

§ 6 Spezielles Nichtdiskriminierungsrecht

I. Das Nichtdiskriminierungsprinzip

1. *Diskriminierungsverbote als unzureichende Gründe von Ungleichbehandlungen*

Im Anwendungsbereich allgemeiner Gleichbehandlungsgebote ist eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn sich *ein* sachlicher Grund dafür finden lässt. Ein hinreichender Grund fehlt, wenn alle in Betracht kommenden Gründe unzureichend sind. Weil die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann, ist die Gleichbehandlung geboten.¹ Die Zulässigkeit der Differenzierung hängt ausschließlich davon ab, ob es mindestens einen zureichenden Grund dafür gibt. Diese Frage kann der Gleichbehandlungsgrundsatz als solcher nicht beantworten.² Darin liegt das zentrale Wertungsproblem allgemeiner Gleichbehandlungssätze. Der Nichtdiskriminierunggrundsatz ist eine Antwort auf dieses Problem des Gleichheitsrechts.³ Das hat Alexander Somek präzise geschildert:

„Der Grundsatz spezifiziert die Anwendungsbedingungen dieses Rechts. Er enthält die Bedingungen, unter denen die Gründe für eine Ungleichbehandlung zu verwerfen sind. Es bleibt also nicht bei dem [...] diagnostizierten ‘Wertungsproblem’, wenn die Frage zu beurteilen ist, welche Gründe für das Erlaubtsein einer Ungleichbehandlung als ‘zureichend’ zu erachten sind. Zureichende Gründe müssen nicht identifiziert werden. Es geht um unzureichende Gründe. Während das Gleichheitsrecht besagt, dass Personen gleich behandelt werden sollen, wenn nichts – präziser: nicht irgendein vertretbarer Grund – dagegen spricht, isoliert der Antidiskriminierungsgrundsatz die Gründe, die nicht gegen eine Gleichbehandlung sprechen dürfen und also auch nicht vertretbar sind. Zur Begründung der Erlaubnis zur Ungleichbehandlung reichen Gründe daher schon dann hin, wenn sie keine Diskriminierung einschließen oder unterstützen.“⁴

Diskriminierungsverbote enthalten verbindliche Werturteile: Bestimmte Merkmale werden von der Rechtsordnung grundsätzlich als untauglich angesehen, eine Differenzierung rechtfertigen zu können.⁵ Sie enthalten eine abschließende Antwort auf die politische Frage, ob diese Ungleichheiten von der Rechtsordnung als ein beachtlicher Grund für Differenzierungen akzeptiert werden kön-

1 Vgl. dazu im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichheitssatz Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 370 f.

2 Insoweit übereinstimmend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 2 II 1.

3 Siehe Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 373 ff. Zu den möglichen Lösungsstrategien im Überblick vgl. Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 172 ff mwN; zur konkreten Anwendung im Arbeitsrecht vgl. statt vieler Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 47 ff.

4 Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 41 f (Hervorhebungen hinzugefügt).

5 Vgl. Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 40.

nen.⁶ Man kann von „verpönten Merkmalen“ sprechen.⁷ Dem Wort kommt eine zweifache Bedeutung zu: In der Umwelt des Rechts ist es – aus instrumentalen oder intrinsischen Gründen⁸ – „verpönt“, das Merkmal zu tragen. Das Nichtdiskriminierungsrecht „verpönt“ dagegen Unterscheidungen, die an dieses Merkmal anknüpfen.⁹ Angewendet auf Rasse und ethnische Herkunft, verbietet das Prinzip der Nichtdiskriminierung in der klassischen Beschreibung von *Paul Brest* „decisions and conduct [...], that would have been different but for the race of those benefited or disadvantaged by them“¹⁰. Nichtdiskriminierungsrecht entbindet den Rechtsanwender davon, Gleichheit dort zu suchen, wo möglicherweise Differenz vorliegt: Ein Schwarzer „ist“ kein Weißer, eine Frau „ist“ kein Mann. Es knüpft an tatsächliche oder nur wahrgenommene Differenzen an und bestimmt, dass sie für Entscheidungen nicht relevant sein dürfen. Anders formuliert: Trotz einer bestehenden oder zugeschriebenen Ungleichheit von Akteuren in der Umwelt des Rechts ordnet das Recht die Gleichbehandlung der Person an. Im Anwendungsbereich eines Diskriminierungsverbots kommt es daher nur darauf an, dass die Ungleichbehandlung einer Person nicht auf der verbotenen Diskriminierung beruht. Ob es daneben positive Gründe für die Ungleichbehandlung gibt, ist für das Nichtdiskriminierungsrecht irrelevant. Wer beispielsweise einem allgemeinen Kontrahierungzwang unterliegt,¹¹ kann auf Abschluss des Vertrages verklagt werden, wenn keine sachlichen Gründe für dessen Ablehnung oder für die Abweichung von den üblichen Bedingungen vorliegen. Wer dagegen einem Diskriminierungsverbot unterliegt, ist nur daran gehindert, den Abschluss des Vertrages aus bestimmten Gründen – den diskriminierenden Merkmalen – zu verweigern.¹² Erwägungsgrund (14) der Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen¹³ verdeutlicht diesen Zusammenhang:

„Für jede Person gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der die freie Wahl des Vertragspartners für eine Transaktion einschließt. Eine Person, die Güter oder Dienstleistungen bereitstellt, kann eine Reihe von subjektiven Gründen für die Auswahl eines Vertragspartners haben. Diese Richtlinie sollte die freie Wahl des Vertragspartners durch eine Person solange nicht berühren, wie die Wahl des Vertragspartners nicht von dessen Geschlecht abhängig gemacht wird.“

6 BVerfGE 3, 225, 240.

7 So *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 25, 59.

8 Dazu unten § 6 V 1 c).

9 Vgl. die Klarstellung bei *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 173.

10 *Brest*, 90 *Harv. L. Rev.* 1, 6 (1976).

11 Dazu oben § 5 VI 2.

12 Siehe *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 394 f.

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

Nichtdiskriminierungsrecht ist daher bescheidener als das allgemeine Gleichbehandlungsrecht und radikaler zugleich: Bescheidener, weil es keine positive Rechtfertigung mit zulässigen Handlungsgründen verlangt, sondern lediglich bestimmte Gründe als handlungsmotivierende Faktoren ausschließt.¹⁴ Radikaler, weil diese Gründe prinzipiell keine Rolle bei der Ungleichbehandlung spielen dürfen und die Rechtfertigungsanforderungen erheblich intensiviert werden. Es kommt daher entscheidend auf die Merkmale an, an die anzuknüpfen von der Rechtsordnung „pönalisiert“ wird. Die Liste potentieller Merkmale ist lang. Alexander Somek hat eine unvollständige und politisch inkorrekte Aufzählung vorgelegt:

„Rollstuhlfahrer, Blinde, Schwerhörige, Spastiker, Debile, Imbezile, Bucklige, Entstellte, Transsexuelle, Schwule, Lesben, Huren, Stripperinnen, Aktionskünstler, Kinderlose mit Kinderwunsch, Kranke, Todkranke, Mindestpensionisten, Angehörige von Familien mit einem Einkommen unterhalb des Durchschnittseinkommens, Ex-Häftlinge, ältere arbeitslose Personen, Ungebildete, Unausgebildete, dunkelfarbige Ausländer, Ausländer aus Balkanländern und Ländern Osteuropas, Türken, Ägypter, alleinerziehende Mütter, Ehefrauen, Depressive, Mystiker, Ausgebrannte.“¹⁵

Würde man alle diese – und noch andere denkbare Merkmale – in einem Katalog zusammenfassen, wird das Diskriminierungsverbot zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot.¹⁶ Das führt unweigerlich zum Konflikt mit der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung, die auf Differenzierungen und Präferenzen der einzelnen Akteure aufbaut¹⁷ und in der Diskriminierungen *rational* sein können¹⁸. Daher tut eine Auswahl not. Damit stößt man auf ein Grundproblem des Nichtdiskriminierungsrechts: Die Auswahl bewirkt, dass seine Schutzmechanismen bei Benachteiligung wegen anderer Merkmale nicht zur Verfügung stehen. „Indem das Gesetz durch einen abschließenden Katalog andere, möglicherweise unsachliche Benachteiligungen von seinem Schutz ausschließt, diskriminiert es selbst und erteilt – jedenfalls die von ihm gebotenen Schutzinstrumente betreffend – die Lizenz zur Diskriminierung.“¹⁹ Das ist zugespitzt formuliert, trifft aber den Kern des Problems.²⁰

14 Neuner, Vertragsfreiheit, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 73, 86f.

15 Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 4.

16 So Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 13; Neuner, 2 ERCL 35, 44 (2006).

17 Neuner, 2 ERCL 35, 44-45 (2006); Basedow, ZEuP 2008, 230, 248f.

18 Dazu Gardner, 18 Oxford J. Legal Studies 167-169 (1998).

19 Schwab, DNotZ 2006, 649, 671f.

20 Mahlmann in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, Kap. 1 Rn. 35.

2. Diskriminierungsverbote als rechtliche Reaktion auf soziale Statushierarchien

Zwei Fragen drängen sich auf: Anhand welcher Kriterien werden bestimmte Merkmale zu verbotenen Diskriminierungsmerkmalen? Der – vorläufigen²¹ – Antwort nähert man sich am besten historisch. Die *Civil Rights Acts* von 1866, 1870 und 1875 sowie von 1964 reagierten auf die anhaltende Ungleichbehandlung Schwarzer in einer von Weißen geprägten Sozialordnung. Sie zielten darauf, die gleiche Freiheit von Personen zu realisieren, die ihnen von der weißen Mehrheitsgesellschaft verweigert wurde und wird, weil sie schwarze Sklaven waren und, selbst nach Ausstattung mit gleichen Rechten, in den Augen der Weißen Schwarze – und damit „Andere“ – geblieben sind.²² Diskriminierungsverbote knüpfen daher in der Regel an die personenbezogenen Merkmale von Individuen an, die vom (Status-) Recht²³ und in der Gesellschaft instrumentalisiert werden: Die betroffenen Individuen werden zu Mitgliedern einer als homogen konstruierten Gruppe (die „Anderen“) gemacht, die aufgrund dieser Merkmale von der jeweils herrschenden Gruppe („uns“) unterschieden wird.²⁴ Die Unterscheidung anhand bestimmter Merkmale ist notwendig, um die „Anderen“ schlechter behandeln zu können, weil sie als solche weniger wert sind als „wir“.²⁵ Diese Eigenschaften konstituieren den sozialen Status²⁶ einer Person und ihren Platz in der sozialen Statushierarchie einer Gesellschaft.²⁷ Max Weber sprach mit Bezug auf ständische und ethnische Unterscheidungen von einem „Kastensystem“: Aus dem „horizontalen unverbundenen Nebeneinander“ ethnischer Unterscheidungen wird ein „vertikales soziales Übereinander“ gemacht.²⁸ Er wies bereits darauf hin, dass die ethnische Unterscheidung keineswegs die einzige mögliche ist.²⁹ J. M. Balkin führt diesen Gedanken konsequent weiter und weist auf die sozialen Funktionen potentieller Differenzierungsmerkmale hin:

„There is no necessary limitation on what characteristics can serve to distinguish status groups in a status hierarchy. [...] The number of traits that might be used to distinguish human beings is limitless, but the organization of a status hierarchy is a result of a particular history of social stratification and subordination. The question is not whether identifying traits exist that might distinguish people, but whether society has organized itself into a system of super- and subordination based on those traits. The issue is social stratification based on traits, not the nature of the traits themselves.“³⁰

21 Eingehend dazu unten § 7 IV 4.

22 Dazu ausführlich oben § 3.

23 Zur Bedeutung des Statusrechts bereits oben § 1 I 4.

24 Zur Gegenüberstellung von einem „Wir“ und einem „Anderen“ als Grundlage der Diskriminierung siehe *Fisahn*, Rechtstheorie 2006, 67f und *Schiek*, 8 ELJ 290, 309 (2002).

25 Zu diesem Zusammenhang näher die Fallstudie oben § 3 I 4.

26 Zum Begriff Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 403.

27 *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2321-23 (1997).

28 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 536.

29 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 536 f.

30 *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2323 (1997) (Hervorhebungen hinzugefügt).

Es kommt also nicht darauf an, um welche Eigenschaft es sich handelt, sondern darauf, welche soziale Bedeutung ihr im Verhältnis zu anderen zugeschrieben werden kann. Es ist für dieses Statusverständnis auch unerheblich, ob das Merkmal unveränderlich ist oder nicht. Eine vergleichende Betrachtung der Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft, Geschlecht und Religion verdeutlicht diese These.

Auf den ersten Blick scheint sich Religion von den drei anderen Diskriminierungsmerkmalen Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht deutlich zu unterscheiden. Jene werden nach traditioneller Auffassung als angeborene Persönlichkeitsmerkmale aufgefasst, die unveränderbar (*immutable*) sind und von anderen als Unterscheidungskriterien sofort wahrgenommen werden können (*visibility*).³¹ Diese Sichtbarkeit ermöglicht es, den Merkmalen bestimmte Wertungen zuzuschreiben,³² die ihrerseits die Trennung zwischen „uns“ und den „Anderen“ ermöglicht. Weil die Person aufgrund der Unveränderbarkeit des Merkmals diesen Zuschreibungen nicht ausweichen kann, sind die zugeschriebenen Wertungen unter Geltung des Axioms der gleichen Würde jeder Person moralisch nicht zu rechtfertigen. Beide Faktoren treffen auf Religion nicht unbedingt zu. Eine religiöse Überzeugung wird im Lauf des Lebens erworben und kann, theoretisch zumindest, von jedem auch wieder abgelegt oder geändert werden. Davon geht Art. 9 Abs. 1 EMRK aus, weil er die Freiheit einer Person garantiert, eine Religion wechseln zu können.³³ Daher hat jemand, der wegen seiner Religion diskriminiert wird, an sich die Möglichkeit, seine Religion zu ändern. Daneben wird der Glaube nur sichtbar, wenn der Betroffene sich dazu mit Worten oder durch Zeichen bekennt.³⁴ Der Fall der Kopftuchtragenden Angestellten zeigt, dass ein privater Akteur einer Person vorschreiben kann, einen bestimmten Glauben oder Nicht-Glauben zu haben oder sich (nicht) in einer bestimmten Weise dazu zu bekennen.³⁵ Das Freiheitsrecht wird hier als Zumutbarkeitsgrenze solcher Eingriffe instrumentalisiert. *Dagmar Schiek* sah daher in der verbotenen Diskriminierung wegen der Religion einen „bestätigenden Freiheitsschutz“, den sie vom „originären Diskriminierungsschutz“ der klassischen Merkmale unterscheiden möchte.³⁶ Diese Differenzierung ist nicht haltbar. Die damit implizierte Annahme, das Geschlecht sei unveränderbar, ignoriert das Phänomen der Transsexualität.³⁷ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der Gerichtshof der Europäischen

31 Vgl. dazu näher *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 493-498 (1998) zum U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht.

32 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 26 ff spricht daher von „askriptiven Persönlichkeitsmerkmalen“.

33 Dazu *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 1985, Art. 9 Rn. 9.

34 So *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 34.

35 BAG NJW 2003, 1685.

36 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 34; mittlerweile hat sie diese Position erheblich modifiziert, siehe *Schiek*, 8 ELJ 290, 309-311 (2002).

37 Näher zum Argument *Damm*, Menschenwürde, 2006, 452 ff.

Union und das Bundesverfassungsgericht teilen denselben Ausgangspunkt:³⁸ „Das Geschlecht eines Menschen kann sich ändern.“³⁹ Auch die Vorstellung, die Rasse eines Menschen sei gegeben und unveränderbar, trifft nicht zu: Homer Plessy war „a person of color“, weil ihn der Staat Louisiana zum Schwarzen machte.⁴⁰ Die Rasse eines Menschen ist auch nicht immer sichtbar, wie das Phänomen des „racial passing“ in den U.S.A.⁴¹ zeigt: Schwarzen gelang es aufgrund ihrer Persönlichkeitsmerkmale, als Weiße aufzutreten und damit an den für Weiße geltenden Privilegien teilzuhaben.⁴² Von einer „selbst gewählten“ oder freiwilligen Entscheidung konnte aber keine Rede sein.⁴³ Balkin fasste die wesentlichen Argumente gegen die Veränderbarkeits- und Sichtbarkeitsthese zusammen:

„Discrimination against blacks, for example, is not unjust simply because race is an immutable characteristic. Focusing on immutability per se confuses biological with sociological considerations. It confuses the physical existence of the trait with what the trait means in a social system. Racial discrimination is wrong because of the historical creation of a status hierarchy organized around the meaning of skin color. The question to ask is not whether a trait is immutable, but whether there has been a history of using the trait to create a system of social meanings, or define a social hierarchy, that helps dominate and oppress people.“⁴⁴

Dasselbe gilt auch für die Religion. Es ist einer Person unzumutbar, zur Vermeidung sozialer Nachteile ihren Glauben oder ihr religiöses Bekenntnis zu verborgen. Darin liegt das eigentliche Unrecht der Diskriminierung aufgrund der genannten Merkmale: Sie verlangt von den „Anderen“, dass sie sich, um der Diskriminierung auszuweichen, „uns“ anpassen.⁴⁵ Bei Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht leuchtet es aufgrund der tatsächlichen Schwierigkeiten einer Anpassung ein, dass es moralisch nicht zu rechtfertigen ist, die Merkmalsträger für ihre Nichtanpassung verantwortlich zu machen. Religion ist dagegen konstitutiv für die ethische Person und unsere personale Identität.⁴⁶ Der Preis für ein Ausweichen wäre viel zu hoch: Er bedeutete unsere Selbstzerstörung als ethische und moralische Person.⁴⁷ Das verhindert die Anpassungsfähigkeit.⁴⁸ Selbstverleugnung darf hier nicht verlangt werden. Diesen Schutz bewirkt das Nicht-

38 Dazu Grünberger, Reform des TSG, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer, Transsexualität und Intersexualität, 2008, 81, 82.

39 BVerfGE 121, 175 Rn. 38 – *Transsexualität VII*; siehe EGMR, Urt. v. 11.7.2002, App. No. 28957/95 – *Goodwin v. U.K.* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/> Rn. 76 ff; EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-117/01 – *K.B. v. National Health Service Pensions Agency* = Slg. 2004, I-541 Rn. 29 ff; BVerfGE 49, 286, 297 f – *Transsexualität I*.

40 Dazu § 3 III 5.

41 Vgl. dazu *Rush*, 13 Harv. Blackletter L.J. 65 (1997).

42 Vgl. dazu *Harris*, 106 Harv. L. Rev. 1707, 1710-1714 (1993).

43 Siehe dazu *Harris*, 106 Harv. L. Rev. 1707, 1743-1744 (1993).

44 *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2365-2366 (1997).

45 *Somek*, Rechtlches Wissen, 2006, 204 f.

46 Vgl. *Muckel* in: *Tettinger/Stern*, Grundrechte-Charta, Art. 4 Rn. 12.

47 Vgl. im größeren Zusammenhang *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 509-19 (1998).

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

diskriminierungsprinzip. Sein Eingreifen hängt also nicht davon ab, dass es sich bei dem geschützten Merkmal um ein im deskriptiven Sinne unveränderbares Persönlichkeitsmerkmal handelt.⁴⁹

Dieser soziologische Statusbegriff unterscheidet sich vom rechtlichen Statusbegriff⁵⁰ in mehrfacher Hinsicht:⁵¹ (1.) Der rechtliche Status betrifft die Rechtsstellung einer Person im Verhältnis zu anderen Personen.⁵² Der soziale Status weist der Person eine Position in hierarchisch organisierten Gesellschaften zu. (2.) Der rechtliche Status ist ein Anknüpfungspunkt von subjektiven Rechten und Pflichten.⁵³ (3.) Der rechtliche Status unterscheidet sich vom Verhalten einer Person. Der soziale Status setzt sich dagegen aus zahlreichen Elementen zusammen, zu denen auch Verhaltensweisen und Lebensformen zählen. Das hat nach *Balkin* eine wichtige Konsequenz:

*„Status-based discrimination in the sociological sense is discrimination with respect to all of the cultural markers – including ‘conduct’ – that distinguish groups or are otherwise associated with them.“*⁵⁴

Mit dem derart zugeschriebenen sozialen Status einer Person oder Personengruppe wird regelmäßig eine „zweidimensionale soziale Unterscheidung“⁵⁵ getroffen. Die Merkmale werden als Distributionsfaktoren im Wirtschaftssystem eingesetzt und drücken in anderen Sozialsystemen einen Wertunterschied aus. Wie sich insbesondere anhand der beiden klassischen Merkmale Rasse und ethnische Herkunft einerseits bzw. Geschlecht andererseits belegen lässt, bildeten und bilden sie grundlegende Ordnungsfaktoren für das Wirtschaftssystem. Das habe ich oben für das Merkmal Rasse im speziellen Kontext des U.S.-amerikanischen Südens nachgewiesen.⁵⁶ Es gilt für das Geschlecht genauso: So sind Führungspositionen in der Wirtschaft auf Arbeitsverhältnisse ausgelegt, „die auf Männer in Subtraktion familiärer Pflichten und Addition hausfralicher Unterstützung zugeschnitten sind.“⁵⁷ Der nach wie vor niedrige Anteil von Frauen in Führungspositionen der Wirtschaft spricht für sich.⁵⁸ Die Ungleichbehandlung von Frauen in der Ehe⁵⁹ ist ein historisches Beispiel für die Statuszuweisung durch Abwertung

49 Dazu weiterführend *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2361-67 (1997).

50 Zum deutschen Verständnis siehe *Muscheler*, Familienrecht, 2012, Rn. 90 ff; *Röthel*, StAZ 2006, 34, 40 ff; *Windel*, StAZ 2006, 125, 128 ff.

51 Einzelheiten bei *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2325 (1997).

52 *Röthel*, StAZ 2006, 34, 41.

53 *Muscheler*, Familienrecht, 2012, Rn. 95.

54 *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2325 (1997).

55 Dazu eingehend *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 32 ff, 36 f.

56 Zur sozialen Funktion der Diskriminierung Schwarzer in den U.S.A. im 19. Jahrhundert bereits oben § 3 I 4.

57 *Hohmann-Dennhardt*, FS Pfarr, 2010, 235, 243.

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

59 Dazu oben § 2 II.

im Teilsystem Familie. Ein aktuelles Beispiel ist die fortbestehende Ungleichbehandlung von homosexuellen Partnerschaften im Statusrecht.

Diesen Nexus wollen Diskriminierungsverbote aufbrechen. Sie sind ein Versuch, das zweite Gleichheitsproblem⁶⁰ zu lösen, indem sie die Anknüpfung an ein Merkmal verbieten, das traditionell zur Stigmatisierung⁶¹ von Personen und zur Bildung sozialer Hierarchien⁶² verwendet wird. Sehr kontrovers ist die Diskussion darüber, ob sich dieser Versuch lohnt. *Catharine MacKinnon* zweifelte daran:

„That women have voluntarily engaged law at all is a triumph of determination over experience. It has not been an act of faith. [...] Treacherous and uncertain and alien and slow, law has not been women's instrument of choice.“⁶³

Elisabeth Holzleithner widersprach:

„Ein Recht zu haben, ist Ausdruck einer fundamentalen Form der Anerkennung. Wer Rechte hat, zählt.“⁶⁴

Rechte verändern nämlich die Art, wie ein Konflikt ausgefochten wird. Die Kräfteverhältnisse verschieben sich. Das Nichtdiskriminierungsrecht zwingt die Normadressaten dazu, die Gründe offenzulegen, die in einer Rechts- und Gesellschaftsordnung verwendet werden, um Angehörige von Minderheiten strukturell zu benachteiligen. Das macht zugleich auch die Zeitgebundenheit und immanenten Unzulänglichkeiten von Diskriminierungsverboten aus. Wir neigen zwar dazu, zu glauben, dass bestimmte Formen von Diskriminierung schon immer ungerecht waren und wir diesen Zusammenhang erst seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts richtig „entdeckt“ haben. „That strikes me“, wie *John Gardner* zutreffend bemerkte, „as most implausible.“⁶⁵ Weil Diskriminierungen im gesellschaftlichen Kontext stehen, sind die damit verbundenen Einschränkungen von Freiheitssphären der Betroffenen jeweils vor dem Hintergrund der allen anderen gleich zugänglichen Freiheitssphären zu sehen.

3. Spezielles und allgemeines Nichtdiskriminierungsrecht

Das leitet über zur zweiten Frage: Wer bestimmt die Auswahl relevanter Diskriminierungsverbote?⁶⁶ Im gewaltenteilenden Rechtsstaat kann diese Entscheidung prinzipiell allen drei Gewalten zugewiesen werden. In der Praxis konkurrieren Gesetzgebung und Judikative um die Deutungshoheit. Geht man davon aus, dass

60 Dazu oben § 2 III 3.

61 Zur Bedeutung von Stigma im Nichtdiskriminierungsrecht siehe *Solanke*, 72 Modern L. Rev. 723, 736-739 (2009); *Solanke*, Stigma, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 115, 121-130.

62 Dazu vorerst *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2321-24 (1997).

63 *MacKinnon*, 100 Yale L.J. 1281, 1285 (1991).

64 *Holzleithner*, KJ 2008, 250, 256.

65 *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167, 177 (1998).

66 Zum Folgenden siehe *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 67.

Diskriminierungsverbote gerade den Schutz einer von der Mehrheit ausgehenden Benachteiligung einer Minderheit zuwenden, wären die Gerichte das geeignete Forum. Das allerdings kann nur überzeugen, wenn es möglich ist, Diskriminierungsmerkmale aus Prinzipien abzuleiten. Fasst man die Festlegung eines Diskriminierungsverbots dagegen als genuin politische Entscheidung auf,⁶⁷ wird man sie dem Gesetzgebungsprozess zuweisen.

Untersucht man die vertretenen Lösungsmöglichkeiten für dieses Regelungsproblem, lassen sich drei Ansätze unterscheiden:⁶⁸ (a) Man kann das Problem über einen flexibel gehandhabten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz lösen. (b) Diametral entgegengesetzt ist die Konzeption eines abgeschlossenen Katalogs von Diskriminierungsmerkmalen. (c) Eine Kombination von ausdrücklichen Diskriminierungsverboten einerseits und einem flexiblen allgemeinen Gleichheitssatz andererseits vermittelt zwischen diesen Positionen. Dieser verlangt strengere Rechtfertigungsanforderungen bei personenbezogenen Ungleichbehandlungen und steigert die Anforderungen, je mehr es sich um die Ungleichbehandlung von Minderheiten handelt. Eine genauere Analyse der existierenden Modelle zeigt, dass man zudem zwischen zwei Ebenen unterscheiden muss: der Ebene des Verfassungsrechts und der Ebene des einfachen Rechts. Darauf weist die geschichtliche Erfahrung des U.S.-amerikanischen Nichtdiskriminierungsrechts hin.⁶⁹ Dort verteilt sich die Entscheidungskompetenz auf (a) den Verfassungsgeber bzw. verfassungsändernden Gesetzgeber mit dem XIIIth und XIVth Amendment, (b) den einfachen Gesetzgeber (*Civil Rights Acts* von 1866, 1870, 1875 und 1964) und (c) die (Verfassungs-) Gerichtsbarkeit seit *Brown v. Board of Education*. Wir werden sehen, dass sich das unionsrechtliche und das deutsche Nichtdiskriminierungsrecht aus ähnlichen Quellen speist: Nichtdiskriminierungsrecht leitet sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ebenso ab⁷⁰ wie aus abschließend verfassten Spezialgesetzen⁷¹. Ich schlage daher im Anschluss an *Matthias Mahlmann* vor, terminologisch zwischen dem speziellen/besonderen und dem allgemeinen Nichtdiskriminierungsrecht zu differenzieren.⁷² Besonderes Nichtdiskriminierungsrecht nenne ich die Bereiche des Nichtdiskriminierungsrechts, in denen der Gesetzgeber die „richtige“ Auswahl unter den Diskriminierungsmerkmalen trifft und diese spezialgesetzlich regelt. Zum allgemeinen Nichtdiskriminierungsrecht zähle ich die Anwendungsfälle des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes, die sich außerhalb des sachlichen, persönlichen und zeitlichen

67 Beispielsweise *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 59.

68 *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 67f; dazu *Bamforth*, 24 Oxford J. Legal Studies 693, 701 (2004).

69 Dazu oben § 3 III und IV.

70 Dazu unten § 7 II.

71 Dazu gleich unten § 6 II 1.

72 Vgl. *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, Kap. 3 Rn. 17, 45.

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 f. 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.