausschlaggebend sein: „Die Verfolgung unternehmerischer Zwecke kann nämlich nicht losgelöst von solchen Beziehungen, z.B. zu Kunden oder Personen, denen gegenüber bestimmte Leistungen zu erbringen sind, betrachtet werden.“¹⁷⁸ Kann eine Gemeinde die Position einer Gleichstellungsbeauftragten nur mit einer Frau besetzen, obwohl die Tätigkeit ei-

171 Siehe *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 3 Rn. 15.

172 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 21 f.

173 *Wilson v. Southwest Airlines, Co.*, 517 F.Supp 292, 293, 300 (N.D. Texas)(1981).

174 So auch *Brors* in: *Däubler*, AGG, § 8 Rn. 17; anders *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 378 ff, der darauf abstellt, ob in der Kundenpräferenz eine herabwürdigende Ausgrenzung liegt. Das beruht auf seiner persönlichkeitsrechtlichen Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts, die ich schon im Ansatz nicht teile, dazu oben § 6 II 2 b) (1).

175 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 24.

176 Dieses Dilemma war letztlich Gegenstand der Entscheidung zum Mutterschaftsgeld, BVerfGE 109, 64, 89 ff.

177 Siehe dazu *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 327; *Falke* in: *Falke/Rust*, AGG, § 8 Rn. 20 f; *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 8 Rn. 42 ff.

178 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 39.

ner Gleichstellungsbeauftragten grundsätzlich auch von einem Mann ausgeübt¹⁷⁹ werden kann?¹⁸⁰ Nach den konkreten Tätigkeitsschwerpunkten sollte die Integrationsarbeit mit zugewanderten Frauen, sowohl mit der Initiierung von Projekten und Beratung/Betreuung von Gruppen als auch mit der Einzelberatung, einen Schwerpunkt der Tätigkeit der Gleichstellungsbeauftragten bilden. Ein zweiter Schwerpunkt lag in der Zusammenarbeit mit frauenrelevanten Organisationen, Initiativen und Institutionen.¹⁸¹ Beide Aspekte, so das Bundesarbeitsgericht, könnten aufgrund der spezifischen Kommunikationsbedingungen in diesen sozialen Kontexten nur von einer Frau effizient ausgeübt werden.¹⁸² Damit konstituiert die Umwelt einer Tätigkeit die Bedingungen für ihre Ausübung. Wenig hilfreich ist die Unterscheidung zwischen diskriminierenden Erwartungen Dritter und solchen Kundenpräferenzen, denen „kein diskriminierender Charakter innewohnt“.¹⁸³ Das setzt einen Rekurs auf subjektive Momente bei Dritten voraus, die für das Vorliegen einer Diskriminierung aber irrelevant sind. Überzeugend ist dagegen der Hinweis des Gerichts, dass eine bestimmte Geschlechtszugehörigkeit eine authentische Aufgabenwahrnehmung fördere und das erforderliche Vertrauensverhältnis zu einer bestimmten Gruppe erst gewährleiste.¹⁸⁴ Diese Argumente beziehen sich direkt auf die Umweltsensitivität des Nichtdiskriminierungsrechts. Sie zeigen, dass das Nichtdiskriminierungsrecht seine Umweltbedingungen nicht ignorieren kann. Nicht die „Motivation ausländischer Frauen, [...] von Opfern von Frauendiskriminierung und von frauenspezifischen Organisationen“ ist entscheidend.¹⁸⁵ Ausschlaggebend ist deren spezifisches Kommunikationsbedürfnis, das von zwei Faktoren geprägt ist: ihrer eigenen Individualität und Gruppenzugehörigkeit und den sozialen Kontexten, in die sie gerade wegen ihres Geschlechts und ihrer Religion eingebunden sind. Im Ausgangspunkt kann nämlich der Wunsch, nur mit Mitgliedern der eigenen Gruppe zu kommunizieren oder in soziale Interaktion zu treten, eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Damit verfehlte man das Ziel des Nichtdiskriminierungsrechts. Das Zusammentreffen mit Personen anderer Gruppenzuschreibungen ist einer freiheitlich-demokratischen und pluralistischen Gesellschaft immanent.¹⁸⁶ Der Arbeitgeber darf aber annehmen, dass muslimische Frauen, Opfer von Frauendiskriminierung und Vertreter frauenspezifischer Organisationen eine Frau als Ansprechpartner bevorzugen, um einen Gegenpol zu den herrschenden männergeprägten Kommunikationsprozessen zu haben. Es geht darum, ihnen einen kommunikativen Freiraum

179 BAG NZA 1999, 371, 373.

180 BAG NZA 2010, 872.

181 BAG NZA 2010, 872.

182 Siehe BAG NZA 2010, 872 Rn. 30 f.

183 So aber BAG NZA 2010, 872 Rn. 36.

184 BAG NZA 2010, 872 Rn. 36.

185 So aber BAG NZA 2010, 872 Rn. 37.

186 Vgl. BGH JZ 2012, 686 (zum Fall *Udo Voigt*).

zu schaffen. Das ermöglicht es der Stadt über die Gleichstellungsbeauftragte, strukturelle Diskriminierung von Frauen abzubauen und damit auf die Verwirklichung der Gleichberechtigung dieser Frauen hinzuwirken. Die Diskriminierung des männlichen Bewerbers ist damit ein Mittel, um die Gleichberechtigung der Frauen als Gruppe zu verbessern. Diese Zielsetzung des Arbeitgebers ist gleichheitssensitiv. Aus der Wertung des § 5 AGG folgt, dass sie prinzipiell rechtmäßig ist.

bb) Drittpräferenzen und Stereotype

Die Berücksichtigung von Präferenzen Dritter bei der Ausgestaltung des Anforderungsprofils einer Tätigkeit birgt erhebliche Gefahren für das Nichtdiskriminierungsprinzip. Das lässt sich an einem Beispielsfall belegen, in dem es um die Einstellung einer Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin für ein Gymnasium mit angeschlossenem Mädcheninternat ging.¹⁸⁷ Für diese Tätigkeit sei das weibliche Geschlecht auch in einem gemischten Internat eine wesentliche Anforderung.¹⁸⁸ Grund dafür sei der Nachtdienst im Wohngebäude der *Schülerinnen*.¹⁸⁹ Die beschriebenen Tätigkeiten (Lichtschluss, die Kontrolle, ob alle Mädchen in ihren Zimmern sind, Wecken am Morgen, Betreuung erkrankter Mädchen) können von einem Mann genauso gut verrichtet werden. Das Bundesarbeitsgericht stellt dagegen auf den sozialen Kontext der Tätigkeit ab. Ein Mann würde die Rechte auf Achtung der Würde des Menschen und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit der Schülerinnen, insbesondere den Schutz der Intimsphäre, gefährden und gegebenenfalls beeinträchtigen.¹⁹⁰ Dafür führt das Gericht zwei interessante Gründe an:

1. *„Es entspricht der Lebenserfahrung, dass eine natürliche und freie Bewegung von Jugendlichen und jungen Erwachsenen eingeschränkt ist, wenn eine erwachsene Person des anderen Geschlechts die Wasch- und Sanitarräume bzw. die Schlafzimmer betreten kann.“*¹⁹¹
2. *„Es ist bei einer männlichen Aufsichtsperson, die im Nachtdienst eingesetzt wird, auf Grund möglicherweise entstehender sexueller Interessen wesentlich eher mit Komplikationen zu rechnen als dies bei einer weiblichen Aufsichtsperson der Fall ist.“*¹⁹²

Es sollte immer hellhörig machen, wenn sich Gerichte in Rechtfertigungsdiskursen auf die „Lebenserfahrung“ berufen. Dahinter verbergen sich häufig stereotype Annahmen. Eine Dekonstruktion der Entscheidungsbegründung zeigt ihr erschreckendes Ausmaß: Mit Argument (1.) will das Gericht „das Schamgefühl der

187 BAG NZA 2009, 1019.

188 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 40 ff.

189 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 41.

190 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

191 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

192 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

„jungen Frauen“ schützen.¹⁹³ Diese Aussage des Gerichts muss man leider wörtlich nehmen. *Alten* Frauen wird das Schamgefühl nämlich konsequent abgesprochen. Das zeigt die Praxis von Alten- und Pflegeheimen. Das Geschlecht ist dort nicht unverzichtbare Voraussetzung für den Einsatz als Pflegekraft.¹⁹⁴ Der Schutz der Intimsphäre hängt danach vom Alter des Menschen ab. Bei jungen Mädchen sei die Intimsphäre dagegen gefährdet, wenn sie von einem männlichen Erzieher „im Nachthemd, teilweise nur mit einem umgeschlungenen Handtuch bedeckt“,¹⁹⁵ auf dem Flur angetroffen werden. Dagegen hat anscheinend keiner Bedenken, wenn männliche Pfleger alte Frauen im Intimbereich waschen. Das Argument der Intimsphäre überzeugt daher nicht. Es ist vorgeschoben. Der eigentliche Grund ist die Furcht vor dem sexuellen Interesse des männlichen Erziehers. Damit erklärt sich auch die unterschiedliche Behandlung von alten und jungen Frauen: Alten Frauen wird Sexualität und sexuelle Intimität pauschal abgesprochen. Sie werden als sexuelles Wesen neutralisiert, weil sie von Männern nicht mehr als sexuell attraktiv wahrgenommen werden. Damit neutralisiert man ihr Schamgefühl bei der Interaktion mit Menschen des anderen Geschlechts gleich mit. Die alte Frau brauche sich nicht mehr zu schämen, weil sie ohnehin nicht mehr begehrt werde. Dagegen wird der Blick des männlichen Erziehers auf die junge Frau, die „im Nachthemd, teilweise nur mit einem umgeschlungenen Handtuch bedeckt“,¹⁹⁶ über die Gemeinschaftsflure streift, radikal sexualisiert. Weil er Mann ist und weil sie eine junge Frau ist, kann es gar keine andere als eine sexuell aufgeladene Stimmung geben. Vor dieser sei die junge Frau selbstverständlich zu schützen.

Freilich ist der Ausschluss männlicher Bewerber *overinclusive* und *underinclusive* zugleich. *Overinclusive* ist er, weil er den Fall des schwulen Bewerbers ignoriert. Der Blick eines schwulen Mannes auf die Schülerin „im Nachthemd, teilweise nur mit einem umgeschlungenen Handtuch bedeckt“,¹⁹⁷ lässt sich nicht sexualisieren. Die Differenzierung ist *underinclusive*, weil sie die lesbische Erzieherin – ein klassischer Topos im Mädcheninternatsfilm!¹⁹⁸ – ignoriert. Ihr Blick lässt sich durchaus sexualisieren. Das Argument des Bundesarbeitsgerichts unterstellt jedem männlichen Bewerber ein (a) heterosexuelles Begehren, das (b) auf Personen gerichtet ist, die ihm zur Erziehung, Ausbildung oder Betreuung anvertraut sind. Die Person, die als Erzieher, Sportlehrer und Sozialpädagoge eine persönliche Beziehung zu den Schülerinnen aufzubauen hat, wird nur als sexuell aktiver Mann wahrgenommen. Diese Zuschreibung ist skandalös. Man sieht das

193 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

194 ArbG Bonn PflR 2001, 318.

195 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 41.

196 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 41.

197 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 41.

198 Vgl. den Film „Mädchen in Uniform“, der zweimal, 1931 und 1958 (dann mit Romy Schneider und Lilli Palmer in den Hauptrollen), verfilmt wurde; siehe <http://www.filmportal.de>.

nicht sofort, weil der abgelehnte Bewerber kein Angehöriger einer klassischen Minderheit ist. Modifiziert man das Beispiel ein wenig, ändert sich das: Ein verpartnerter Lehrer/Erzieher bewirbt sich auf die entsprechende Stelle für das Jungeninternat. Er wird mit folgender Begründung abgelehnt: Es ist bei einer homosexuellen Aufsichtsperson, die im Nachtdienst eingesetzt wird, auf Grund möglicherweise entstehender sexueller Interessen wesentlich eher mit Komplikationen zu rechnen als dies bei einer heterosexuellen Aufsichtsperson der Fall ist. Der Bewerber wird damit nicht nur auf seine Homosexualität reduziert. Man spricht ihm zugleich die pädagogische Fähigkeit ab, ein weitgehend entsexualisiertes Verhältnis zu seinen Schülern aufzubauen. In der Konsequenz führte dies dazu, dass jeder pädagogische Beruf, der über die im Sportunterricht gegebene Intimität hinausreicht¹⁹⁹, für schwule Männer verschlossen bliebe: weil sie männlich und weil sie schwul sind. Die Vorstellung, dass homosexuelle Männer als solche sexuelle „Komplikationen“²⁰⁰ im Verhältnis zu ihren Schülern herbeiführen, greift tief in die Mottenkiste überkommener und falscher Vorurteile. Es ist der paradigmatische Fall von Diskriminierung. Sie zu rechtfertigen, hieße in den Kernbereich des Nichtdiskriminierungsrechts einzugreifen. Dieses schützt den Einzelnen vor falschen Zuschreibungen. Das gilt auch für den heterosexuellen Bewerber. Ihm wird die pädagogische Eignung, mit seinem sexuellem Begehren oder dem seiner Schülerinnen umzugehen, pauschal abgesprochen, weil er ein Mann ist. Ihm wurde die Chance genommen, im Bewerbungsgespräch darzulegen, wie er sich den Umgang mit den „sexuellen Komplikationen“ vorstellt. Nach dem Vorverständnis des Gerichts führt die Präsenz eines Mannes, der immerhin als Pädagoge auch eine persönliche Vertrauensbeziehung zu den Schülerinnen aufgebaut haben sollte, unvermittelt zur Sexualisierung des Internatslebens. Davor will es das Internat freihalten. Dieses Ziel ist berechtigt. Das dafür eingesetzte Mittel ist es nach meiner Einschätzung nicht.

3. Rechtfertigungsgründe des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots

Nach klassischer Auffassung kann „eine freiheitliche Gesellschaft ebenso wie eine Wettbewerbswirtschaft nicht auf Freiräume zur Differenzierung verzichten“.²⁰¹ Diese Freiräume werden in der Konzeption des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts über den Anwendungsbereich²⁰² und auf Rechtfertigungsebene verwirklicht. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot kennt insgesamt sie-

199 Das BAG grenzt den Bewerber vom Sportlehrer ab, vgl. BAG NZA 2009, 1019 Rn. 46.

200 So der vom BAG verwendete Begriff, BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

201 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b).

202 Dazu § 6 IV.

ben (!) Rechtfertigungsgründe. Man kann das System der Rechtfertigungsgründe kaum als geglückt bezeichnen.²⁰³

a) Allgemeiner Rechtfertigungsgrund

Die unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ist keine Verletzung des Benachteiligungsverbots, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt (§ 20 Abs. 1 AGG; Art. 4 Abs. 4 RL 2004/113/EG). Dogmatisch betrachtet, ist es ein Rechtfertigungsgrund²⁰⁴ von Ungleichbehandlungen in den von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG erfassten Schuldverhältnissen.²⁰⁵

(1) Prüfungsstruktur

Die Rechtfertigung erfolgt anhand einer zweistufigen Prüfungsstruktur: (1.) Der Benachteiligende muss die Ungleichbehandlung mit einem sachlichen Grund erklären können. Diese Rechtfertigungsprüfung ist der Kern des Nichtdiskriminierungsrechts. Sie schränkt die Freiheit des Normadressaten, ohne sachlichen Grund unterscheiden zu dürfen, ein. Wer das als „Unfreiheitsvermutung“ beschreibt²⁰⁶, übersieht, dass es dadurch nicht zu einem Weniger an, sondern zur Verlagerung von Freiheit kommt.²⁰⁷ Rechtfertigungspflichten schränken als solche die Marktfreiheit nicht ein. Sie schützen die gleiche Freiheit aller Marktakteure.²⁰⁸ Daher kann nicht jeder beliebige Grund ein sachlicher Grund sein.²⁰⁹ Es muss sich um einen legitimen Grund handeln.²¹⁰ Das folgt aus dem engen Zusammenhang zwischen den besonderen Diskriminierungsverboten einerseits und der Rechtfertigungsstruktur des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs andererseits.²¹¹ § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-4 AGG enthält vier Regelbeispiele²¹² sachlicher Gründe.

(2.) Die Verwirklichung des legitimen Ziels muss hinsichtlich der damit verbundenen Einschränkung des Nichtdiskriminierungsprinzips verhältnismäßig sein. Im Unterschied zu §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1, 10 AGG („angemessen“ und „er-

203 Kritisch auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (1).

204 BT-Drs. 16/1780, S. 43; OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2671; aus der Literatur statt vieler *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 20 Rn. 1; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 1; *Wendtland* in: *Bamberger/Roth*, BGB, § 20 AGG Rn. 1; *Mansel* in: *Jauernig*, BGB, § 20 AGG Rn. 1, 3.

205 *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 96.

206 *Pfeiffer*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 994.

207 *Coester*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 115, 124.

208 Siehe dazu bereits im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot aus § 20 Abs. 1 GWB oben § 5 IV 3 c) (4).

209 Zumindest missverständlich *Stork*, ZEuS 2005, 1, 43; *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 673.

210 *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 20 Rn. 2.

211 Ansatzweise bereits *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 13.

212 BT-Drs. 16/1780, S. 43.

forderlich“) fehlt im Wortlaut des § 20 Abs. 1 AGG ein Hinweis auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt aber aufgrund einer systemkonformen Auslegung.²¹³ Für das Merkmal Geschlecht zwingt Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG zu seiner Berücksichtigung. Bei den übrigen Merkmalen wurzelt seine Geltung als Kollisionsregel in der objektiven Wirkung von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG.²¹⁴ Grundrechtsdogmatisch ist das AGG ein Beispiel dafür, wie ein auf der Ebene des einfachen Rechts mediatisiertes, mehrpoliges Verfassungsrechtsverhältnis zu konfligierenden Positionen zweier Grundrechtsträger führt, die vom Staat auszugleichen sind.²¹⁵ Diese grundrechtsdogmatische Verankerung führt zur Rezeption der verfassungsdogmatischen Rechtfertigungsmöglichkeiten. Dazu zählt insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Er bildet die Schnittstelle zwischen konventionsrechtlichem, unionsrechtlichem, verfassungsrechtlichem und einfachrechtlichem Diskriminierungsverbot.²¹⁶ Dabei muss man sich permanent vergegenwärtigen, dass seine Anwendung im zivilrechtlichen Teil des AGG nur eine modifizierte sein kann, weil der Normadressat auch Grundrechtsberechtigter ist.

(2) Rechtfertigung intrinsischer Diskriminierungen

Mit § 20 Abs. 1 AGG kann der Benachteiligende im Grundsatz sowohl intrinsische als auch instrumentale Diskriminierungen rechtfertigen.²¹⁷ Voraussetzung dafür ist, dass sich für die intrinsische Diskriminierung ein legitimer Grund finden lässt. Die Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit allein – und damit die Berufung auf die Privatautonomie – genügt dafür nicht. Das bestätigt § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AGG für Diskriminierungen aus Gründen der Religion. Zweifelhafte ist, ob diese Rechtfertigungsmöglichkeit auch für andere Merkmale gilt, sofern diese einen auch nur mittelbaren Bezug auf die selbstbestimmte Ausübung der Religion haben. Angenommen, eine katholische Kirchengemeinde will einen für Hochzeitsfeiern zur Verfügung stehenden Gemeindesaal nicht vermieten, wenn dort statt einer Ehe eine Lebenspartnerschaft gefeiert werden soll.²¹⁸ Das Selbstverständnis der Gemeinde ist verfassungsrechtlich geschützt (Art. 140 GG

213 IE *Stork*, ZEuS 2005, 1, 43; *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 20 Rn. 6; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 20 Rn. 2; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 12; *Armbrüster* in: Erman, § 20 AGG Rn. 4; *Franke/Schlichtmann* in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 11; *Wendeling-Schröder* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 20 Rn. 6; *Weimann* in: Hey, AGG, § 20 Rn. 17; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (1); anders nur *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 20 Rn. 3; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 20 Rn. 6.

214 Vgl. dazu *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 336 ff.; mit kritischer Tendenz *Badura*, ZaöRV 68 (2008), 347, 353 ff.; zum Ganzen auch oben § 4 II 3 c).

215 Zum Begriff *Callies*, JZ 2006, 321, 325 ff.

216 Vgl. BVerfGE 124, 199 Rn. 88; näher zu diesem Zusammenhang *Grünberger*, FPR 2010, 203 ff.

217 Zur Differenzierung § 6 V 1 c).

218 Vgl. AG Neuss NJW 2003, 3785.

iVm Art. 137 Abs. 3 WRV) und aufgrund dieser besonderen freiheitsrechtlichen Absicherung im Prinzip ein legitimer Grund. Die Ungleichbehandlung ist auch geeignet und erforderlich, dem ethischen Selbstverständnis nach außen hin Ausdruck zu verleihen. Ob sie im Einzelfall angemessen ist, hängt nach meiner Einschätzung von den jeweils gegebenen Umständen ab. An dieser Stelle ist beispielsweise zu berücksichtigen, ob der Interessent auf den Saal angewiesen ist.²¹⁹ Handelt es sich beispielsweise um den einzigen geeigneten Saal einer Dorfgemeinschaft und stellt ihn die Kirchengemeinde grundsätzlich für eine Bandbreite weltlicher Veranstaltungen zur Verfügung, halte ich die Weigerung, darin Lebenspartnerschaften feiern zu lassen, für unverhältnismäßig. Der Saal ist dann Bestandteil der sozialen Infrastruktur der Dorfgemeinschaft. Er zählt dann nicht mehr zu den genuin „eigenen Angelegenheiten“ der Kirchengemeinde. Das beschränkt ihren Spielraum, zu entscheiden, wer darin feiern darf. Wer seine Nutzung homosexuellen Menschen verweigert, weil sie homosexuell sind, zementiert damit die vom AGG aufzubrechende Statushierarchie, weil damit zugleich auch gesagt wird, wer zur Dorfgemeinschaft gehört und wer nicht.

(3) Begrenzung der expansiver Tendenzen ökonomischer Eigenrationalität

Der Schwerpunkt liegt freilich bei den marktkonformen Differenzierungen als Fallgruppe instrumentaler Ungleichbehandlung. Im Ausgangspunkt hat „jede rechtmäßige Form privatautonomer Nutzenmaximierung“²²⁰ das Potential zum legitimen Grund. Angesichts der damit einhergehenden Vielfalt legitimer Ziele fragt sich *Dieter Schwab* nicht ohne Grund,

„warum man ein entsprechendes wirtschaftliches Verhalten erst mit einem moralisch hoch aufgeladenen Verbot belegt, um es dann mit ökonomischen Gründen pauschal zu rechtfertigen.“²²¹

Die knappe Antwort darauf lautet: Ökonomische Gründe können die Ungleichbehandlung nicht „pauschal“ rechtfertigen. Sie müssen ihrerseits wettbewerbskonform sein. Selbst dann steht der autonome Systemcharakter des Rechts einer kritiklosen Öffnung ökonomischer Zusammenhänge entgegen.²²² Die vom AGG angeordnete Rechtfertigungsprüfung verdeutlicht die Eigenrationalität des Rechts. Der ökonomische Rationalitätsgewinn muss nach rechtlichen Maßstäben daraufhin geprüft werden, ob er auch *rechtlich* legitim ist. Das setzt voraus, dass

²¹⁹ Zu diesem Kriterium siehe *Neuner*, JZ 2003, 57, 62; *Neuner*, 2 ERCL 35, 46 (2006), der es allerdings nicht als Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung einordnet; ähnlich auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (3), wenngleich nach ihm Ausweichmöglichkeiten immer zu berücksichtigen sind, während ich das auf den Fall des § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AGG beschränken möchte.

²²⁰ *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (2).

²²¹ *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 675.

²²² Dazu näher *Teubner*, KritV 1993, 367, 376 ff.

er sich an den politischen Zielen des AGG messen lassen muss. Das Prinzip ökonomischer Effizienz wird damit Gegenstand einer Gerechtigkeitskontrolle, deren Maßstäbe insoweit vom Recht vorgegeben sind. Daher ist es für die Rechtfertigung grundsätzlich²²³ irrelevant, ob die betroffene Person naheliegende Ausweichmöglichkeiten am Markt hat.²²⁴ Dagen ließe sich wieder ökonomisch argumentieren: Weil es funktionierenden Wettbewerb gibt, fehle der betroffenen Person das Rechtsschutzbedürfnis.²²⁵ Das ist mit der Funktion des Nichtdiskriminierungsprinzips nicht vereinbar. Gerade wegen der Diskriminierung einer Person und dem damit verbundenen Eingriff in den Anspruch, als Gleicher in den Teilsystemen der Gesellschaft behandelt zu werden, stellt es solche Argumente ökonomischer Rationalität auf den Prüfstand.

Nehmen wir beispielsweise die klassischen Fälle gezielter Ansprache von Kundenkreisen, die der Anbieter anlocken möchte: Bei einer „LadiesNight“ gewährt eine Diskothek nur weiblichen Gästen freien Eintritt oder freie Getränke. Auch bei Partnervermittlungsbörsen im Internet und Telefonsexhotlines ist die Nutzung dieser Dienste vielfach nur für die männliche Kundschaft kostenpflichtig.²²⁶ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sei diese Konditionendifferenzierung über § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AGG rechtfertigungsfähig. Sie bezwecke „die gezielte Ansprache von Kundenkreisen, die der Anbieter anlocken möchte. Diese Maßnahmen sind also nicht diskriminierend, sondern im Gegenteil sozial erwünscht bzw. Bestandteil einer auf Wettbewerb beruhenden Wirtschaft. Ein Verbot dieser Praktiken würde auch den objektiv benachteiligten Personenkreisen nicht helfen, denn der Anbieter würde nicht mit der Erstreckung der Vorteile auf alle Kunden reagieren, sondern mit dem Verzicht auf jegliche Vergünstigung.“²²⁷ An dieser Begründung ist nicht nur vieles merkwürdig,²²⁸ sie widerspricht auch den klaren Vorgaben in Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG.²²⁹ Die Richtlinie erlaubt nur eine unterschiedliche Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen, nicht aber eine Preisdifferenzierung bei ihrer gemeinsamen Inanspruchnahme.²³⁰ Damit sollen stereotype Annahmen über Frauen und (!) Männer hinterfragt werden. Die hier diskutierten Geschäftsmodelle basieren in exemplarischer Weise auf solchen Annahmen und verstärken sie dadurch. Der Grund für die Privilegierung von Frauen liegt auf der Hand: Über ein „attraktives Geschlechterverhältnis“ werden „männliche, voll zahlende Kunden angelockt“.²³¹ Frauen können nur aufgrund

223 Zur Ausnahme bei bestimmten intrinsischen Diskriminierungen siehe oben § 6 VI 3 a) (2).

224 Deziert anders aber *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (3).

225 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (3).

226 *Rath/Rütz*, NJW 2007, 1498.

227 BT-Drs. 16/1780, S. 44.

228 Zutreffend, wenngleich auch von einem anderen Standpunkt *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 674 f.

229 Zutreffend *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 20 Rn. 6.

230 Vgl. Erwägungsgrund (17) RL 2004/113/EG.

231 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 43; iE auch *Rath/Rütz*, NJW 2007, 1498.

ihrer Privilegierung als Kunden gewonnen werden und Männer zahlen einen höheren Preis dafür, dass „ausreichend“ Frauen verfügbar sind. Deshalb (!) solle ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung wegen des Geschlechts fehlen.²³² Das ist eine überraschende Schlussfolgerung. Sie beruht auf einer spezifisch heteronormativen Rollenzuschreibung an das jeweilige Geschlecht. Überspitzt formuliert, drängt sich die Parallele zur Prostitution geradezu auf: Männer bezahlen – indirekt – die Frauen, die ihrerseits nur wegen des Geldes partizipieren. Mir ist es daher ein Rätsel, wie man ernsthaft behaupten kann, dass bei diesen auf Stereotypen basierenden Geschäftsmodellen der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht tangiert sei. Das Gegenteil ist der Fall. So sah es jedenfalls der *Equality Officer* im irischen Fall *O'Connor v. The Icon Night Club (Limeric)*: Der kostenlose Eintritt von Frauen an Donnerstagen beruhte ausschließlich auf der Erwägung, mehr Männer anzuziehen. Das war nach irischem Recht nicht rechtfertigungsfähig.²³³ Nach Unionsrecht ebenfalls nicht.

Probleme werfen erneut die Fälle instrumentaler Diskriminierung auf, die auf Präferenzen Dritter beruhen.²³⁴ Darf ein Reiseveranstalter es ablehnen, mit einer Reisegruppe behinderter Menschen zu kontrahieren, weil er sich ansonsten Minderungs- oder Schadensersatzansprüchen Dritter (§§ 651d, 651f BGB) ausgesetzt sieht (§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG)?²³⁵ Unabhängig davon gibt es Urlauber, die das „Leid auf der Welt [...] jedenfalls während des Urlaubs nicht sehen“ wollen²³⁶ und daher im nächsten Jahr woanders hinreisen. Wenn die Anzahl potentieller Vertragspartner mit diskriminierenden Präferenzen größer ist als die der von einer Ungleichbehandlung Betroffenen, handelt er rational, wenn er sich an den Kundenpräferenzen orientiert. Ist Gewinnmaximierung in jedem Fall ein sachlicher Grund zur Diskriminierung? Für das Merkmal Geschlecht erlaubt Erwägungsgrund (16) RL 2004/113/EG die Rücksichtnahme auf subjektive Präferenzen, wenn und soweit damit Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter oder der Interessen von Männern und Frauen verfolgt werden. Vom Standpunkt des Rechts aus betrachtet, sind das spezifische Kommunikationsbedingungen seiner politischen, wirtschaftlichen und sozialen Umwelt. Wenn das Vorhandensein eines an sich verpönten Merkmals für den Kommunikations-

232 Rath/Rütz, NJW 2007, 1498, 1499 f; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 43; Armbrüster in: Erman, § 20 AGG Rn. 11; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 20 Rn. 11; Grüneberg in: Palandt, § 20 AGG Rn. 5; deutlich zurückhaltender dagegen Bittner in: Falke/Rust, AGG, § 20 Rn. 15.

233 *O'Connor v. The Icon Night Club (Limeric)*, DEC-S2004-001, <http://www.equalitytribunal.ie/uploadedfiles/Press/DECS2004001.pdf>.

234 Dazu weiterführend Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 18 ff; Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 15. Zur Behandlung im beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot siehe § 6 VI 2 d) (3).

235 Vgl. dazu AG Frankfurt NJW 1980, 1965; LG Frankfurt NJW 1980, 1169; AG Flensburg NJW 1993, 272, die solche Ansprüche bejahten; zutreffend dagegen Brox, NJW 1980, 1939 f; in neuerer Zeit AG Kleve NJW 2000, 84 und Neumer, NJW 2000, 1822, 1833.

236 LG Frankfurt NJW 1980, 1169, 1170.

vorgang innerhalb dieser Teilsysteme prägend ist, hat das Recht darauf Rücksicht zu nehmen. Die Ungleichbehandlung ist daher gerechtfertigt, soweit sie mit dem generellen politischen Ziel des Nichtdiskriminierungsrechts – der Überwindung von Statushierarchien²³⁷ – vereinbar ist.²³⁸ Damit kann man beispielsweise die Ungleichbehandlung²³⁹ des (damaligen) NPD-Vorsitzenden *Udo Voigt* durch ein Hotel in Brandenburg rechtfertigen. Dafür genügt es freilich nicht, dass die von seiner „Partei vertretenen rechtsextremen Positionen bei anderen Gästen Missfallen erregen oder gar als Provokation empfunden [werden]“.²⁴⁰ „Zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung bedarf es daher eines zusätzlichen, über die Funktionsträgerschaft in einer Partei hinausgehenden Kriteriums.“²⁴¹ Man muss vielmehr erklären, warum die gegen seine Beherbergung gerichteten Kundenreaktionen vor dem Hintergrund des Nichtdiskriminierungsprinzips sozial adäquat waren. Dafür kann man an die vom Kläger vertretenen politischen Anschauungen anknüpfen,²⁴² die sich in der Sache gerade gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft (Art. 1 RL 2000/43/EG) richten. Im Protest der anderen Hotelgäste verwirklicht sich das Ziel des Nichtdiskriminierungsprinzips, Statushierarchien in der Gesellschaft abzubauen. Weil die anderen Gäste mit ihrem Protest zu seinem Agenten werden, schützt es deren subjektive Präferenzen.²⁴³ Das ist die wehrhafte Seite des Nichtdiskriminierungsprinzips. Daran scheitert die allgemeine Rechtfertigung mit den Kundenpräferenzen. Für den Anbieter kann die Berücksichtigung diskriminierender Kundenpräferenzen nur rational sein, wenn er damit die Wünsche der zahlenmäßig größeren Gruppe respektiert. Damit wird die Statushierarchie gefestigt, die das Nichtdiskriminierungsrecht zugunsten von Minderheiten beseitigen will. Wer daneben die Berücksichtigungsmöglichkeit ökonomisch rechtfertigt²⁴⁴, übersieht die regulatorische Wirkung des Nichtdiskriminierungsrechts: Weil im Prinzip keiner mehr diskriminieren darf, besteht keine Ausweichmöglichkeit des Kunden. Darin liegt der spezifisch marktintervenierende und marktgestaltende Charakter des Nichtdiskriminierungsrechts.

237 Dazu oben § 6 I 2.

238 In der Sache übereinstimmend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (2).

239 Zu erinnern ist daran, dass es sich nicht um einen Fall des § 19 Abs. 1 AGG handelt, weil Udo Voigt aufgrund seiner politischen Einstellung diskriminiert wurde, die im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht kein verpönte Merkmal ist; vgl. BGH JZ 2012, 686 Rn. 9.

240 So wohl BGH JZ 2012, 686 Rn. 16.

241 *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 692.

242 Zutreffend *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 692.

243 Siehe dazu auch § 6 IV 2 b)(1)(aa).

244 Beispielsweise *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 21.

b) Rechtfertigung geschlechtsbedingter Differenzierungen in Versicherungsverträgen

Bei Versicherungen erlaubt § 20 Abs. 2 S. 1 AGG für Prämien oder Leistungen unter bestimmten Voraussetzungen eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts. Die Regelung ist abschließend.²⁴⁵ Das Gesetz macht damit von der in Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG enthaltenen Ermächtigung Gebrauch.²⁴⁶ Dogmatisch ist es ein Fall einer erlaubten unmittelbaren²⁴⁷ Diskriminierung. Rechtstatsächlich betrachtet, handelt es sich um eine instrumentale und statistische Diskriminierung: Zwischen dem Geschlecht als Stellvertretermerkmal und der individuellen Risikobewertung als angestrebtem Hauptmerkmal besteht nach herkömmlicher Auffassung ein ausreichender statistischer Zusammenhang.

Seit dem 21.12.2012 können sich Versicherer nicht mehr auf § 20 Abs. 2 S. 1 AGG berufen. Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG kollidiert nämlich mit Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 Grundrechte-Charta und ist daher unanwendbar.²⁴⁸ Weil damit die unionsrechtliche Ermächtigung des Rechtfertigungsgrundes wegfällt, verletzt § 20 Abs. 2 S. 1 AGG den unmittelbar anwendbaren allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts zum Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts und kann daher auch im Privatrechtsverkehr nicht mehr angewendet werden.²⁴⁹ Damit hat sich die umstrittene Frage, ob der Rechtfertigungsgrund gegen Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG verstößt,²⁵⁰ erledigt. Die Entscheidung ist auf erhebliche Kritik gestoßen.²⁵¹ Sie ist zwar in methodischer Hinsicht kein Glanzstück des Gerichtshofs,²⁵² in der Sache aber zutreffend.

Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG verstößt gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta und gegen das Gleichheitsgebots von Män-

245 *Ambrosius* in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 36; aA *Armbrüster*, VersR 2006, 1297, 1301.

246 BT-Drs. 16/1780, S. 45.

247 Siehe zur Einordnung auch GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 37.

248 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773; zu Zeitpunkt und Rechtsfolgen eingehend *Purnhagen*, NJW 2013, 113, 114 ff.

249 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 50 f; EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff.

250 Dafür *Wrase/Baer*, NJW 2004, 1623 ff; dagegen *Wandt*, VersR 2004, 1341 ff; vertiefend zum Ganzen *Ambrosius* in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 46 ff.

251 *Armbrüster*, LMK 2011, 315339; *Armbrüster*, VersR 2010, 1578; *Brand*, VersR 2011, 1337; *Effer-Ube* in: Schulze (Hrsg.), Non-Discrimination in European Private Law, 2011, S. 109 ff; *Felix/Sangi*, ZESAR 2011, 257; *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445; *Kahler*, NJW 2011, 894; *Kroll-Ludwigs*, JZ 2011, 734; *Looschelders*, VersR 2011, 421; *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296; *Mönnich*, VersR 2011, 1092; *Purnhagen*, EuR 2011, 690; *Rolfs/Binz*, VersR 2011, 714; *Sagmeister*, VersR 2011, 187; *Schwintowski*, VersR 2011, 164; *Temming*, jurisPR-ArbR 14/2011 Anm. 5; sehr kritisch auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) bb).

252 Zutreffend *Kahler*, NJW 2011, 892 ff.

nen und Frauen in Art. 23 Abs. 1 Grundrechte-Charta.²⁵³ Die Norm erlaubt eine ungleiche Behandlung von Frauen und Männern auf dem Versicherungsmarkt, obwohl beide Nachfrager von Versicherungsleistungen und damit vergleichbar sind.²⁵⁴ Dafür ist es unerheblich, ob sich Frauen und Männer aufgrund ihrer Risikokategorien unterscheiden.²⁵⁵ Das verpönte Merkmal spielt im Rahmen der Vergleichbarkeit bewusst keine Rolle.²⁵⁶ Die Frage statistischer Risikokategorien ist nämlich eine Frage der Rechtfertigung. Die unternehmerische Freiheit der Versicherer ist im Ausgangspunkt ein legitimes Differenzierungsziel.²⁵⁷ Die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Risikobewertung aufgrund relevanter und genauer versicherungsmathematischer und statistischer Daten genügt aber nicht den strengen Rechtfertigungsanforderungen für eine Differenzierung aufgrund des Geschlechts.²⁵⁸ Ungleichbehandlungen sind nur dann erlaubt, „wenn sich mit Sicherheit feststellen lässt, dass es relevante Unterschiede zwischen Männern und Frauen gibt, die eine solche Behandlung erfordern“.²⁵⁹ Diesen Anforderungen genügt der statistische Zusammenhang nicht: Statistisch festgestellte Unterschiede werden dadurch pauschalisiert und auf das Geschlecht zurückgeführt. Dabei kann es sich auch um die Auswirkungen verhaltensbedingter Faktoren handeln, die aufgrund des gesellschaftlichen Wandels nicht mehr eindeutig mit dem Geschlecht einer Person in Verbindung zu bringen sind.²⁶⁰ Als klassisches Stereotyp²⁶¹ scheitert auch der Rechtfertigungsansatz aufgrund „naturwissenschaftlich-biologische[r] Unterschiede“, die „auf der Hand liegen“.^{262, 263} Die bisher praktizierte statistische Diskriminierung führt zu unterschiedlichen Versicherungsprämien und -leistungen für alle männlichen und alle weiblichen Versicherten. Diese Ungleichbehandlung ist nur gerechtfertigt, wenn sie auf objektiven

253 Zur zeitlichen Anwendbarkeit siehe EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 16. Anders noch GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 27 f; eingehend zum Problem *Kabler*, NJW 2011, 894 f; *Purnhagen*, EuR 2011, 690, 697 ff.

254 Siehe EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 29 f; ausführlicher GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 41 ff, 44 ff.

255 Anders Rat und Kommission, vgl. die Nachweise bei EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 27; aus dem Schrifttum statt vieler *Schwintowski*, VersR 2011, 164, 168 ff.

256 Siehe § 6 V 2 a) (2).

257 Zutreffend insoweit *Kabler*, NJW 2011, 894, 896; *Schwintowski*, VersR 2011, 164, 166 f.

258 Siehe GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 58 ff. Eine eingehende Prüfung der Verhältnismäßigkeit differenzierender Versicherungsbedingungen hat *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 205 ff vorgelegt.

259 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 60; ganz ähnlich bereits BVerfGE 85, 191, 207.

260 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 61-63.

261 Siehe zu diesem Zusammenhang *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 17 ff.

262 *Schwintowski*, VersR 2011, 164, 170.

263 Vgl. dazu auch *Schmitz*, Sex, gender, and the brain – biological determinism versus socio-cultural constructivism, in: Klinge/Wiesemann, Sex and Gender in Biomedicine, 2010, 57 ff.

Kriterien beruht, die nichts mit einer Diskriminierung des Geschlechts zu tun haben. An diesem Standard scheitert die Versicherungswirtschaft.²⁶⁴

c) Rückausnahme bei Schwanger- und Mutterschaft

Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft rechtfertigen keine Ungleichbehandlung in Versicherungsverträgen (§ 20 Abs. 2 S. 2 AGG).²⁶⁵ Der Gedanke ist verallgemeinerungsfähig und auf alle Schuldverhältnisse des § 19 Abs. 1 AGG zu übertragen.²⁶⁶ Für eine Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaft akzeptiert das Recht keine legitimen Gründe. Es handelt sich um Kosten, die von Männern und Frauen in gemeinsamer Verantwortung entstehen und deshalb vom jeweiligen Versicherungskollektiv auch gemeinsam zu tragen sind.²⁶⁷ Das hat das Amtsgericht Hannover in einer staunenswerten Entscheidung offenbar übersehen.²⁶⁸ Eine Schwangere beantragte, als Familienmitglied in die private Kranken- und Pflegeversicherung ihres Ehemannes aufgenommen zu werden. Die Versicherung bot ihr einen Abschluss nur unter Ausschluss der Heilbehandlungskosten an, die durch die bestehende Schwangerschaft und anschließende Entbindung entstehen. Das Amtsgericht verneinte bereits die unmittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG), weil es die Schwangere mit einem Mann vergleicht, der sich die Knochen brach und auch nicht aufgenommen worden wäre. Der angebotene Vertrag mit Leistungsausschluss beruhe lediglich auf einem anerkannten Prinzip risikoadäquater Kalkulation (§ 20 Abs. 2 S. 3 AGG). An diesem Urteil ist leider alles falsch. Die Schwangere ist nicht mit kranken Männern, sondern mit interessierten Versicherungsnehmern unabhängig von ihrem Geschlecht zu vergleichen.²⁶⁹ Die Ungleichbehandlung beruht auf der Schwangerschaft, die von Art. 4 Abs. 1 lit. a) RL 2004/113/EG als Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts eingeordnet wird.²⁷⁰ § 20 Abs. 2 S. 3 AGG ist irrelevant, weil sich eine Benachteiligung des Geschlechts nur nach § 20 Abs. 2 S. 1 AGG richtet. Die Ungleichbehandlung war wegen § 20 Abs. 2 S. 2 AGG ausdrücklich untersagt. Der Versicherer war zur Aufnahme der Schwangeren gezwungen, obwohl sich der Versicherungsfall bereits verwirklicht hat. Das Prinzip risikoadäquater Prämienkalkulation beruht auf der Bildung statistischer Vergleichsgruppen. Ob diese Gruppen zu diesem Zweck aber gebildet werden dürfen, hängt von den jeweiligen rechtlichen Rah-

264 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats* ASBL = Slg. 2011, I-773 Rn. 67; aA *Armbrüster*, VersR 2010, 1578, 1580 ff.

265 Art. 5 Abs. 3 RL 2004/113/EG.

266 *Armbrüster* in: Erman, § 20 AGG Rn. 17.

267 Zutreffend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) bb.).

268 AG Hannover VersR 2009, 348.

269 Siehe oben § 6 V 2 a) (1).

270 Vgl. Erwgr. (20) RL 2004/113/EG.

menbedingungen ab.²⁷¹ Das Unionsrecht verbietet es, für Schwangere und Mütter eine besondere Risikokalkulation zu bilden, auch wenn diese Personen höhere Versicherungsleistungen in Anspruch nehmen sollten. Das ist die Konsequenz des allgemein für richtig gehaltenen Rechtfertigungsausschlussgrundes.²⁷²

d) *Nivellierung der Rechtfertigungsanforderungen bei sonstigen Versicherungsverträgen*

Das Gesetz erleichtert die Rechtfertigung einer statistischen Diskriminierung bezüglich der Merkmale Religion, Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität in Versicherungsverträgen (§ 20 Abs. 2 S. 3 AGG). Den Versicherungsunternehmen ist danach nicht nur die Differenzierung bei Prämien und Leistungen erlaubt, sondern jede benachteiligende Handlungsweise.²⁷³ Das erfasst auch die Verweigerung des Vertragsabschlusses insgesamt.²⁷⁴ Inhaltlich genügt es, wenn die Differenzierung auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht.²⁷⁵ Eine risikoadäquate Kalkulation liegt bereits dann vor, wenn nach vertretbarer Auffassung die Daten geeignet und erforderlich sind, einen signifikanten Zusammenhang zwischen Merkmal und Risiko herzustellen. Dabei ist von einem Beurteilungsspielraum des Versicherers auszugehen.²⁷⁶

Die Rechtfertigungsmöglichkeiten dürfen aber nicht zu einer inhaltlichen Aushöhlung des Diskriminierungsverbots führen. Mit § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG erfüllt der Gesetzgeber eine ihn aus Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG treffende Schutzpflicht.²⁷⁷ Diese verpflichtet ihn dazu, die von ihm angenommenen Diskriminierungen auch mit geeigneten Mitteln zu bekämpfen.²⁷⁸ Geeignet sind solche Daten, die zu vertretbaren Kosten statistisch erfassbar sind und einen deutlichen statistischen Zusammenhang mit der Schadenserwartung haben.²⁷⁹ Kein ausreichender Zusammenhang besteht beispielsweise zwischen der Homosexualität

271 Siehe GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 47.

272 *Looschelders*, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 141, 152.

273 Dazu *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 20 Rn. 26 f; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 20 Rn. 9. Anders *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 55, der das Merkmal auch auf § 20 Abs. 2 S. 3 AGG bezieht und für sonstige Handlungsweisen eine Rechtfertigung nach § 20 Abs. 1 AGG für möglich hält, oder *Ambrosius* in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 40, die auch eine Zugangs differenzierung tragen will.

274 Siehe OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2671.

275 Siehe *Armbrüster*, VersR 2006, 1297, 1298 f.

276 OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2671.

277 Siehe dazu *Uerpman-Wittzack*, ZaöRV 68 (2008), 359 ff; *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, § 181 Rn. 144 und oben § 4 II 3 c) und 4 b).

278 Siehe dazu die zum Unionsrecht getroffene Stellungnahme von GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 35, die sich inhaltlich ohne weiteres auf das deutsche Verfassungsrecht übertragen lässt.

279 *Thüsing/von Hoff*, VersR 2007, 1 (unter IV.4.a).

männlicher Versicherter und einer HIV-Neuinfektion.²⁸⁰ Diese Relation trifft keine belastbaren Aussagen darüber, wie wahrscheinlich es für einen homosexuellen Mann ist, an HIV zu erkranken. Daher ist die Anknüpfung an dieses Merkmal ungeeignet, weil *overinclusive*: Jeder homosexuelle Mann wird ausgeschlossen, obwohl nur eine Minderheit HIV-infiziert ist. Sie ist auch deshalb nicht geeignet, weil die Homosexualität ihrerseits nur ein Stellvertretermerkmal ist. Mit dem Versicherungsausschluss soll das Risiko ausgeschlossen werden, dass sich die Infektion als Folge ungeschützten Sexualverkehrs einstellt. Die sexuelle Orientierung einer Person lässt keine verlässlichen Rückschlüsse darauf zu, ob sie sich diesem risikoerhöhenden Verhalten aussetzt. Wer das Gegenteil annimmt, tappt in die Falle stereotyper Annahmen. Erforderlich ist die Anknüpfung an die genannten Merkmale, wenn sie nicht mit vertretbaren Kosten von anderen, gleich geeigneten Daten ersetzt werden können. An dieser Stelle wird sich der Einschätzungsspielraum des Versicherers regelmäßig auswirken.

e) Besonderer Rechtfertigungsgrund bei der Wohnraumvermietung

Art. 19 Abs. 3 AGG enthält einen besonderen Rechtfertigungsgrund, der nur auf die Wohnraumvermietung anzuwenden ist.²⁸¹ Die Regelung ist aus vielen Gründen problematisch. Insbesondere ist unklar, wie sie sich mit dem Ausschluss jeder Rechtfertigungsmöglichkeit bei Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft vereinbaren lässt.²⁸²

f) (Fast) Keine Rechtfertigung einer „Rassendiskriminierung“

Bei einer Ungleichbehandlung wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft reduziert das Gesetz die Rechtfertigungsgründe auf „nahe null“. Das folgt aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 AGG und der Richtlinie 2000/43/EG.²⁸³ Ungleichbehandlungen können lediglich mit spezifischen Maßnahmen gerechtfertigt werden, mit denen Benachteiligungen verhindert oder ausgeglichen werden (§ 5 AGG, Art. 5 RL 2000/43/EG). Insoweit kann man § 19 Abs. 3 AGG als grundsätzlich von der Richtlinie zugelassene, aber auch begrenzte positive Maßnahme ansehen.²⁸⁴ Damit steht die Rasse und ethnische Herkunft an der Spitze der zivilrechtlichen Diskriminierungshierarchie.

²⁸⁰ Anders *Thüsing/von Hoff*, VersR 2007, 1 (unter IV.4.d).

²⁸¹ *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 75.

²⁸² Zum Problem näher *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 284 f; *Eggert* in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 120 ff; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 85.

²⁸³ BT-Drs. 16/1780, S. 43.

²⁸⁴ *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 19 Rn. 22; eingehend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) cc).

g) Positive Maßnahmen

(1) Überblick

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht erlaubt die Ungleichbehandlung aufgrund eines Merkmals, wenn es sich um geeignete und angemessene Maßnahmen handelt, mit denen bestehende Nachteile wegen eines verpönten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen (§ 5 AGG). Grundlage dafür sind die Ermächtigungsvorschriften im Primär-²⁸⁵ und Sekundärrecht²⁸⁶ und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit²⁸⁷ dieser Differenzierung. Dabei handelt es sich um „Maßnahmen, die zwar nach ihrer äußeren Erscheinung diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen.“²⁸⁸ Wird ein bestimmtes Merkmal als *tie breaker* eingesetzt – etwa „Geschlecht“ bei Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen²⁸⁹ – oder werden bestimmte Leistungen ungleich an Angehörige einer Merkmalsgruppe erbracht²⁹⁰, sieht das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht darin eine tatbestandliche Ungleichbehandlung wegen des verpönten Merkmals. Das Unionsrecht folgt also einer formalen, symmetrischen und individualschützenden Konzeption des Diskriminierungsverbots.²⁹¹ Positive Maßnahmen können aber

285 Art. 157 Abs. 4 AEUV; Art. 23 Abs. 2 Grundrechte-Charta.

286 Art. 5 RL 2000/43/EG; Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 6 RL 2004/113/EG; Art. 3 RL 2006/54/EG; Art. 5 RL 2010/41/EU. Zur einheitlichen Interpretation des Unionsrechts grundlegend EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 41; vertiefend zum Streitstand *Burg*, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, 2009, 35 ff.

287 Dazu BVerfGE 92, 91, 109; BVerfGE 85, 191, 207 mwN; deutlich restriktiver beispielsweise *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 309 ff. Zur Frage, ob die Umsetzung in § 5 AGG den Wesentlichkeitsanforderungen an Grundrechtseingriffe genügt, siehe *Hinrichs* in: Däubler, AGG, § 5 Rn. 17.

288 Grundlegend EuGH, Urt. v. 25.10.1988, Rs. 312/86 – *Kommission v. Frankreich* = Slg. 1988, 6315 Rn. 15; zuletzt EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 33 mwN.

289 EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 16; EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* = Slg. 1997, I-6363 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97 – *Badeck* = Slg. 2000, I-1875 Rn. 17.

290 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 30 (Kindertagesstätte nur für Arbeitnehmerinnen); EuGH, Urt. v. 30.9.2004, Rs. C-319/03 – *Bribeche v. Ministre de l'Intérieure* ua = Slg. 2004, I-8807 Rn. 20 (höheres Einstellungsalter im öffentlichen Dienst für wiederverheiratete Witwen); EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 23 ff (Anspruch auf „Stillzeiturlaub“ der Männer hängt von der Arbeitnehmereigenschaft der Partnerin ab, während Frauen immer Anspruch darauf haben).

291 Deutlich GA Tesouro, Schlussanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 10 f.

eine tatbestandlich gegebene Diskriminierung rechtfertigen.²⁹² Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt bei dieser Rechtfertigung eine entscheidende Rolle zu.²⁹³ Er entwickelt sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zunehmend zum Instrument, um solche positiven Maßnahmen kritisch zu hinterfragen, die einerseits auf faktische Ungleichheiten in der sozialen Wirklichkeit reagieren, sie aber zugleich verstärken.²⁹⁴

(2) Nichtdiskriminierung zwischen principle und policy

Das Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung ermöglicht der jeweils betroffenen Person, gegen eine tatsächlich eingetretene oder unmittelbar bevorstehende Ungleichbehandlung wegen eines oder mehrerer verpönter Merkmale vorzugehen. Das ist der Kern des als *Rechtsprinzip* konstruierten Nichtdiskriminierungsgrundsatzes. Dieses Prinzip hat aber Schwächen.²⁹⁵ Es weist insbesondere die Verantwortung für die Ungleichbehandlung ausschließlich einem Normadressaten zu und ignoriert damit die vielschichtigen sozialen und institutionellen Ursachen von Diskriminierung in den Kommunikationsprozessen der jeweiligen Teilsysteme. Als Rechtsprinzip beschränkt es sich auf die Sanktionierung des konkret verbotenen Verhaltens. Das zwingt die Gerichte in den Fällen institutionalisierter Diskriminierung dazu, Rechtsfolgen selbst zu gestalten. Die von U.S.-Gerichten angeordneten Maßnahmen zur effektiven Beseitigung der Rassentrennung in Schulen²⁹⁶ und zur Beseitigung diskriminierenden Arbeitsumfelder²⁹⁷ dehnten die Grenzen des Nichtdiskriminierungsrechts ins Äußerste und blieben auch deshalb umstritten.²⁹⁸ Eine wichtige Ergänzung des Nichtdiskriminierungsprinzips sind deshalb gestalterische Maßnahmen, mit denen die volle Gleichstellung bisher benachteiligter Gruppen als Aufgabe der Rechtsgestaltung

292 Vgl. EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 25 f; *Krebbier* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 74; *Rebbahn* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 157 AEUV Rn. 50; wohl auch *Epiney/Abt*, Recht der Gleichstellung, 2003, 199; aA *Raasch* in: Falke/Rust, AGG, § 5 Rn. 11 ff (tatbestandsausschließend).

293 Dazu jetzt vertiefend *Burg*, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, 2009, 89 ff.

294 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 41; dazu bereits oben § 6 III 2 a); EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 7 ff.

295 Ausführlich *Fredman*, 12 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 369 (2005); siehe auch *Fredman*, Positive Rights and positive duties, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 72, 79 ff.

296 Vgl. dazu weiterführend *Chemerinsky*, Constitutional Law, 2007, 721 ff.

297 Siehe *Local 28 of Sheet Metal Workers' Intern. Ass'n v. E.E.O.C.*, 478 U.S. 421 (1986), worin eine Gewerkschaft verpflichtet wurde, mindestens 29 % nicht-weiße Mitglieder aufzunehmen.

298 Vgl. die Minderheitsvoten in *U.S. v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987).

Frauen bei der Beförderung oder Besetzung von Stellen unter bestimmten Bedingungen zu bevorzugen sind, beseitigen oder verringern in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten. Sie begünstigen Frauen, um deren Fähigkeit zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter den gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn verwirklichen zu können.³¹³ Selbst bei gleicher Qualifikation besteht nämlich die Tendenz, männliche Bewerber vorrangig vor weiblichen Bewerbern zu befördern. Das hängt mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben und mit der Befürchtung zusammen, dass Frauen ihre Laufbahn häufiger unterbrechen, dass sie ihre Arbeitszeit aufgrund häuslicher und familiärer Aufgaben weniger flexibel gestalten oder dass sie durch Schwangerschaften, Geburten und Stillzeiten häufiger ausfallen.³¹⁴ Das Völkerrecht bestätigt, dass durch die Zulässigkeit positiver Maßnahmen das Recht auf vorhandene Ungleichheiten in den Teilsystemen der Gesellschaft reagiert.³¹⁵

(3) Dialektik der Gleichbehandlung

Im Unterschied zum (negativen) Diskriminierungsverbot beruhen positive Maßnahmen auf einer materialen Konzeption von Gleichheit.³¹⁶ Positive Maßnahmen kompensieren die strukturellen Benachteiligungen von Minderheiten. Sie bezwecken in den Worten von Generalanwalt *Tesaro* „die Sicherstellung der tatsächlichen Wirksamkeit des Gleichheitssatzes, indem sie solche Ungleichheiten zulassen, die zu dessen Verwirklichung erforderlich sind.“³¹⁷ Auch nach dem CEDAW-Ausschuss ist „a purely formal legal or programmatic approach [...] not sufficient to achieve women's de facto equality with men, which the Com-

313 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 18-20; EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* = Slg. 1997, I-6363 Rn. 26-28; EuGH, Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97 – *Badeck* = Slg. 2000, I-1875 Rn. 54; EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 32 f.

314 EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* = Slg. 1997, I-6363 Rn. 29; EuGH, Urt. v. 6.7.2000, Rs. C-407/97 – *Abrahamsson und Anderson v. Fogelqvist* = Slg. 2000, I-5539 Rn. 47 f.

315 Vgl. dazu Art. 1 Abs. 4 ICERD und Art. 4 Abs. 1 CEDAW. Zur Entscheidungspraxis zu Art. 26 IPBPR Menschenrechtsausschuss, *Guido Jacobs v. Belgium*, Communication No. 943/2000, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/943/2000 (2004), zugreifbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/943-2000.html> [Stand: 30.12.2012]; weiterführend zur Verankerung im Völkerrecht siehe *De Schutter* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 781 ff.

316 Vgl. EuGH, Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97 – *Badeck* = Slg. 2000, I-1875 Rn. 32; EuGH, Urt. v. 6.7.2000, Rs. C-407/97 – *Abrahamsson und Anderson v. Fogelqvist* = Slg. 2000, I-5539 Rn. 48; *Epiney/Abt*, Recht der Gleichstellung, 2003, 200 ff.; *De Schutter* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 759 ff.; zu den unterschiedlichen Konzeptionen näher *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 126 ff.

317 GA Tesaro, Schlussanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 17.

mittee interprets as substantive equality.”³¹⁸ Positive Maßnahmen dürfen daher nicht merkmalsblind sein. Sie ermöglichen dem Recht, die Differenz von Personen aufgrund des relevanten sozialen Kontexts wieder wahrzunehmen. Das führt unter bestimmten Umständen dazu, dass eine ungleiche Behandlung notwendig ist, um diesen Differenzen gerecht zu werden.³¹⁹

Das Recht differenziert anhand eigentlich verpönter Merkmale. Diese Differenzierung ist das Instrument, um die „wirkliche“ Gleichheit von Personen zu erreichen; eine Gleichheit, die nicht neutral, sondern unter wertender Berücksichtigung der Unterschiede betrachtet wird.³²⁰ Darin liegt die dialektische Pointe positiver Maßnahmen. *Justice Blackmun* brachte das in *Regents of University of California v. Bakke* auf den Punkt:

„In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently.“³²¹

Ordnet man dem Gleichheitsgrundsatz sowohl ein Prinzip der rechtlichen/formalen als auch der faktischen/materialen Gleichheit zu, kommt es zwangsläufig zum Paradoxon der Gleichheit: Was nach dem einen Prinzip eine Gleichbehandlung, ist nach dem anderen eine Ungleichbehandlung und umgekehrt.³²² Verzichtete man vollständig auf den einen oder anderen Aspekt, ließe sich das vermeiden. Worauf aber wäre zu verzichten? Das Prinzip der formalen Gleichheit ist dafür zu fest im westlichen Verfassungsdenken verankert. Daher war es konsequent, dass *Justice Powell* auf *Justice Blackmun* erwiderte:

„The guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another color. If both are not accorded the same protection, then it is not equal.“³²³

Gleichbehandlung ist für ihn zunächst ein formales Rechtsprinzip. Jede Anknüpfung an Rasse und ethnische Herkunft ist grundsätzlich eine Verletzung des Anspruchs jedes Individuums, nicht aufgrund seiner Rasse oder ethnischen Herkunft unterschiedlich behandelt zu werden, unabhängig davon, ob es der

318 CEDAW, General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, No. 8, [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) [Stand: 30.12.2012].

319 CEDAW, General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, No. 8, [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) [Stand: 30.12.2012].

320 Vgl. GA Tesaro, Schlusssanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 16.

321 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 407 (1978)(Blackmun, J., conc. & diss. in part).

322 Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 378 f.

323 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 289-290 (1978)(Powell, J.).

Mehrheit angehört und die Differenzierung einen „guten“ Zweck³²⁴ verfolgt.³²⁵ Es kam also auf die Auslegung des formal konzipierten Diskriminierungsverbots an.³²⁶ *Justice Powell* verzichtete aber auch nicht vollständig auf das Prinzip³²⁷ faktischer Gleichheit, weil er eine Berücksichtigung der Differenz – und damit eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse – unter bestimmten Voraussetzungen zuließ.³²⁸ Lassen sich die Konzeptionen formaler und materialer Gleichbehandlung vereinbaren? Nicht alle Gleichstellungsmaßnahmen führen den Konflikt mit dem Diskriminierungsverbot herbei.³²⁹ Es gibt eine Reihe von Maßnahmen, die auf spezifische Bedürfnisse bisher benachteiligter Minderheiten eingehen, ohne zugleich Dritte aufgrund eines verpönten Merkmals ungleich zu behandeln.³³⁰ Dazu zählen zum Beispiel die Prozesse, die man unter dem Begriff des *Gender Mainstreaming* zusammenfasst.³³¹ Zum Problem werden positive Maßnahmen, wenn die Entscheidung des Normadressaten eines Diskriminierungsverbots zugunsten eines Merkmalsträgers zwangsläufig zu Lasten eines anderen Merkmalsträgers ausfällt. Das hat zu einer intensiv geführten Kontroverse im U.S.-Recht,³³² im Unionsrecht und im nationalen Verfassungsrecht über die Zulässigkeit solcher positiven Maßnahmen geführt.³³³ In den U.S.A. steht man der Berücksichtigung verpönter Merkmale mittlerweile³³⁴ sehr skeptisch gegenüber. In einer jüngeren

324 Sehr kritisch zur Möglichkeit des Staates, „gute Zwecke“ einer Rassendiskriminierung zu definieren zuletzt *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 742 (2007).

325 Siehe *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 291-300 (1978)(Powell, J.).

326 Dazu weiterführend *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 316 ff.

327 Dazu, dass es sich um eine Konzeption eines Rechtsprinzips handelt, siehe *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 380 ff. Dieses Prinzip ist die verfassungsrechtliche Grundlage einer Gleichstellungspolitik.

328 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 311-314 (1978).

329 Um diesen Konflikt zutreffend beschreiben zu können, kommt es auf den Unterschied zwischen Gleichstellung und Diskriminierungsverboten an, vgl. dazu *Kocher*, RdA 2002, 167, 168 ff, die sich mit Recht gegen ihre irreführende Verwendung bei *Fastrich*, RdA 2000, 65 ff wendet.

330 Vgl. dazu GA Tesauro, Schlussanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 9 (kritisch zu dieser Kategorisierung *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 302 f, weil sich die einzelnen Maßnahmen nicht so eindeutig, wie vom GA vorgegeben, trennen ließen); zum Ganzen näher *De Schutter* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 761 ff.

331 Vgl. dazu *Kocher*, RdA 2002, 167, 172 ff.

332 Siehe dazu *Richmond v. J.A. Croson Co*, 488 U.S. 469, 493-498 (1989); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995) zur Rechtmäßigkeit von städtischen bzw. bundesrechtlichen Förder Richtlinien, nach denen der jeweilige Auftragnehmer verpflichtet wurde, einen bestimmten Anteil des Auftragsvolumens an Subunternehmer weiterzugeben, die einer ethnischen Minderheit angehören; *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003) zur automatischen Berücksichtigung der Rasse und ethnischen Herkunft der Bewerber in einem von einem College der University of Michigan verwendeten Auswahlverfahren mit Punktesystem; *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) zur individuellen Berücksichtigung von Rasse und ethnischer Herkunft bei der Auswahl zur *law school*.

333 Dazu näher aus rechtsvergleichender Sicht *Schubert*, Affirmative Action und Reverse Discrimination, 2003, 51-209; speziell zur Debatte im U.S.-Recht jetzt im Überblick *Burg*, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, 2009, 142-178.

334 Vgl. aber schon *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 219-222 (1979)(Rehnquist, J., diss.) und *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*, 480 U.S. 616, 670 (1987) (Scalia, J., diss.).

