

Anwendungsbereichs besonderer Diskriminierungsverbote bewegen und sich unmittelbar oder mittelbar aus grundrechtlichen Quellen speisen.

II. Warum Nichtdiskriminierungsrecht?

Die Unterscheidung zwischen speziellem und allgemeinem Nichtdiskriminierungsrecht ist auch rechtstheoretisch geboten. Sie macht auf die unterschiedlichen Geltungsgründe aufmerksam. An sich stellt sich die Geltungsfrage für das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nicht. Sie ist aufgrund der Existenz im positiven Recht beantwortet. Ganz anders ist die Lage beim allgemeinen Nichtdiskriminierungsrecht. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur unmittelbaren Geltung des Verbots der Altersdiskriminierung jenseits des zeitlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie in der Rs. *Mangold*¹ zeigt exemplarisch, wie schwierig es für Gerichte ist, die Geltung eines allgemeinen Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zu begründen.² Sie hat dem Gericht den Vorwurf eingetragen, einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts zu „erfinden“.³ Richtig verständlich wird diese Kritik erst, wenn man in der Analyse des Nichtdiskriminierungsrechts zwei Problemkreise deutlich trennt: (1.) die (positivistische) Frage nach dem Geltungsgrund und (2.) die (nicht-positivistische) Frage nach der Legitimationsgrundlage von Diskriminierungsverboten.

1. Geltungsgrund

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht ist ein klassischer Anwendungsfall von Privatrecht im europäischen Mehrebenenmodell.⁴ Dieser Begriff bietet einen hinreichend flexiblen Rahmen, das in der Union und in den Mitgliedstaaten zusammen geltende Privatrecht zu analysieren.⁵ Damit ist keine Vorstellung von Über-

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

2 Dazu näher *Metzger*, 75 RabelsZ (2011), 845 ff.

3 Statt aller *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz*, „*Mangold*“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, 17 ff mwN.

4 Grundlegend zur Verwendung im privatrechtlichen Diskurs *Joerges*, 3 ELJ 1997, 378, 386 ff; *Joerges*, 8 Eur. Rev. Priv. L. 1, 3 ff (2000); *Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, ZERP-Diskussionspapier, 2006, http://www.zerp.uni-bremen.de//streamfile.pl?mod=publication&area=files&file=1256802368_9674_0&mime=application/pdf&id=43 ff; kritisch dazu *Basedow*, ACP 2000 (2000), 482 f; zustimmend dagegen *Deckert*, Paradigmenwechsel im Privatrecht?, in: *Furrer*, Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, 2006, 85, 87 f; *Leible*, Marktintegration und Privatrechtsvereinheitlichung, in: *Furrer*, Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, 2006, 5, 11 ff. Zur Herkunft aus dem politikwissenschaftlichen Diskurs vgl. *Scharpf*, Mehrebenenpolitik im vollendeten Binnenmarkt, MPIFG-Discussion Paper 94/4, 1994, http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/mpifg_dp/dp94-4.pdf, S. 1 ff; weitere Nachweise bei *Metzger*, Extra legem, intra ius, 2009, 115 Fn. 24.

5 *Metzger*, Extra legem, intra ius, 2009, 117 ff.

oder Unterordnung verbunden.⁶ Es gibt nämlich keine hierarchische Grundstruktur zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.⁷ Nur wenn man die verzahnten Entscheidungsbefugnisse von Union und Mitgliedstaat als bewegliche Ebenen konzipiert, wird man zu differenzierten und bereichsspezifischen Antworten gelangen können.⁸ Dieses Modell ermöglicht es zudem, neben dem Unionsrecht die gesamte mitgliedstaatliche (Privat-) Rechtsordnung zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob sie auf harmonisiertem oder nicht harmonisiertem Recht beruht.⁹ Das ist für die Analyse des in Deutschland geltenden Privatrechts von zentraler Bedeutung. Darin liegt der vielleicht wichtigste Grund dafür, in der hier vorgelegten Untersuchung die im Unionsprivatrecht und im nationalen Privatrecht aufgespürten Gleichbehandlungsgrundsätze mit diesem Modell zu erklären. Dabei gehe ich nicht von einem Zweiebenensystem¹⁰ aus, sondern von mindestens drei Ebenen:¹¹ Rechtsordnung der Mitgliedstaaten, Unionsrecht und das Völkerrecht. Das ist schon deshalb zu berücksichtigen, weil zahlreiche Diskriminierungsverbote in völkerrechtlichen Verträgen verankert sind.¹² Die Berechtigung des Mehrebenensystems zeigt sich dabei besonders deutlich hinsichtlich des Diskriminierungsgrundes „Behinderung“. Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v. 13.12.2006¹³ enthält in Art. 4 lit. e) die Verpflichtung aller Vertragsstaaten, „alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen zu ergreifen“. Adressaten dieser Schutzpflicht sind nicht nur die Mitgliedstaaten. Auch die Union wird nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunde daran gebunden sein, weil die EG den Vertrag als ihre Rechtsvorgängerin (Art. 1 Abs. 1 EUV) unterzeichnet hat.¹⁴

a) Nationales Recht

Geltungsgrund des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz v. 14.8.2006 (AGG).¹⁵ Das AGG spricht nicht von der „Diskriminierung“, sondern von der „Benachteiligung“. Man wollte sich damit nicht inhaltlich positionieren, sondern sich lediglich von der negativen Konnota-

6 So denn auch Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 559, 596; Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 117.

7 Wahl, Der Staat 48 (2009), 587, 602.

8 Näher dazu Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 117f.

9 Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 118.

10 So etwa Grundmann, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2010, 285, § 10 Rn. 2.

11 Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 119 ff.

12 Rudolf in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 2 Rn. 16 ff. Dazu näher oben § 4 II 2.

13 BGBl. II 2008, S. 1420.

14 Siehe dazu auch unten § 6 III 5.

15 BGBl. I 2006, S. 1897.

tion des Diskriminierungsbegriffs absetzen.¹⁶ Das ist Sprachkosmetik. Diskriminierung und Benachteiligung werden hier synonym verwendet. § 7 Abs. 1 AGG verbietet die Benachteiligung von Beschäftigten (§ 6 Abs. 1 AGG) aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (beschäftigte rechtliches Benachteiligungsverbot). § 19 Abs. 1 und Abs. 2 AGG verbieten Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung bestimmter zivilrechtlicher Schuldverhältnisse (zivilrechtliches Benachteiligungsverbot). Damit geht das AGG für die Merkmale Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung über das unionsrechtlich Geforderte hinaus. Das wirft die methodische Frage auf, ob und inwieweit die Begriffe in der Richtlinie auch Maßstab für die Auslegung des autonomen nationalen Rechts sind („Ausstrahlungswirkung“)¹⁷ oder ob es zu einer „gespaltenen“ Auslegung kommt.¹⁸ Nach der zutreffenden Auffassung des Bundesgerichtshofs sind die Begriffe auch im „überschließenden Bereich“ einheitlich auszulegen, weil es keinen Anhaltspunkt für eine gespaltene Auslegung gibt.¹⁹

b) *Unionsrecht*

Das AGG dient im Wesentlichen der Umsetzung mehrerer Richtlinien der Union. Diese sind auf der Kompetenzgrundlage des Art. 19 AEUV (Art. 13 EG aF)²⁰ bzw. des Art. 157 Abs. 4 AEUV (Art. 141 Abs. 4 EG aF) ergangen und bilden zusammen das spezielle unionsrechtliche Gleichbehandlungsrecht. Der allen Richtlinien gemeinsame „Grundsatz der Gleichbehandlung“²¹ verbietet unmittelbare²²

16 Siehe Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 30; kritisch dazu beispielsweise *Husmann*, ZESAR 2007, 13, 14.

17 *Hommelhoff*, FG 50 Jahre BGH, (Bd. 2), 2000, 889, 915.

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

19 BGHZ 193, 110 Rn. 42.

20 Meyer, Diskriminierungsverbot, 2001, 44-75; *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 121-143; *Bouchouaf/Richter*, Jura 2006, 651; GA *Geelhoed*, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 38-49; *Streinz*, Kompetenzen der EG, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 11, 21-24.

21 Art. 1 RL 2000/43/EG; Art. 1 RL 2000/78/EG; Art. 1 RL 2004/113/EG; Art. 1 RL 2006/54/EG; Art. 4 RL 2010/41/EU.

22 Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. a) i.V.m. 2 lit. a) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. a) RL 2010/41/EU.

und mittelbare Diskriminierungen²³, (sexuelle²⁴) Belästigungen²⁵, Anweisungen zu Diskriminierungen²⁶ und nachteilige Behandlungen in Bezug auf eine erfolgte Diskriminierung²⁷. Im Übrigen unterscheiden sich die Richtlinien nach Diskriminierungsmerkmalen, sachlichem Anwendungsbereich und Rechtfertigungsmöglichkeiten:²⁸

- Die Richtlinie 2000/43/EG v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft²⁹ betrifft nur Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft (Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG), erfasst aber neben Sachverhalten im Zusammenhang mit Beschäftigung und Beruf auch Sozialschutz und soziale Vergünstigungen, Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum (Art. 3 RL 2000/43/EG). Rechtfertigungsfähig ist eine Diskriminierung nur, wenn sie aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung ist, einem rechtmäßigen Zweck dient und angemessen ist (Art. 4 RL 2000/43/EG) oder soweit es sich um eine positive Maßnahme handelt (Art. 5 RL 2000/43/EG). Die Richtlinie wird vor allem mit dem beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG und dem zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot in § 19 Abs. 2 AGG umgesetzt.
- Die Richtlinie 2000/78/EG v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf³⁰ schützt vor einer Diskriminierung aus Gründen der Religion oder Weltanschauung, der Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung (Art. 1 RL 2000/78/EG). Der sachliche Anwendungsbereich beschränkt sich auf Bereiche im Zusammenhang mit Beschäftigung und Beruf (Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG) und die Richtlinie enthält zahlreiche Rechtfertigungsmöglichkeiten (Art. 4, 6 und 7 RL 2000/78/EG). Die Richtlinie

23 Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Art. 2 lit. b) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. b) RL 2010/41/EU.

24 Art. 2 lit. c), Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. d) RL 2010/41/EU.

25 Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 3 RL 2000/78/EG; Art. 2 lit. c), Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. c) RL 2010/41/EU.

26 Art. 2 Abs. 4 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 4 RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 4 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 4 Abs. 3 RL 2010/41/EU.

27 Art. 4 Abs. 3 S. 2 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG.

28 Vgl. Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 101-106; Thüsing in: MünchKomm-BGB, Einl. AGG Rn. 14; vertiefend zum Ganzen Bell, Anti-Discrimination, 2002; Schiek, 8 ELJ 290 (2002); Mahlmann in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 54-125.

29 ABl. L 180 v. 19.7.2000, S. 22.

30 ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16.

wird im Kern mit dem beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot (§ 7 Abs. 1 AGG) umgesetzt.

- Die Richtlinie 2004/113/EG v. 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen³¹ betrifft nur Diskriminierungen und Belästigungen aufgrund des Geschlechts (Art. 4 RL 2004/113/EG). Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen (Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG). Ausgeschlossen sind die Bereiche des Privat- und Familienebens (Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG) und von Beschäftigung und Beruf (Art. 3 Abs. 4 RL 2004/113/EG).
- Dieser Bereich wurde von der Richtlinie 76/207/EWG v. 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen³² erfasst, die von der Richtlinie 2002/73/EG v. 23.9.2002³³ wesentlich geändert und von der Richtlinie 2006/54/EG v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen³⁴ ersetzt wurde.
- Die Richtlinie 86/613/EWG v. 11.12.1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit – auch in der Landwirtschaft – ausüben, sowie über den Mutterschutz³⁵ bezweckte die Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben oder zur Ausübung einer solchen beitragen. Diese Richtlinie wurde durch die Richtlinie 2010/41/EU v. 7.7.2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständigen Erwerbstätigkeit ausüben,³⁶ aufgehoben und mit einem aktualisierten und modernisierten Normtext ersetzt.³⁷ Sie betrifft alle selbständige Erwerbstätigen. Das sind alle Personen, die nach den Bedingungen des innerstaatlichen Rechts eine Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung ausüben (Art. 2 lit. a) RL 2010/41/EU). Ebenfalls erfasst werden die Ehepartner und – soweit nach nationalem Recht vorgese-

31 ABl. L 373 v. 21.12.2004, S. 37.

32 ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40.

33 ABl. L 269 v. 5.10.2002, S. 15.

34 ABl. L 204 v. 26.7.2006, S. 23. Die Richtlinien 75/117/EWG, 76/207/EWG (in der durch RL 2002/73/EG geänderten Fassung), 86/378/EWG und 97/80/EG sind gem. Art. 34 Abs. 1 dieser Richtlinie mit Wirkung vom 15. August 2009 aufgehoben.

35 ABl. L 359 v. 19.12.1986, S. 56.

36 ABl. L 180 v. 15.7.2010, S. 1.

37 Vgl. Erwägungsgrund (2) RL 2010/41/EU.

hen – die Lebenspartner, wenn sie weder abhängig Beschäftigte noch Gesellschafter sind und sich gewöhnlich an den Tätigkeiten des selbständigen Erwerbstätigen beteiligen, indem sie dieselben Aufgaben oder Hilfsaufgaben erfüllen (Art. 2 lit. b) RL 2010/41/EU). Verboten ist jede Diskriminierung in Verbindung mit der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw. der Aufnahme oder mit der Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit (Art. 4 Abs. 1 RL 2010/41/EU).

- Noch im Gesetzgebungsverfahren befindet sich der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.³⁸ Ziel dieses Vorschlags ist die Ausdehnung der für diese Merkmale bestehenden Diskriminierungsverbote auf Bereiche außerhalb von Beschäftigung und Beruf.³⁹ Danach soll das Diskriminierungsverbot auch gelten für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, Art. 3 Abs. 1 S. 1 lit. d) RL-Vorschlag. Im Unterschied zu den Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG soll dieses Diskriminierungsverbot nur an Unternehmer adressiert sein, vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag. Damit folgt der Text den in Deutschland gemachten Vorschlägen, den persönlichen Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote auf Rechtsverhältnisse gegenüber Unternehmern zu beschränken.⁴⁰ Zur Zeit kann noch nicht abgesehen werden, ob und in welcher Fassung dieser Vorschlag den Rat einstimmig (vgl. Art. 19 Abs. 1 AEUV) passieren wird.⁴¹

2. Legitimationsprobleme

Ganz streng lassen sich Geltungs- und Legitimationsfrage beim speziellen Nichtdiskriminierungsrecht freilich nicht trennen. Stellt man nämlich die Frage, ob das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht mit höherrangigem Recht vereinbar ist, berührt das primär die Geltungsfrage, andererseits tangiert man damit bereits das Legitimationsproblem: Unter welchen Voraussetzungen ist es dem Staat in einer liberalen politischen Ordnung erlaubt, in die Freiheitssphäre seiner Bürger einzutreten und staatlichen Zwang an die Stelle eigenen autonomen Handelns zu setzen? Damit ist die Legitimationsfrage staatlicher Rechtsetzung überhaupt ge-

38 KOM(2008), 426 endg.

39 KOM(2008), 426 endg., S. 7.

40 Vgl. Stork, ZEuS 2005, 27f; Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 263 ff; Thüsing in: Münch-Komm-BGB, § 19 AGG Rn. 123; Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 19 Rn. 7.

41 Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens siehe http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197196 [Stand: 31.12.2012].

stellt. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist ihr in besonderer Weise ausgesetzt.⁴² John Gardner brachte das Problem auf den Punkt:

„We can properly enquire why anyone committed to personal autonomy should sincerely endorse legislation which interferes so comprehensively with the pursuit of our own social preferences.“⁴³

Die zum AGG geführte „Kontroverse um grundlegende Verhaltensanforderungen“⁴⁴ Privater gegenüber Privaten ist Teil dieser Legitimationsfrage: „Warum Nichtdiskriminierungsrecht?“ Die Frage stellt sich auf drei Ebenen: (1.) der Rechtsanwendungsebene, (2.) der verfassungsrechtlichen Ebene und (3.) der rechtsphilosophischen Legitimationsebene. Im Grundsatz sind auf allen drei Ebenen zwei Paradigmen denkbar: (a) das gleichheitsrechtliche Paradigma, das Nichtdiskriminierungsrecht als besonderes Gleichheitsrecht rekonstruiert, und (b) nicht-gleichheitsrechtliche Legitimationsstrategien, die von der Unzulänglichkeit egalitaristischer Erklärungsansätze ausgehen und das Nichtdiskriminierungsrecht unabhängig von Gleichheitserwägungen rechtfertigen. Das jeweils gewählte Paradigma bildet den Diskussionskontext und determiniert im Wesentlichen die Entscheidungen, die wir auf den drei Ebenen treffen.⁴⁵ Die drei Legitimationsebenen des Nichtdiskriminierungsrechts stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind eng miteinander verbunden: Geht man beispielsweise auf der Rechtsanwendungsebene von einer gleichheitsrechtlichen Zielsetzung des Nichtdiskriminierungsrechts aus, ist diese einerseits Gegenstand verfassungsrechtlicher Prüfung. Andererseits tangiert das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht die objektive Dimension der grundrechtlichen Gleichheit und beeinflusst damit erheblich die verfassungsrechtliche Argumentation. Diese wird ihrerseits maßgeblich von der jeweiligen Grundrechtstheorie geprägt.⁴⁶ Welches Verhältnis man bei einer gleichheitsrechtlichen Konzeption der Gleichheit zur Freiheit auf dieser Ebene zusässt, ist damit konstitutiv für die verfassungsrechtliche Würdigung und für die Zielsetzung des Nichtdiskriminierungsrechts. Dieser wechselseitige Zusammenhang lässt sich nach meinem Verständnis am Besten als Anwendungsfall des Kohärenzpostulats verstehen. Das Kohärenzpostulat ist Teil des Systemdenkens im Recht⁴⁷ und als solches den dagegen vorgebrachten Einwänden ausgesetzt. Das trifft vor allem auf eine seiner ambitionierten Spielarten zu, Ronald Dworkins Konzeption von Recht als *integrity*.⁴⁸ Grundlage dafür ist die Prämisse, dass *inte-*

42 Dazu näher Gardner, 9 Oxford J. Legal Studies 1-3 (1989); Morris, 15 Oxford J. Legal Studies 199, 200-201 (1995); Bamforth, 24 Oxford J. Legal Studies 693, 704 (2004).

43 Gardner, 9 Oxford J. Legal Studies 1, 3 (1989).

44 Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 393 ff.

45 Zur Rolle von Paradigmen zur Reduzierung der Komplexität in juristischen Theorien vgl. Günther, Rechtstheorie 1989, 163, 182.

46 Dazu grundlegend Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff.

47 Vgl. Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 443.

48 Dazu Dworkin, Law's Empire, 1986, 164 ff, 176 ff.

grity ein politisches Ideal ist, nach dem die Bürger vom Staat verlangen können, auf der Grundlage eines einheitlichen, kohärenten Prinzipiensystems zu handeln, selbst wenn die Bürger über die Frage, welches die richtigen Prinzipien sind, uneins sind. Adressaten des Integritätsgrundsatzes sind Gesetzgeber und Judikative, wenn auch mit abgestufter Bindungsdichte. Der Schwerpunkt des *Dworkinschen* Ansatzes liegt in der Bindung der Gerichte. Gegen diese Rechtsanwendungstheorie (theory of adjudication) richtet sich auch die Kritik.⁴⁹ Ich verwende den Begriff der Kohärenz hier bescheidener. Es geht mir nur um die Behauptung, dass die Ebenen, auf denen sich die Legitimationsfrage des Nichtdiskriminierungsrechts stellt, in einer Beziehung zueinander stehen, die schwächer ist als eine aufgrund logischer Ableitung gesicherte Wahrheit, aber über die reine Widerspruchsfreiheit von Argumentationstopoi hinausgeht.⁵⁰

a) Das egalitaristische Paradigma des Nichtdiskriminierungsrechts

(1) Der Leitstern des Nichtdiskriminierungsrechts: Gleichheit

Klassischer Leitstern⁵¹ der egalitaristischen Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts ist der Gleichheitsgrundsatz.⁵² Diskriminierungsschutz beruht danach auf der Idee, dass jede Person einen moralischen Anspruch darauf hat, als Gleicher behandelt zu werden.⁵³ Gleichheit und Nichtdiskriminierung sind zwei Seiten einer Medaille.⁵⁴ Diskriminierungsverbote unterscheiden sich somit in ihrer Grundstruktur nicht vom allgemeinen Gleichbehandlungsgebot.⁵⁵ Die Differenz liegt hauptsächlich in der Verschärfung der Rechtfertigungsanforderungen. Bei der Geltung eines Diskriminierungsverbots muss die Ungleichbehandlung gerade ohne Rückgriff auf die genannten Kriterien begründet werden können. Dieses Verständnis des Gleichbehandlungsgrundsatzes findet sich in vielen westlich-liberalen Verfassungen.⁵⁶ So sieht das Grundgesetz in den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes.⁵⁷

49 Zu den Einwänden siehe *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, 161 ff; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 258 ff.

50 Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 258.

51 *Bamforth*, 24 Oxford J. Legal Studies 693, 710 (2004).

52 Vgl. dazu statt vieler *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 1 ff; *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 437 ff.

53 Siehe dazu *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 223 ff; *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 128 ff, 168 ff; eingehend unten § 8 II 4.

54 *Schick* in: *Schick*, AGG, Einl. AGG Rn. 42.

55 Siehe exemplarisch *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 17.

56 Dazu § 1 I 1.

57 BVerfGE 23, 98, 106 f; *Osterloh* in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 236; *Dürig* in: *Maunz/Dürig*, GG [Stand: 1973], Art. 3 Abs. 3 Rn. 1; *Starck* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 3 Rn. 366; zum unterschiedlichen Verständnis des Art. 3 Abs. 3 GG als absolutes Anknüpfungsverbot einerseits und als Begründungsverbot andererseits siehe statt vieler *Heun* in: *Dreier*, GG, Art. 3 Rn. 119 ff.

Danach dürfen die von einem Diskriminierungsverbot erfassten Merkmale grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden, auch wenn damit andere, über die Ungleichbehandlung wegen des Merkmals hinausreichende Ziele verfolgt werden.⁵⁸ Auch für das Unionsrecht wird von vielen für ein einheitliches Verständnis von allgemeinem Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten plädiert.⁵⁹ Das ist bei unbefangener Betrachtung des Textbefundes im speziellen unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrecht zunächst überraschend. Es erweckt nämlich den Anschein, zwischen allgemeinem Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten scharf zu unterscheiden, indem es in der Sache den „Grundsatz der Gleichbehandlung“ auf ein Diskriminierungsverbot beschränkt.⁶⁰ Die jeweiligen Richtlinien definieren den Grundsatz der Gleichbehandlung als das Verbot jeder unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie anderer unerwünschter Verhaltensweisen, die Diskriminierungscharakter haben.⁶¹ Dieser Eindruck täuscht. Art. 2 Richtlinie 2000/43/EG und 2000/78/EG verwenden die Begriffe „Diskriminierung“ und „Gleichbehandlungsgrundsatz“ synonym. Das deckt sich mit dem Sprachgebrauch im Unionsrecht generell. Wird vom „allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz“ oder vom „allgemeinen Diskriminierungsverbot“ gesprochen⁶², ist damit regelmäßig dasselbe gemeint.⁶³ Diskriminierungsverbote werden als „specific prohibition of a particular type of discrimination“⁶⁴ von „the general principle of equal treatment, or of non-discrimination“⁶⁵ unterschieden. Exemplarisch dafür steht die Feststellung des Gerichtshofs in der Rs. *Cadman*, wonach der Grundsatz der Entgeltgleichheit unabhängig vom Geschlecht (Art. 157 AEUV) „spezifischer Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, wonach gleiche Sachverhalte nicht ungleich behandelt werden dürfen, es sei denn, eine Ungleich-

58 BVerfGE 85, 191, 206.

59 Dazu *Kischel*, EuGRZ 1997, 1, 4; *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 36 f; *Damm*, Menschenwürde, 2006, 320 f; *Kingreen* in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte, § 17 Rn. 20 und neuerdings *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 22 ff. Zurückhaltender beispielsweise *Rossi*, EuR 2000, 197, 205-209 zum Verhältnis von Art. 12 EG zu den Diskriminierungsverbeten in den Grundfreiheiten einerseits und dem allgemeinen Gleichheitssatz andererseits.

60 Vgl. dazu statt aller *Riesenhuber*, Verbot der Diskriminierung, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 123, 132 f.

61 Vgl. jeweils Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG und RL 2006/54/EG; Art. 4 RL 2004/113/EG.

62 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 56; vgl. besonders GA *Mazák*, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 90-91.

63 Näher *Odendahl* in: *Heselhaus/Nowak*, Hdb. EU-Grundrechte, § 43 Rn. 1.

64 GA *Mazák*, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 92. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75.

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

behandlung ist objektiv gerechtfertigt“.⁶⁶ Der systematische Zusammenhang von allgemeinem Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten in Art. 20 und Art. 21 Grundrechte-Charta bestätigt die These, dass es sich bei Letzteren um Konkretisierungen des Ersteren handelt.⁶⁷ Die egalitaristische Konzeption setzt sich schließlich auf rechtsdogmatischer Ebene fort: Beim Diskriminierungsschutz geht es danach im Kern nicht um die Versorgung mit materiellen Gütern, die diskriminierten Personen vorenthalten würden. „Ziel der Diskriminierungsverbote ist vielmehr der Schutz bestimmter Personen vor Benachteiligung als solcher.“⁶⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Gedanken pointiert zum Ausdruck gebracht:

„Von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützt ist auch das Recht, unbenachteiligt anders zu sein als andere Mitglieder der Gruppen, denen man nach den in dieser Bestimmung genannten Merkmalen angehört.“⁶⁹

(2) Gleichheitskonzeptionen

Die gleichheitsrechtliche Fundierung des Nichtdiskriminierungsrechts ist nicht unproblematisch: Sie ist als Konzeption der Gleichheit zwangsläufig den Einwänden der modernen Egalitarismuskritik ausgesetzt.⁷⁰ Die Verknüpfung von Nichtdiskriminierungsrecht mit dem Gleichheitsgrundsatz ist daneben verführerisch. Das Nichtdiskriminierungsrecht wird mit einer politischen Idee und einem moralphilosophischen Ideal verknüpft, denen im Prinzip – als Konzept – große Zustimmung zuteil wird. Diese verflüchtigt sich, sobald man entdeckt, dass „Gleichheit“ unterschiedlichsten Konzeptionen zugänglich ist, die sich ihrerseits erheblich auf das Verständnis des Nichtdiskriminierungsrechts auswirken.⁷¹ Diese Konzeptionen reagieren auf ein Grundproblem des Nichtdiskriminierungsrechts: Es unterscheidet sich in drei Punkten von der klassischen Formulierung des Gleichheitssatzes, wonach Gleicher gleich zu behandeln ist:⁷² (1.) In manchen Fällen gebietet das Recht eine gleiche Behandlung, obwohl die davon betroffenen Personen mit der (scheinbar)⁷³ relevanten Vergleichsgruppe gerade nicht vergleichbar sind. Das klassische Beispiel dafür sind schwangere Arbeitnehmerinnen

66 EuGH, Urt. v. 3.10.2006, Rs. C-17/05 – *Cadman v. Health & Safety Executive* = Slg. 2006, I-9583 Rn. 28.

67 Dazu näher *Sachs* in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 20 Rn. 16; *Kingreen* in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 17 Rn. 19 f; *Hölscheidt* in: Meyer, Grundrechte-Charta, Vor Titel III Rn. 17 b ff.

68 *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 390.

69 BVerfG NJW 2009, 661 Rn. 27.

70 Dazu eingehend unten § 8 II 5.

71 Siehe den Überblick bei *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 11 ff; *Bamforth*, 24 Oxford J. Legal Studies 693, 708 f (2004).

72 Zum Folgenden ausführlich *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 16-17 (2003); *Collins*, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 897, 899-900 (2005).

73 Dazu ausführlich unten § 6 V 2 a) (3).

im Vergleich zu anderen Frauen im Unternehmen. (2.) Mit der mittelbaren Diskriminierung wird die Anwendung eines neutralen Kriteriums – und damit formale Gleichbehandlung – verboten, wenn dieser Maßstab zur besonderen Benachteiligung von Merkmalsträgern führt (vgl. § 3 Abs. 2 AGG). (3.) In manchen Fällen erlaubt das Nichtdiskriminierungsrecht die bevorzugte Behandlung von Merkmalsträgern. Darunter fallen beispielsweise (a) angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung (vgl. Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG) oder (b) positive Maßnahmen wie die Frauenförderung (vgl. § 5 AGG). Geht man von einer rein formalen Konzeption des Gleichheitsgrundsatzes aus, sind die Fälle (1.) bis (3.) damit unvereinbar. Das gilt solange man den Gleichheitssatz nicht um das weitere Gebot ergänzt, Ungleicher ungleich zu behandeln. Damit könnte man die ungleiche Behandlung des behinderten Menschen in Fall (3.)(a) erklären.⁷⁴ Im Übrigen hat der ausschließlich formal konzipierte Gleichheitssatz keine Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem.⁷⁵

Ein materiales Gleichheitsverständnis überwindet diese Beschränkung.⁷⁶ Im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht scheint ein solches mehrfach durch, etwa in Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG, wo es heißt, dass die Mitgliedstaaten „zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben“ besondere Maßnahmen zugunsten von Merkmalsträgern beschließen können. Materiale Gleichheit ist aber ebenfalls ein ausfüllungsbedürftiges Konzept: Dient es dazu, Ergebnisgleichheit zu verwirklichen oder beschränkt es sich lediglich auf die Herstellung von Chancengleichheit? Selbst diese Begriffe sind wiederum offen für unterschiedliche Inhalte: Man kann Ergebnisgleichheit entweder strikt individualbezogen oder gruppenbezogen interpretieren.

Ein Beispiel für die erste Variante ist der vom *House of Lords* behandelte Fall *Mandla v. Dowell Lee*.⁷⁷ Der Schulleiter verweigerte die Aufnahme eines jungen Sikhs, weil dieser einen Turban tragen wollte und die Schule aus praktischen und sozialen Gründen eine einheitliche Schuluniform vorschrieb. Zur Begründung stützte er sich auf den Grundsatz formaler Gleichheit. Er könne einem Nicht-Sikh nicht erklären, warum die Schule ihm gegenüber den Uniformzwang durchsetze, während sie gegenüber einem Sikh darauf verzichte. Damit konnte er das *House of Lords* nicht überzeugen. Die Lordrichter sahen in der Ablehnung eine Diskriminierung des Bewerbers wegen seiner ethnischen Herkunft. Eine formale Gleichbehandlung hätte den Merkmalsträger *im Ergebnis* ungleich behandelt: Während andere Schüler ohne weiteres auf ihre individuelle Kleiderwahl verzichten konnten, hätte das für den Sikh eine unzumutbare Einschränkung seines Selbstverständnisses als Angehöriger einer ethnischen Minderheit bedeutet. Was

⁷⁴ Siehe dazu auch unten § 6 III 5.

⁷⁵ Zum Begriff oben § 2 III.

⁷⁶ Dazu auch Grünberger, NZA-Beilage 2012, 139, 141.

⁷⁷ *Mandla v. Dowell Lee*, [1983] 1 All ER 1062 (H.L.).

vom Standpunkt formaler Gleichheit als Privileg erscheint, ist in materialen Gleichheitskonzeptionen ein notwendiges Mittel, um tatsächliche Gleichbehandlung zu erreichen! Die individualbezogene Ergebnisgleichheit stellt also sicher, dass eine formal gleiche Behandlung von Merkmalsträgern und Nicht-Merkmalsträgern trotz vorhandener Differenz keine ungleichen Auswirkungen für den Einzelnen herbeiführt.

Ganz anders wirkt eine gruppenbezogene Ergebnisgleichheit. Sie hat eine „schwache“ und eine „starke“ Komponente. In der schwachen Komponente begründet eine Ungleichverteilung von Gütern eine Vermutung dafür, dass diese Folge diskriminierenden Handelns ist. So hat eine Arbeitnehmerin der GEMA eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vorgeworfen, weil eine Direktorenstelle nicht mit ihr, sondern mit einem Mann besetzt wurde, obwohl 2/3 der Beschäftigten Frauen, aber alle Direktorenposten mit Männern besetzt seien.⁷⁸ In der Sache blieb sie damit aber zunächst erfolglos.⁷⁹ Die starke Komponente erlaubt es, das Nichtdiskriminierungsrecht als Instrument einzusetzen, um eine in der sozialen Wirklichkeit bestehende ungleiche Verteilung von Gütern auszugleichen. Mit diesem Verständnis von Ergebnisgleichheit lassen sich beispielsweise „starre“ Quotenregelungen zugunsten von Frauen in Bereichen rechtfertigen, in denen sie unterrepräsentiert sind. Dabei handelt es sich um ein Beispiel positiver Maßnahmen zugunsten einer Gruppe von Merkmalsträgern.⁸⁰ Die Ergebnisgleichheit im starken Sinne steht damit im Spannungsverhältnis zur formalen Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts, der jede Bevorzugung wegen des verpönten Merkmals fremd ist, weil darin zugleich eine Benachteiligung anderer liegt. Man kann das eine als *equal situation principle* und das andere als *equal treatment principle* bezeichnen.⁸¹ Dieser Konflikt prägt die Debatte über die Legitimation und verfassungsrechtliche Rechtfertigung der *affirmative action*.⁸²

Für seine Lösung hat sich ein populärer Mittelweg herausgestellt: die Konzeption von Nichtdiskriminierungsrecht als Recht zur Wahrung der Chancengleichheit. Danach ist es Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts, trotz historisch und/oder sozial bedingter ungleicher Ausgangsbedingungen gleiche Wettbewerbsbedingungen herzustellen. Dadurch soll die gleiche Chance jedes Akteurs sichergestellt werden, unabhängig von diesen Merkmalen ausschließlich aufgrund seiner Leistung im Wettbewerb bestehen zu können. Was aber bedeutet das? Man kann Chancengleichheit auf eine prozedurale Theorie der Gleichheit reduzieren. Das ist der Fall, wenn sie lediglich sicherstellt, dass alle Akteure nach

78 BAG NZA 2011, 93. Zur dogmatischen Verankerung bei § 22 AGG siehe unten § 6 VII 1 d) (1).

79 Ausführlich zu den Gründen BAG NZA 2011, 93 Rn. 68 ff.

80 Dazu weiterführend Grünberger, NZA-Beilage 2012, 139 ff; Grünberger, Rechtswissenschaft, 2012, 1.

81 Siehe Holmes, 68 Modern L. Rev. 175, 178 (2005).

82 Dazu unten § 6 VI 3 g).

denselben Regeln spielen und beispielsweise der Leistungsfähigste „gewinnt“. Das ist im Ergebnis nichts anderes als die prozedurale Komponente der formalen Gleichheitskonzeption. Damit ist nach *Bob Hepple* wenig gewonnen:

„One is not supplying equality of opportunity if one applies this criterion to people who are unequal because they have been deprived of the opportunity to acquire 'merit'.⁸³

Diese Kritik greift ein materiales Verständnis von Chancengleichheit auf. Es stellt sicher, dass die Beteiligten auch tatsächlich gleiche Wettbewerbsbedingungen haben. Auszugleichen sind danach unterschiedliche Ausgangspositionen, die über-individuelle Ursachen haben. *Lesley Jacobs* hat ein solches Modell vorgestellt und diesen materialen Aspekt als *background fairness* bezeichnet:

„This dimension of fairness fixates on the initial starting positions or backgrounds of those potentially involved in a competition. The underlying insight is, of course, that the structure of these positions will affect who competes and how they will fare in the competition. From the perspective of competitive equality of opportunity, because pre-existing inequalities infect the fairness of competitive processes, there is a need to regulate these processes with a sensitivity to remedies for these inequalities.⁸⁴

Solche Konzeptionen von Chancengleichheit sind in politischen Diskursen sehr beliebt. Sie scheinen die freiheitliche Position zugunsten von Wettbewerb mit der gleichheitsrechtlichen Position vereinbaren zu können. Das täuscht allerdings. Ein fairer Wettbewerb verlangt nur den gleichen Startpunkt für die Wettbewerber. Zweck des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren ist es dann, bestehende Ungleichheiten zwischen den Bewerbern aufzudecken, um damit sicherzustellen, dass der Beste gewinnt. Geht es beispielsweise um einen Arbeitsplatz, sollte derjenige gewinnen, der nach Ansicht des Arbeitgebers für die Tätigkeit am besten geeignet ist.⁸⁵ Man stellt nur deshalb auf die vergangenen Leistungen der Bewerber ab, um bestehende Informationsdefizite auszugleichen.⁸⁶ Im zwangsläufig ungleichen Ergebnis des Wettbewerbs fließen die Ungleichheiten der Bewerber im Startpunkt natürlich ein: Das Verfahren macht ihre unterschiedlichen Befähigungen, die nicht zuletzt auch auf ihren unterschiedlichen Ausgangspositionen beruhen, erst richtig sichtbar. Die vom Nichtdiskriminierungsrecht eigentlich als irrelevant ausgeschlossenen Merkmale wirken sich mittelbar auf das Verfahrensergebnis aus. Der Wettbewerb gewährleistet dadurch die Ungleichheit der Beteiligten. Gleiche Startbedingungen entpuppen sich damit als Mittel, um ein grund-

83 *Hepple*, 10 Oxford J. Legal Studies 408, 413 (1990).

84 *Jacobs*, Pursuing Equal Opportunities: The Theory and Practice of Egalitarian Justice, 2004, 17.

85 Hier kommt es zur Überschneidung von Chancengleichheit und Leistungsprinzip, die schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft, dazu *McCradden*, 18 Oxford J. Legal Studies 543, 553 (1998).

86 Siehe dazu ausführlich *Cavanagh*, Against Equality of Opportunity, 2002, 33 ff, der auch auf die alternative Konzeption aufmerksam macht, wonach der Zweck des Wettbewerbs darin liegt, jedem eine Chance zu gewähren, die richtige Tätigkeit zu erhalten. Dieser ist, worauf *Cavanagh* zu Recht aufmerksam macht, mit einer marktwirtschaftlichen Ordnung kaum zu vereinbaren, weil er die Freiheit des Arbeitgebers völlig beseitigt und sich zugleich ein zentrales Wissen anmaßt, das sich nur dezentral entfalten kann.

legend antiegalitaristisches Ziel zu erreichen.⁸⁷ Das verwundert nicht: Der Ausgangspunkt liegt in der Sollensordnung des Rechtssystems, das Ergebnis ist Teil der Seinsordnung des Wirtschaftssystems. Auf dem Weg vom gleichen starting point zum Ziel wechseln die maßgeblichen Kommunikationszusammenhänge. Dabei geht die Gleichheit verloren.

Wer wie *Lesley Jacobs* die Statusgleichheit aller Beteiligten im Ausgangspunkt herstellen will, kommt dann nicht umhin, sie mit Blick auf das Ergebnis des Wettbewerbsverfahrens zu ermitteln. Das setzt eine Teilverrechtlichung des Wettbewerbsergebnisses voraus. Man muss dann begründen, warum man einerseits für Wettbewerb plädiert, andererseits aber die Berücksichtigung bestimmter Faktoren und Differenzierungsgründe im Wettbewerb ausschließen will. Das lässt sich ohne impliziten Rückgriff auf Vorstellungen von substantieller Gleichheit nicht bewerkstelligen.⁸⁸ Diese Kritik trifft sich mit dem egalitaristischen Einwand gegen die Konzeption der Chancengleichheit als *starting gate-theory*. Danach genügt es nicht, wenn – um die von *Ronald Dworkin* verwendete Terminologie zu benutzen – im Ausgangspunkt die gleiche Ressourcerverteilung gewährleistet ist. Gleichheit verlangt, dass sie zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens gewährleistet ist.⁸⁹ Das kann man nur erreichen, wenn man dem Recht die Steuerung des Wettbewerbsverfahrens und -ergebnisses einräumt. Darin liegt eine Expansion des Rechtssystems zu Lasten des Wirtschaftssystems. Gleichheit (*equality*) und Chancen im Wettbewerb (*opportunities*) stehen daher im Spannungsverhältnis. Wer die Gleichheit betont, wird nur dann von Chancengleichheit sprechen, wenn sichergestellt ist, dass es auch im Ergebnis zu einer Annäherung der betroffenen Gruppen kommt. Wer die gleichen Chancen akzentuiert, dem genügt der gleiche Ausgangspunkt und er ist bereit, Ungleichverteilungen von Gütern und Lebenschancen hinzunehmen, die sich aus dem Wettbewerb ergeben. Diese Spannungen schlagen auf die Auslegung des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts durch. Das beste Beispiel dafür ist die Debatte zur Zulässigkeit von Frauenquoten im europäischen Nichtdiskriminierungsrecht.⁹⁰ Gegner wie Verfechter „weicher“ Quoten berufen sich dort auf den Grundsatz der Chancengleichheit, verstehen aber offensichtlich jeweils etwas ganz anderes darunter.⁹¹

87 Näher *Cavanagh*, Against Equality of Opportunity, 2002, 85 f.

88 Näher zu diesem Einwand *Macklem*, 68 *Modern L. Rev.* 1016, 1021-24 (2005).

89 *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 87 f.

90 Dazu weiterführend *Grünberger*, NZA-Beilage 2012, 139 ff; *Grünberger*, Rechtswissenschaft, 2012, 1.

91 Dazu eingehend unten § 6 VI 3 g).

b) Non-egalitaristische Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts

Die vielfältigen Probleme der Rekonstruktion des Nichtdiskriminierungsprinzips als Gleichheitsprinzip war Anlass dafür, Alternativen zum egalitaristischen Fundament des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes zu entwickeln.

(1) Das Scheitern freiheitsrechtlicher Legitimationsversuche

Die Debatte anlässlich der Einführung des AGG verdeutlichte, dass das geltende Nichtdiskriminierungsrecht für viele ein nicht mehr zu rechtfertigender Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie ist.⁹² Wer so argumentiert, geht mehr oder weniger ausdrücklich von einer liberalen Grundrechtstheorie aus, deren Kernaussage Wolfgang Böckenförde so zusammenfasste:

„Ob, aus welchen Motiven und zu welchen Zwecken die Grundrechtsträger von ihrer grundrechtlichen Freiheit Gebrauch machen, ist – im Rahmen der allgemein festgelegten Verträglichkeitsgrenzen der Freiheit – ihre Sache und Entscheidung; es kann daher nicht Gegenstand rechtlicher Bewertung durch den Staat und ebensowenig Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Differenzierung des Freiheitsumfangs sein.“⁹³

Die entscheidende Vorfrage für die Verträglichkeit des Nichtdiskriminierungsrechts hängt in dieser Konzeption dann davon ab, ob und inwieweit Diskriminierungsverbote zu diesem „Rahmen der allgemein festgelegten Verträglichkeitsgrenzen der Freiheit“ zählen können. Das ist schon im Ausgangspunkt problematisch, weil Diskriminierungsverbote einen Rechtfertigungzwang begründen. Nach klassisch liberalem Verständnis ist eine Entscheidung aber nur dann und nur insoweit frei, als sie nicht vor Dritten gerechtfertigt werden muss.⁹⁴ Das gleichheitsrechtliche Paradigma ist mit einer solchermaßen formulierten liberalen Grundrechtstheorie schwer zu vereinbaren, stellt es doch gerade den Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit in Frage.⁹⁵ Dazu erneut John Gardner:

„Plainly, liberals cannot merely recite the incantation of 'equal respect' here. Requiring citizens to adopt a policy of equal respect would be wholly inconsistent with any commitment to allowing their personal preferences and projects to prevail, for such a policy would stipulate that personal preferences be excluded from every social practice, and would eclipse all spheres of individual judgment. It follows that the liberal state cannot properly require us to desist from discriminating merely because, by discriminating, we fail to treat fellow citizens with equal respect. Liberals must offer some further argument,“

⁹² Exemplarisch Picker, JZ 2003, 540, 543 f; Isensee, Privatautonomie, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 239, 270 ff; Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 136 ff.

⁹³ Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1530 f (Hervorhebung im Original).

⁹⁴ Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 992.

⁹⁵ Beispielaft Dworkin, Sovereign Virtue, 2000, 128: „Any genuine contest between liberty and equality is a contest liberty must lose.“.

one which shows that eliminating discrimination among citizens *inter se* falls within a legitimate area of state activity, that an accepted legitimacy doctrine applies.“⁹⁶

Daher scheint aus liberaler Sicht eine *freiheitsrechtliche* Legitimation des Nichtdiskriminierungsrechts vorzugswürdig. *Gardner* unternahm den rechtsphilosophischen Versuch, Diskriminierungsverbote als einen Anwendungsfall des *Mill'schen* Freiheitsprinzips⁹⁷ zu konstruieren. Diskriminierungen seien danach zu verbieten, weil es sich um freiheitsrechtlich unzulässige Einschränkungen eines selbstbestimmten (autonomen) Lebens handle.⁹⁸ Das deckt sich nur im Ergebnis mit dem hier verfolgten Verständnis des Nichtdiskriminierungsprinzips als Freiheitsrecht zweiter Ordnung.⁹⁹ *Gardner* will dieses Ziel unmittelbar freiheitsrechtlich und gerade nicht über den Umweg des Gleichheitsrechts erreichen. Daher ist er gezwungen, ein materiales Kriterium einzufügen, das die zulässigen von den unzulässigen Freiheitseinschränkungen unterscheidet: es müsse sich um *fundamental choices* handeln. Dazu zählen nur Wahlmöglichkeiten zwischen „wertvollen“ Alternativen („valuable choices“).¹⁰⁰ Damit bleibt völlig offen, wie der Wert der Wahlmöglichkeiten zu bestimmen ist.¹⁰¹ Noch gravierender ist, dass man über den ethischen Wert der getroffenen Wahl durchaus diskutieren kann. *Gardner* selbst wählt ein kontroverses Beispiel: Seine lapidare Feststellung: „there is absolutely nothing wrong with homosexuality“ und die Behauptung: „those who regard homosexuality as a perversion are mistaken, and hence do not have the reason for their anti-homosexual attitudes and activities that they take themselves to have“¹⁰² treffen nicht überall auf Zustimmung. Man denke an die katholische Kirche, deren abweichende ethische Auffassung vom geltenden Nichtdiskriminierungsrecht in bestimmten Grenzen sogar geschützt wird.¹⁰³ Der von *Gardner* vorgeschlagene Prüfungsmaßstab untergräbt, konsequent zu Ende gedacht, seine Autonomiethese.¹⁰⁴ Die Personen werden nämlich nicht geschützt, weil sie zwischen bestimmten wertvollen Möglichkeiten wählen, sondern weil sie eine zulässige Wahl getroffen haben. Damit zahlt *Gardner* einen für Liberale hohen Preis: Er gibt die negative Konzeption von Freiheit zugunsten einer inhaltsbedürftigen und kontrollfähigen positiven Freiheitsbestimmung auf.

96 *Gardner*, 9 Oxford J. Legal Studies 1, 3 (1989).

97 *Mill*, On Liberty, 1859, 21 f: „That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.“.

98 *Gardner*, 9 Oxford J. Legal Studies 1 (1989); *Gardner*, 16 Oxford J. Legal Studies 353 (1996); *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167 (1998).

99 Dazu oben § 1 III aE.

100 *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167, 173 (1998).

101 Vgl. *Doyle*, 27 Oxford J. Legal Studies 537, 551 (2007); *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 90 ff.

102 *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167, 174 (1998).

103 Dazu unten § 6 VI 2 b).

104 Zum Folgenden *Doyle*, 27 Oxford J. Legal Studies 537, 552 (2007).

Anna Verena Lauber hat vorgeschlagen, diese Leerstelle der *Gardner'schen* Konzeption mit dem Gedanken „der Anerkennung des anderen in seiner Selbstbestimmung“ zu füllen.¹⁰⁵ Sie geht – konsequent – von einer positiven Konzeption von Freiheit aus (Freiheit *wozu* anstatt Freiheit *wovon*), die sie in einen engen Zusammenhang mit der Menschenwürde stellt. Diskriminierungsrecht ist danach eine Umverteilung von Freiheitssphären zugunsten der positiven Freiheit des Diskriminierungsopfers und zu Lasten der negativen Freiheit des Diskriminierenden.¹⁰⁶ Vertragsfreiheit und Autonomie müssten konsequent im Plural gedacht werden.¹⁰⁷ Die einzige Möglichkeit, die Vertragsfreiheiten beider Akteure zu sichern, sei ein Verständnis von Vertragsfreiheit als immanent gebundene Freiheit („verantwortliche Freiheit“).¹⁰⁸ Die Grundlage dafür sieht sie im Anschluss an Hegel¹⁰⁹ und moderne Anerkennungsphilosophien¹¹⁰ darin, dass sich „die Gesellschaftsmitglieder gegenseitig als freie und gleiche *anerkennen*“.¹¹¹ Weil individuelle Freiheit, Autonomie und Selbstverwirklichung von der wechselseitigen Anerkennung abhingen, sei es Aufgabe eines gerechten Rechtssystems, diese Anerkennung sicherzustellen:¹¹²

„Lapidar lässt sich formulieren, dass es ungerecht ist, wenn Individuen oder Gruppen der Status eines vollwertigen Partners in der sozialen Interaktion – im vorliegenden Kontext bei Vertragsschlüssen – vorenthalten wird, weil per kultureller Wertsetzung durch andere besondere Merkmale unbegründet schlecht oder verächtlich gemacht werden und dieses Muster der Wertsetzung zusätzlich im Rahmen des Vertragsrechts vom Staat durchgesetzt wird.“¹¹³

Die damit angestrebte partizipatorische Gleichberechtigung postuliert das *gleiche Recht* aller Personen, unter fairen – d.h. gleichen – Bedingungen nach gesellschaftlicher Achtung zu streben.¹¹⁴ Darin liegt aber – wie Lauber an anderer Stel-

105 Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 92 ff, 133 ff, 151 ff (Zitat auf S. 101).

106 Ausdrücklich Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 93; ähnlich auch Coester, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 115, 122 ff.

107 Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 99 im Anschluss an Suhr, Entfaltung des Menschen durch die Menschen, 1976, 105 ff.

108 Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 94 ff (Zitat auf S. 100).

109 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 71 aE: „Der Vertrag setzt voraus, daß die darein tretenden sich als Personen und Eigentümer *anerkennen*; da er ein Verhältniß des objectiven Geistes ist, so ist das Moment der Anerkennung schon in ihm enthalten und vorausgesetzt.“ (Hervorhebung im Original).

110 Siehe Honneth, Der Kampf um Anerkennung, 1992; Honneth, Umverteilung als Anerkennung, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 125 ff und Fraser, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 13 ff.

111 Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 101 (Hervorhebung im Original).

112 Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 102 f.

113 Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 134.

114 Vgl. Fraser, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 13, 49.

le zutreffend feststellt¹¹⁵ – ein *Gleichheitsgebot*. Der Rückgriff auf Anerkennungskonzeptionen dient nur dazu, die vom Gleichbehandlungsgrundsatz offengelassene Frage, was gleich zu behandeln sei, zu beantworten: jede Person kraft ihrer menschlichen Würde¹¹⁶ oder des gleichen Respekts¹¹⁷. Es geht also um „partizipatorische Gleichberechtigung“.¹¹⁸ Das bedeutet nach *Nancy Fraser*, auf die sich diese Ausprägung des Anerkennungsgedankens zurückführen lässt, dass man dem Anderen den Status als vollwertiger Partner innerhalb sozialer Interaktionen zugestehen muss, „um die gleiche Autonomie und den gleichen moralischen Wert der anderen zu respektieren“.¹¹⁹ Die vermeintlich autonom freiheitsrechtliche Rekonstruktion des Nichtdiskriminierungsrechts ist am Ende nichts anderes als eine gleichheitsrechtliche Erklärung in anderem Gewand.¹²⁰

Eine andere Variante des freiheitsrechtlichen Ansatzes erklärt die verbotene Benachteiligung zur Verletzung des Persönlichkeitsrechts der diskriminierten Person. Auf rechtsphilosophischer Ebene tritt etwa *Matt Cavanagh* dafür ein. Er geht davon aus, dass die Freiheitschancen von Personen nicht von den Vorurteilen anderer Personen bestimmt werden sollen.¹²¹ Das ist keine Variante der Autonomiethese, weil *Cavanagh* den eigentlichen Legitimationsgrund deutlich enger fasst: Es sei falsch, Personen mit unberechtigter Verachtung zu begegnen.¹²² Daraus folgt eine erhebliche Einschränkung des Umfangs zulässiger Diskriminierungsverbote.¹²³ Darin liegt eine freistehende rechtsphilosophische Konzeption, die aber dem hier aufgestellten Kohärenzkriterium nicht genügt. Sie vermag den Umfang des geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrechts nicht ansatzweise zu erklären. Wie das Beispiel der mittelbaren Diskriminierung zeigt, geht dieses weit über das Verbot verachtender Verhaltensweisen hinaus.

115 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 98.

116 Zur Menschenwürde als rechtlichem Ausdruck der Anerkennungskonzeptionen siehe *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 137 ff und zur Erklärung des Unionsgrundrechts auf Gleichbehandlung aus der Menschenwürde *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 235 ff.

117 *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 13, 55; *Fraser*, Anerkennung bis zur Unkenntlichkeit verzerrt, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 225, 267.

118 *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 13, 54 ff.

119 *Fraser*, Anerkennung bis zur Unkenntlichkeit verzerrt, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 225, 265.

120 Das gilt letztlich auch für die Konzeption der Anerkennung von *Honneth*, Umverteilung als Anerkennung, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 129, 208 ff, der die Gleichheit instrumental als Voraussetzung der Identitätsbildung begreift. Dieser Vorgang beruht auf der Bedeutung gegenseitiger sozialer Wertschätzung, die ohne die vorausgesetzte Gleichheit aller Gesellschaftsmitglieder nicht zu erklären ist.

121 *Cavanagh*, Against Equality of Opportunity, 2002, 145.

122 *Cavanagh*, Against Equality of Opportunity, 2002, 166.

123 Vgl. ausführlich *Cavanagh*, Against Equality of Opportunity, 2002, 176 ff.

Auf verfassungsrechtlicher und rechtsdogmatischer Ebene hat *Thomas Lobinger* eine ähnliche Position besonders deutlich herausgearbeitet.¹²⁴ Ausgangspunkt ist der klassische Fall einer Zugangsdiskriminierung von „Türken“ bei Gaststätten. Darin liege ein evident sittenwidriges, das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Gruppen verletzendes Verhalten:

„Deren Angehörigen wird signalisiert, daß sie als vollwertige Mitglieder der Gesellschaft nicht erwünscht und deshalb von der Teilhabe an dem im übrigen allen offen stehenden gesellschaftlichen Leben auszunehmen sind. Im Kern wird ihnen so die Gleichwertigkeit als Person abgesprochen, was ohne weiteres den Tatbestand einer Persönlichkeitsrechtsverletzung erfüllt. Es geht um die Herabsetzung der Würde durch Verneinung der menschlichen Ebenbürtigkeit.“¹²⁵

Der Reiz integritätsschützender, im Persönlichkeitsrecht gründender Diskriminierungsverbote liegt für ihre Vertreter darin, dass sie „mit den Grundlagen einer freiheitlichen Privatrechtsordnung in vollem Einklang stehen.“¹²⁶ Sie halten sich im *Böckenförde'schen* „Rahmen der allgemein festgelegten Verträglichkeitsgrenzen der Freiheit“. Die Umsetzung der Richtlinien hätte danach über die bereits existierenden Generalklauseln, insbesondere über §§ 138, 826 BGB erfolgen sollen.¹²⁷ Das steht in einer langen Tradition einer freiheitsrechtlichen Lösung gleichheitsrechtlicher Probleme.¹²⁸ Danach sei das AGG ein „Persönlichkeits-schutzgesetz“¹²⁹. Das AGG ist inhaltlich nicht mit dieser Konzeption vereinbar. *Lobinger* räumt das ein: Ein persönlichkeitsrechtlicher Ansatz kann die Beschränkung auf bestimmte Diskriminierungsverbote nicht erklären. Deren Auswahl muss zwangsläufig „defizitär“ erscheinen.¹³⁰ Sein Schüler, *Johannes Bader*, versucht zu retten, was nicht zu retten ist: Das AGG beschränkt sich nicht deshalb auf bestimmte Merkmale, weil bei ihren Trägern ein „besonderes Kränkungspotential“ vorhanden ist.¹³¹ Das Gesetz adressiert vielmehr die ungleiche Behandlung dieser Merkmalsträger in der Umwelt des Rechts. Ob darin auch eine Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt, ist für die Anwendung des Gesetzes irrelevant: Die Würdeverletzung ist lediglich Tatbestandsmerkmal bei der Belästigung (§ 3 Abs. 3 und 4 AGG). Bei der unmittelbaren Benachteiligung genügt die

124 Siehe *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 119 f, 141 ff, 172 ff; *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 374 ff; daneben sind auch zu nennen *Koppenfels*, WM 2002, 1489, 1492 ff; *Picker*, JZ 2003, 540, 544 f; *Säcker*, BB 2004, Beilage Nr. 16, 16, 17 f, die im Wesentlichen dieselben Thesen vertreten.

125 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 120.

126 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 141; vgl. auch *Picker*, JZ 2003, 540, 544 f.

127 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 173.

128 Siehe dazu oben § 4 I 5.

129 *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 125.

130 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 143 f; vgl. dazu auch die Darstellung dieser Kritik bei *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 155 ff.

131 So aber *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 158 f.

Benachteiligung wegen des verpönten Grundes. Eine Verletzung der Menschenwürde oder der Persönlichkeit ist gerade nicht Tatbestandsmerkmal.¹³² Das zwingt *Lobinger* zur einschränkenden Auslegung: Die zentrale Rolle kommt dabei dem – unionsrechtlich betrachtet – jungen Belästigungsbegriff zu. Der unionsrechtlich tradierte Begriff der unmittelbaren Diskriminierung wird daran angekoppelt.¹³³ Damit interpretiert *Lobinger* die Persönlichkeitsrechtsverletzung in den Tatbestand hinein. Das ist methodisch wagemutig und findet in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Stütze. Dazu kommt, dass man auch den Belästigungsbegriff gleichheitsrechtlich interpretieren kann.¹³⁴ Damit bricht der methodische Stützpfiler *Lobingers* zusammen. Noch größere Schwierigkeiten bereitet der Konzeption die mittelbare Diskriminierung. Eine neutrale Vorschrift, die Merkmalsträger besonders benachteiligt, ist offensichtlich keine Herabwürdigung der davon Betroffenen.¹³⁵ Auch dagegen wendet sich *Bader*, wird dabei aber zum Opfer seines Gedankengangs: Selbstverständlich kann der Gesetzgeber neue Persönlichkeitsrechte schaffen.¹³⁶ Die Frage lautet aber, ob er das mit dem AGG getan hat. Nach der hier vertretenen Auffassung verpflichtet das AGG den Normadressaten zur Gleichbehandlung, sofern die Ungleichbehandlung nicht geachtet wird. Auf eine irgendwie geartete „Kränkung“ durch „Pauschalisierung“ kommt es nicht an. *Bader* selbst muss einräumen, dass eine mögliche „Kränkung“ des Benachteiligten auf einem „von der konkreten Diskriminierung“ ausgelösten Vorgang basiere.¹³⁷ Dann ist aber die (mittelbare) Ungleichbehandlung als solche der relevante Anknüpfungspunkt. *Cavanagh* bemüht sich aufgrund dieser Schwierigkeiten erst gar nicht, die Kategorie der mittelbaren Diskriminierung zu diskutieren. Für andere bietet sich ein Ausweg an: Danach sei die mittelbare Benachteiligung lediglich ein Hilfsinstrument zur Feststellung von unmittelbaren Benachteiligungen.¹³⁸ Davon hat sich die Entscheidungspraxis des Gerichtshofs und das moderne Verständnis der mittelbaren Diskriminierung längst gelöst.¹³⁹ Bereits diese Einwände zeigen, dass der persönlichkeitsrechtliche Erklärungsansatz, dem es „um die Wahrung bestehender Rechtspositionen“ und gegen die „Erlangung neuer“ geht, als dogmatische Theorie des geltenden Nichtdiskriminierungsrechts unzulänglich ist.

132 Vertiefend unten § 6 V 2 a).

133 *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 378 f.

134 Siehe unten § 6 V 2 c).

135 *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, 1994, 151.

136 *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 137 f.

137 *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 144.

138 Eingehend dazu *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 121 ff; ähnlich auch *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 145 f.

139 Dazu unten § 6 V 2 b).

(2) Autonome Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts

Nach einem anderen Ansatz ist das Nichtdiskriminierungsrecht autonom zu rechtfertigen. *Peter Westen* behauptete beispielsweise, dass die Diskriminierungsverbote im XIV. Verfassungszusatz der U.S.-Verfassung kein Gleichheitsproblem regelten. Dem Gleichheitssatz in seiner klassischen Konzeption könnten keine inhaltlichen Kriterien zwischen einer erlaubten und einer verbotenen Unterscheidung entnommen werden. Die Diskriminierungsverbote seien analog zu den Freiheitsrechten selbstständige Rechte, die dem Gleichheitssatz erst seinen Maßstab verschafften.¹⁴⁰ Dieser Angriff ist zwar auf die Gleichheit als Konzept gerichtet, trifft aber schon im Ausgangspunkt nur ihre Konzeption als formale Gleichheit.¹⁴¹ Sobald das Nichtdiskriminierungsrecht auf substantielle Gleichheitskonzeptionen gestellt wird, verpufft die Kritik.¹⁴² Ähnlich wie *Westen* argumentiert *Elisa Holmes*,¹⁴³ wenn sie formuliert, dass Diskriminierungsverbote grundsätzlich unterschiedliche Behandlungen zuließen und nur die Anknüpfung an bestimmte Merkmale zur Begründung einer Ungleichbehandlung verböten. Ein weiterer Unterschied bestehe darin, dass Gleichbehandlungsprinzipien streng komparativ seien, während bei Diskriminierungsverboten eine hypothetische Vergleichsperson genügen würde. Schließlich habe die Vergleichbarkeit keinen eigenständigen Wert, weshalb eine Ungleichbehandlung auch mit einer „Angleichung nach unten“ zu beseitigen sei. Diese Konsequenz würden Proponenten des Nichtdiskriminierungsprinzips aber niemals ziehen. *Holmes* irrt gleich zweifach: Wie wir bereits im Zusammenhang mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot gesehen haben, ist die Angleichung nach unten auch im komparativen Erklärungsschema des Gleichbehandlungsprinzips keine zwingende Rechtsfolge. Im Gegenteil: Solange die Ungleichbehandlung nicht anderweitig beseitigt werden kann, muss eine Anpassung nach oben erfolgen.¹⁴⁴ Diskriminierungsverbote teilen diese Rechtsfolge.

Auch *Hugh Collins* glaubt, die spezifischen Eigenheiten des Nichtdiskriminierungsrechts ließen sich nicht mit einem „*simple equal treatment principle*“ erklären und schlägt stattdessen – wie vor ihm *Nickel* für das deutsche Recht¹⁴⁵ – den Gedanken der „sozialen Einbeziehung“ (*social inclusion*) als Erklärungsansatz

140 *Westen*, 95 Harv. L. Rev. 537, 565-569 (1982).

141 Ausführlich *Bamforth*, 24 Oxford J. Legal Studies 693, 710-711 (2004).

142 Zu *Westens* Kritik am Gleichheitssatz siehe unten § 8 II 5.

143 *Holmes*, 68 Modern L. Rev. 175, 182-194 (2005).

144 Dazu oben § 5 I 2.

145 *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 67-69, allerdings unter Bezug auf den Begriff der Gleichheit, vgl. *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 51-66; ähnlich auch *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 12-31; beide unter Verwendung des Begriffs der „social citizenship“ in Anlehnung an *Marshall*, Citizenship and Social Class, in: *Pierson/Castles*, The Welfare State, 2001, 32.

vor.¹⁴⁶ Soziale Einbeziehung ist danach ein Prinzip distributiver, aber nicht egalitärer Gerechtigkeit:

„Social inclusion does not seek the same or broadly equivalent outcomes for citizens. It concentrates its attention not on relative disadvantage between groups, but rather on the absolute disadvantage of particular groups in society. The objective is not some notion of equality of welfare, but one of securing a minimum level of welfare for every citizen.“¹⁴⁷

Collins räumt freimütig ein: „the current law does not fit precisely with the principles suggested by the aim of social inclusion“.¹⁴⁸ Das ist etwas untertrieben. Ziel sozialer Inklusion ist es, Barrieren zu beseitigen, die bestimmte Personen(gruppen) daran hindern, an den Vorteilen zu partizipieren, die ihnen als gleichen Bürgern in der Gesellschaft zustehen.¹⁴⁹ Dieses Ziel ist als solches erreicht, wenn der prinzipiell gleiche Zugang zu Gütern und Dienstleistungen am Markt gewährleistet ist. *Jörg Neuner* sieht in diesen Fällen daher keinen Bedarf mehr für einen „Schutz vor Ausgrenzung“.¹⁵⁰ Für das geltende Nichtdiskriminierungsrecht ist es aber unerheblich, ob der Markt gleichwertige Ausweichmöglichkeiten gewährleistet.¹⁵¹ Die Benachteiligung als solche wird sanktioniert. Jemand, der sich für zwei am Markt angebotene Mietwohnungen interessiert, wird benachteiligt, wenn ihm der eine Vermieter sagt, er würde nicht an „Afrikaner“ vermieten, obwohl ihm der andere Vermieter umgehend zusagt. Die Theorie sozialer Inklusion kann damit den Grundfall des Nichtdiskriminierungsrechts nicht einmal ansatzweise rechtfertigen. Das bedeutet nicht zwangsläufig, dass sie überhaupt keine Relevanz im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts hat. Man kann beispielsweise das Verbot der Altersdiskriminierung im Berufsleben auch als Reaktion auf den Ausschluss älterer Arbeitnehmer vom aktiven Arbeitsleben erklären, indem es sicherstellt, dass jene weiterhin daran partizipieren können.¹⁵² Allerdings muss man sich bei dieser Argumentation gegen den paternalistischen Zug sozialer Inklusion verwehren: Diese wird, wie *Collins* betont,¹⁵³ auch gegen den Willen des davon Betroffenen durchgesetzt. Das führt im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht zu problematischen Ergebnissen: Das Bundesarbeitsgericht glaubt beispielsweise, den Ausschluss älterer Arbeitnehmer von einem Abfindungsangebot damit erklären zu können, dass sie im Gegenzug im bestandsgeschützten Arbeitsverhältnis verblieben, obwohl eine Kündigung gar nicht möglich war! Die subjektive Einschätzung des einzelnen Arbeitnehmers, es sei für ihn

146 So *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16 (2003); *Collins*, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 897, 913-917 (2005).

147 *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 22 (2003).

148 *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 42 (2003).

149 Vgl. *Collins*, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 897, 913 (2005).

150 *Neuner*, JZ 2003, 57, 61 f.

151 Daher kritisch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 3.

152 Vgl. *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 19 ff zum Zusammenhang von *ageism* und Altersdiskriminierung.

153 Vgl. *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 24-25 (2003).

besser, den Aufhebungsvertrag abzuschließen und sich neu am Arbeitsmarkt zu bewerben, war nach Auffassung des Gerichts irrelevant.¹⁵⁴ Mit einem gleichheitsrechtlich fundierten Verständnis des Diskriminierungsverbots ist das freilich nicht mehr vereinbar.¹⁵⁵ *Collins* schränkt letztlich den Anwendungsbereich seiner These erheblich ein, indem er das Prinzip der formalen Gleichbehandlung als Grundlage und Ausgangspunkt anerkennt und die soziale Einbeziehung als rechtfertigungsbedürftige Abweichung davon ansieht.¹⁵⁶ Sie antworte lediglich auf die Frage „when is it fair to require equal treatment and when is it fair to require different treatment“¹⁵⁷. Abweichungen vom Prinzip der Gleichbehandlung seien notwendig, um das distributive Ziel sozialer Inklusion zu erreichen:

„This aim requires preference or priority to be given to members of a particular group, if the group can be classified as socially excluded. The preferential measures required are those that will contribute to the reduction of social exclusion.“¹⁵⁸

Collins sieht offensichtlich einen Bedarf dafür, diese distributiven Ziele außerhalb von Gleichheitskonzeptionen anzusiedeln. Diskriminierungsverbote sind dann eine eigenständige Kategorie, die von den Fallgruppen eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu unterscheiden ist. Diese Position wird in Deutschland beispielsweise von *Lorenz Fastrich* geteilt. Er unterscheidet im Arbeitsrecht zwischen dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und den sog. „Gleichstellungspflichten“¹⁵⁹ (dazu zählt er auch die Diskriminierungsverbote) und sieht in beiden unterschiedliche Phänomene, die verschiedenen dogmatischen Kategorien angehören.¹⁶⁰ Dagegen lässt sich natürlich einwenden, dass auch im Geltungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes eine Ungleichbehandlung nicht unter Anknüpfung an Diskriminierungsverbote zu rechtfertigen sei.¹⁶¹ Daraus will *Fastrich* aber keine Verknüpfung beider Instrumente folgern. Er versteht den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz vielmehr als das allgemeine Prinzip, während es sich bei Diskriminierungsverböten um korrigierende Eingriffe des Gesetzgebers handle.¹⁶² Die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung orientiere sich an der vom Arbeitgeber gesetzten Norm. „Gleichstellung“ korrigiere diese autonom gesetzte Norm im Interesse eines für den Arbeitgeber externen Ziels.¹⁶³ Dem schließt sich jetzt *Friedemann Kainer* an, indem er den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausdruck ausgleichender Ge-

154 BAG NZA 2010, 561 Rn. 33; siehe dazu auch unten § 6 III 6.

155 Dazu *Grünberger*, EuZA 2011, 171.

156 *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 41-42 (2003).

157 *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 40 (2003).

158 *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 40 (2003).

159 Kritisch zum Begriff *Kocher*, RdA 2002, 167, 168-169.

160 *Fastrich*, RdA 2000, 65.

161 So schon *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 104 f; siehe dazu oben § 5 I 4 c).

162 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68 f.

163 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 67 f.

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

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

III. Diskriminierungsmerkmale

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

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

¹⁶⁵ *Fastrich*, RdA 2000, 65, 74.

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

¹⁶⁷ Im Einzelnen oben § 5 I 3.

¹⁶⁸ *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68.

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

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