

geschlossen. Ich plädiere daher mit Nachdruck dafür, die im deutschen Recht immer wieder aufzuspürende Tendenz, Gleichbehandlungsfragen über den Anwendungsbereich von Gleichbehandlungspflichten zu lösen, anstatt in Rechtfertigungsdiskurse einzutreten, nicht auf das AGG zu übertragen.

## V. Benachteiligungs-/Diskriminierungstatbestand

### 1. Tatsächliche Diskriminierungskategorien

Diskriminierung ist ein Rechtsbegriff. Seine Aufgabe liegt darin, Ungleichbehandlungen in anderen Teilsystemen der Gesellschaft systemkonform erfassen zu können. Diese Ungleichbehandlungen sind als tatsächliche Erscheinungsformen in den jeweiligen Teilsystemen vom Rechtsbegriff zu unterscheiden. Diese Distinktion ist, darauf hat zum Beispiel *Larry Alexander* aus moralphilosophischen Gründen hingewiesen, wichtig:

*„Discrimination is not one thing, but many. Failure to recognize this point results in intellectual and moral confusion as well as bad policy.“<sup>1</sup>*

Die ökonomische Analyse des Rechts hat für das praktisch wichtigste Teilsystem eine eigene Terminologie entwickelt, die sich dafür eignet, tatsächliche Erscheinungsformen der Diskriminierung zu beschreiben und dadurch zu unterscheiden. Traditionell geht man von zwei<sup>2</sup> Diskriminierungsvarianten aus: (1.) präferenzbedingte Diskriminierung und (2.) statistische Diskriminierung.<sup>3</sup>

#### a) Von der präferenzbedingten zur statuserhaltenden Diskriminierung

Von präferenzbedingter Diskriminierung oder *taste-based discrimination* spricht man, wenn der Benachteiligte oder ein Dritter, dessen Diskriminierungsgründe der Benachteiligte berücksichtigt,<sup>4</sup> mit Angehörigen einer nach bestimmten Merkmalen zusammengesetzten Gruppe aus systemfremden Gründen nichts zu tun haben will.<sup>5</sup> Die ökonomische Theorie schweigt sich über die Gründe dafür aus. Das festzustellen ist nicht ihre Aufgabe. Es reicht, Präferenzen als gegeben hinzunehmen.<sup>6</sup> Ob diese Präferenzen an ein von der Rechtsordnung verpöntes

1 *Alexander*, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 153 (1992).

2 Eine davon abweichende und die Behandlung sehr verkomplizierende Einteilung in insgesamt 7 (!) Gründe schlägt dagegen *Posner*, 56 U. Chi. L. Rev. 1311, 1318-1321 (1989), beschränkt auf das Merkmal „Geschlecht“ vor.

3 Statt vieler *Strauss*, 79 Geo. L.J. 1619, 1621-1623 (1991); *Vandenberghe*, 3 ERCL 410 (2007); *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 14 ff; ein guter Überblick über den Stand der Literatur findet sich bei *Schwab*, *Employment Discrimination*, in: *Dau-Schmidt/Harris/Lobel*, *Labor and Employment Law and Economics*, 2009, 296, 299 ff.

4 Zu diesem Argument siehe *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167, 168-169 (1998).

5 Grundlegend *Becker*, *Economics of Discrimination*, 1971.

6 Vgl. dazu *Epstein*, *Forbidden Grounds*, 1992, 42 f.

Merkmal anknüpfen, ist auf der empirisch-deskriptiven Ebene zunächst unerheblich. Das wird nicht immer klar genug gesehen, weil man sofort den Problemfall im Auge hat. Erst wenn die Präferenz mit einem verpönten Merkmal zusammenfällt, stellt sich das Folgeproblem, warum die Rechtsordnung es untersagen darf, nach eigenen Präferenzen zu handeln. Wer dagegen eine Präferenz hat, die an nicht verpönte Merkmale anknüpft, und danach unterscheidet, „diskriminiert“ ebenfalls. Die Irritationen im Rechtssystem bleiben aber aus, weil es dieser Unterscheidung gegenüber indifferent ist.

Die Frage, warum jemand anhand seiner Präferenzen unterscheidet, stellt sich in moralphilosophischen Diskursen.<sup>7</sup> Eine sehr ausdifferenzierende Konzeption hat *Larry Alexander* vorgestellt, indem er drei verschiedene Kategorien unterscheidet:<sup>8</sup> (1.) Präferenzen für und gegen Angehörige bestimmter Gruppen aufgrund einer kategorischen Voreingenommenheit aus ethischen Gründen (*bias*). Dazu zählt beispielsweise die Auffassung, dass Schwarze als solche weniger wert oder Beziehungen Homosexueller intrinsisch weniger schutzwürdig als heterosexuelle Beziehungen seien. (2.) Präferenzen aufgrund eines kontextbezogenen und auf ethische Anschauungen zurückzuführenden Rollenverständnisses, die im Wesentlichen von Stereotypen getragen werden. Damit würde man die unterschiedliche Rollenverteilung von Männern und Frauen in der Gesellschaft erklären können. (3.) Kategorische oder kontextbezogene Präferenzen, die nicht auf ethischen Überzeugungen, sondern psychologischen Gründen der „Fremdheit“ beruhen. Man kann auch von „bewusst subjektiven Werturteilen“ und „Rollenvorstellungen“ sprechen.<sup>9</sup>

Zu den klassischen Fällen präferenzbedingter Diskriminierung zählt die Weigerung eines weißen Arbeitgebers im U.S.-amerikanischen Süden, einen Schwarzen einzustellen, weil seine ausschließlich weißen Beschäftigten eine rassistische Einstellung zu Schwarzen haben. Dasselbe kann man im Fall des Oberlandesgerichts Köln vermuten, wenn bei Anblick eines Mietinteressenten gesagt wird, dass die Wohnung „nicht an Neger, äh ... Schwarzafrikaner und Türken vermietet“ werde.<sup>10</sup> Mit dem Modell der präferenzbedingten Diskriminierung lassen sich auch die auf Ehegatten beschränkte Fahrvergünstigung für den Arbeitnehmer in der Rs. *Grant*<sup>11</sup>, Hinterbliebenenversorgung in der Rs. *Maruko*<sup>12</sup> sowie Zusatzversorgung in der Rs. *Römer*<sup>13</sup> erklären. Die Benachteiligenden übertragen

7 Siehe dazu auch *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 379 ff, der zwischen Demütigung, Stereotypisierung und Überdeterminierung unterscheidet.

8 *Alexander*, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 157-167 (1992).

9 *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 96.

10 Vgl. OLG Köln NZM 2010, 294.

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

12 EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757.

13 EuGH, Urt. v. 10.5.2011, Rs. C-147/08 – *Jürgen Römer v. Hamburg* = Slg. 2011, I-3591.

eine im Sozialsystem vorgefundene und vom Rechtssystem perpetuierte Präferenz für heterosexuelle Paarbeziehungen in das Wirtschaftssystem.

Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal für eine präferenzbedingte Diskriminierung ist nach den grundlegenden Ansätzen von Gary Becker die Bereitschaft des Benachteiligten, zu handeln „as if he were willing to pay something, either directly or in the form of a reduced income, to be associated with some persons instead of others.“<sup>14</sup> Das klassische präferenzbedingte Modell weist aber einen erheblichen Mangel auf: Es beschränkt sich auf die konkreten Marktbeziehungen und berücksichtigt die sozialen Kontexte von Diskriminierungen nicht ausreichend. George Akerlof nahm 1976 die Beobachtung zum Ausgangspunkt,

*„that the tastes of persons in discriminating societies are so overwhelmingly biased in favor of discrimination that, relatively, the positive or negative effects of economic incentive are of only minor moment“*<sup>15</sup>

und schlug mit dem formalen Modell eines Kastengleichgewichts einen ergänzenden wettbewerbsbezogenen Ansatz<sup>16</sup> vor.<sup>17</sup> Nach dem Modell erleiden die Marktakteure, die das „Kastensystem“ durchbrechen, signifikante ökonomische Nachteile. In einer von Diskriminierung geprägten Gesellschaft sind aber die nachfolgenden Interaktionen mit anderen Marktteilnehmern zu berücksichtigen. Weil zu erwarten ist, dass diese sich an den *code* halten, muss der „Verletzer“ damit rechnen, dass seine Assoziierung mit den „Kastenfremden“ von den „Kastenangehörigen“ sanktioniert wird. Ob das Nichtdiskriminierungsrecht die Nichtzugehörigkeit zu dieser „Kaste“ schützt, steht dabei auf einem ganz anderen Blatt.

*Das zeigt als aktuelles Beispiel dafür der Fall Udo Voigt.<sup>18</sup> Die Betreiberin eines Hotels war nicht bereit, mit dem damaligen Vorsitzenden der NPD zu kontrahieren, weil dessen politische Überzeugung „nicht mit dem Ziel des Hotels zu vereinbaren sei, jedem Gast nach Möglichkeit ein exzellentes Wohlfühlerlebnis zu bieten.“<sup>19</sup> Nach Einschätzung des Bundesgerichtshofs liege es „nahe, dass die Anwesenheit des Klägers mit Blick auf die von diesem und dessen Partei vertretenen rechtsextremen Positionen bei anderen Gästen Missfallen erregen oder gar als Provokation empfunden wird.“<sup>20</sup> Das „wirtschaftliche Risiko für das von ihr betriebene Geschäftskonzept eines Wellnesshotels“ trage ihre Freiheit, „solchen Gästen den Zutritt zu verweigern, von denen sie annimmt, ihr Aufenthalt könne mit Blick auf die von ihnen vertretene politische Auffassung diesem Konzept abträglich sein.“<sup>21</sup>*

14 Becker, Economics of Discrimination, 1971, 14.

15 Akerlof, 90 Q.J. Econ. 599, 609 (1976).

16 So die Terminologie von Engert, 4 German L.J. 685 (2003).

17 Akerlof, 90 Q.J. Econ. 599, 610-611 (1976).

18 BGH JZ 2012, 686; dazu bereits oben § 5 VI 2 b) (4).

19 BGH JZ 2012, 686 Rn. 1.

20 BGH JZ 2012, 686 Rn. 16.

21 BGH JZ 2012, 686 Rn. 27.

Akerlof versteht im Prinzip Diskriminierung als sozialen Vorgang der Hierarchisierung.<sup>22</sup> Das ermöglicht ihm, zu erklären, warum die Diskriminierung – trotz bestehender ökonomischer Anreize, davon abzuweichen – Bestand hat:

„While not denying the possible returns to the arbitrageur and social deviant, the models of statistical discrimination and caste explain why economic rewards may favor those who follow prevailing social custom; and in so doing, they give economic reasons why such social customs may endure.“<sup>23</sup>

Die existierenden sozialen Hierarchisierungsnormen einer Gesellschaft sorgen damit im Ergebnis für ein Kartell der privilegierten Gruppenmitglieder und stellen sicher, dass einzelne aus dem Kartell nicht ausscheiden.<sup>24</sup> Warum können solche sozialen Normen die Vorteile, die das Ausscheren mit sich bringen würde, übertrumpfen? Der klassische Ansatz ökonomischer Analyse kann darauf, wie Richard H. McAdams anhand mehrerer Experimente nach dem Muster des „Gefangenendilemmas“<sup>25</sup> nachwies, keine befriedigenden Antworten finden.<sup>26</sup> Das Becker'sche Modell ist dafür auch zu simpel, weil es einerseits eine generelle Präferenz der Diskriminierung annimmt, die mit den sozialen Verhältnissen der Rasse-diskriminierung nach 1963 nicht mehr übereinstimmt und weil es sich andererseits auf Marktbeziehungen beschränkt und die vielfältigen Aspekte der Diskriminierung außerhalb des Wirtschaftssystems<sup>27</sup> ausblendet.<sup>28</sup> Richard Epstein erklärte das Phänomen mit dem Hinweis auf die hohen Transaktionskosten, die die Verwaltung einer diversifizierten im Vergleich zu einer homogenen Gruppe mit sich bringt.<sup>29</sup> Das ist wiederum ganz klassisch und daher zu kurz gedacht. McAdams wählte dagegen einen Ansatz der *behavioral economics* und schlug vor, die Befolgung der sozialen Norm durch die Gruppenmitglieder mit der dadurch sichergestellten gruppenbasierten Statuserzeugung zu erklären.<sup>30</sup>

„My thesis is that a material view of human motivation underestimates both the level of cooperation that groups elicit from their members and the level of conflict that groups elicit from each other. A single group dynamic connects these added increments of cooperation and conflict: groups achieve solidarity and elicit loyalty beyond what economic analysis conventionally predicts, but solidarity and loyalty within groups lead predictably, if not inevitably, to competition and conflict between groups. The connection is the desire for esteem or status. Groups use intra-group status rewards as a non-material means of gaining material sacrifice from members, but the attendant desire for inter-group status causes inter-group conflict.“<sup>31</sup>

22 Dazu bereits oben § 6 I.

23 Akerlof, 90 Q.J. Econ. 599, 617 (1976).

24 Engert, 4 German L.J. 685, 692 (2003).

25 Dazu im Überblick Roth, 98 Econ. J. 974, 997-1000 (1988).

26 McAdams, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1009-19 (1995).

27 Dazu oben § 2 III 3.

28 McAdams, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1036-42 (1995).

29 Epstein, *Forbidden Grounds*, 1992, 59 ff.

30 McAdams, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1019-33 (1995).

31 McAdams, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1007 (1995).

Seine These baut auf vier Elementen auf:<sup>32</sup> (1.) Individuen bedürfen der Anerkennung anderer. Dadurch wird ihr sozialer Status sichergestellt. (2.) Gruppen, die sich nach sozialen Kriterien organisieren und unterscheiden, bilden eine zentrale Quelle von Anerkennung. Gruppenmitglieder haben daher einen Anreiz, auf monetäre Gewinne zu verzichten, wenn sie dadurch innerhalb der Gruppe ihren Status (intra-group status) sichern. Zugleich wird die Gruppe den Mitgliedern, die zu ihrer Wohlfahrt beitragen, diese Statuszusicherung gewähren. (3.) Sozial hierarchisierte Gruppen sind Teilsysteme der Gesellschaft. Die Gruppenwohlfahrt bestimmt sich daher nach dem Status der jeweiligen Gruppe innerhalb des Gesamtsystems. Jede Gruppe ist daher bestrebt, ihren Status relativ zu anderen (inter-group status) zu sichern und zu verbessern. Das führt ihrerseits zu Anreizen, die jeweiligen Mitglieder innerhalb der Gruppe zu motivieren, zur Verbesserung des inter-group status beizutragen. (4.) Weil sozialer Status im Gesamtsystem relativ ist, kann eine Gruppe ihren inter-group status erhöhen, indem sie den Status anderer Gruppen minimiert. *McAdams* belegt seine These überzeugend mit der Etablierung sozialer Diskriminierung nach 1863<sup>33</sup> und dem *Jim Crow*-System in den U.S.A. ab den 1880er Jahren.<sup>34</sup> Die zeitgenössische Kritik am Status der Ehefrau im BGB von 1896<sup>35</sup> bestätigt seine Vermutung, dass man den Ansatz auf andere Diskriminierungsmerkmale übertragen kann.<sup>36</sup> Auch die Debatte um Gleichbehandlung homosexueller Lebensgemeinschaften lässt sich, wie *Jack M. Balin* dargelegt hat, als Statussicherung durch Statusabwertung begreifen.<sup>37</sup>

### b) Statistische Diskriminierung

Das klassische Gegenmodell zur präferenzbedingten Diskriminierung ist die statistische Diskriminierung. Der Begriff wurde 1972 unabhängig voneinander von *Edmund S. Phelps*<sup>38</sup> und *Kenneth J. Arrow*<sup>39</sup> geprägt.<sup>40</sup> Im Kern basiert das Modell darauf, dass es rationale Gründe gibt, anhand bestimmter personenbezogener Merkmale zu diskriminieren. Dieses personenbezogene Merkmal steht in einem statistisch signifikanten Zusammenhang mit einer anderen Eigenschaft der Person (Ausbildung, Produktivität, gesundheitliche Risiken), die als Hauptmerk-

32 *McAdams*, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1031 (1995).

33 Dazu oben § 3 III 2 b).

34 *McAdams*, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1044-1045 (1995); kritisch dagegen *Epstein*, 108 Harv. L. Rev. 1085, 1098-1104 (1995). Zum historischen Hintergrund siehe oben § 3 III 5.

35 Siehe oben § 2 II.

36 *McAdams*, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1036 (1995).

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

38 *Phelps*, 62 Am. Econ. Rev. 659 (1972).

39 *Arrow*, Models of Job Discrimination, in: *Pascal*, Racial Discrimination in Economic Life, 1972, 82 ff, 95 f und *Arrow*, The Theory of Discrimination, in: *Ashenfelter/Rees*, Discrimination in Labor Markets, 1973, 3 ff.

40 Ein Überblick über den aktuellen Stand der Literatur findet sich bei *Schwab*, Employment Discrimination, in: *Dau-Schmidt/Harris/Lobel*, Labor and Employment Law and Economics, 2009, 296, 303 ff.

mal bezeichnet wird. Weil es für den Benachteiligten uU prohibitiv hohe Informationskosten verursachen würde, das Hauptmerkmal zu ermitteln,<sup>41</sup> fungiert das personenbezogene Merkmal als dessen Stellvertretermerkmal.<sup>42</sup>

Das Phänomen dieser *cost-based statistical discrimination* ist nicht auf den Arbeitsmarkt beschränkt. Für die Merkmale Rasse/ethnische Herkunft und Geschlecht lässt es sich beispielsweise im Versicherungsmarkt<sup>43</sup> bei Kfz-Versicherungen („Balkantarife“)<sup>44</sup>, Kranken- und Lebensversicherungen nachweisen.<sup>45</sup> Versicherungsverträge sind ein Paradebeispiel statistischer Diskriminierung: Stellvertretermerkmale werden nicht willkürlich eingesetzt, sondern überwinden ein bestehendes Informationsdefizit. Ausgangspunkt ist das im gegebenen Versicherungsmarkt bestehende Bedürfnis der Versicherer, risikogerechte Prämien zu bilden („individuelles Äquivalenzprinzip“).<sup>46</sup> Weil die Informationskosten einer einzelfallgerechten Prämie uU exorbitant hoch sein können,<sup>47</sup> wird die angeblich „individuelle“ Äquivalenz im Ergebnis doch wieder auf eine kollektive Gruppe bezogen.<sup>48</sup> Dabei wählt man regelmäßig nicht kleine Vergleichskollektive, sondern differenziert anhand der Merkmale Geschlecht und Alter, die aufgrund des Personenstandsrechts unproblematisch zugänglich sind.<sup>49</sup> Vor allem die private Lebens- und Krankenversicherung, aber auch private Altersversicherung knüpfen zur Ermittlung des versicherten Risikos regelmäßig an das Geschlecht des Versicherungsnehmers an.<sup>50</sup> So besteht ein signifikanter statistischer Zusammenhang zwischen der Lebenserwartung und dem Geschlecht. Eine andere Variation statistischer Diskriminierung ist das Modell der *revenue-based statistical discrimination*.<sup>51</sup> Hier dient das Stellvertretermerkmal dazu, einen Schluss auf die Einkommenshöhe zu ziehen. Mit diesem Modell erklärten Ayres *et al.* das in den U.S.A. häufige Phänomen von Taxifahrern, Angehörige von ethnischen Minderheiten nicht zu befördern.<sup>52</sup> Sie haben nachgewiesen, dass Angehörige ethnischer Minderheiten (Schwarze und Hispanics) im Vergleich zu weißen Passagieren re-

41 Posner, 56 U. Chi. L. Rev. 1311, 1320 (1989) besteht darauf, dass es im Fall der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sogar unmöglich sein kann, die Kosten zu ermitteln.

42 Diese klare Beschreibung liefert jetzt Britz, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 9.

43 Dazu jetzt eingehend Richter, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 29 ff.

44 Vgl. dazu Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 210 ff; Krömmelbein, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung, 2007, 118 ff.

45 Vandenberghe, 3 ERCL 410, 420 (2007).

46 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 220 f; Wandt, VersR 2004, 1341, 1341 f.

47 Eingeräumt von GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats* ASBL = Slg. 2011, I-773 Rn. 46.

48 Wandt, Versicherungsvertragsrecht, 2009, Rn. 103.

49 Wrase/Baer, NJW 2004, 1623, 1624.

50 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 221 ff; Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529, 534; Wandt, VersR 2004, 1341, 1342 f; Looschelders, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 141, 142 ff; Thüsing in: MünchKommBGB, § 20 AGG Rn. 70.

51 Zur Unterscheidung Ayres, 104 Harv. L. Rev. 817, 842-43 (1991).

52 Ayres/Vars/Zakariya, 114 Yale L.J. 1613, 1632-52 (2005).

gelmäßig nur die Hälfte des Trinkgelds (tip) geben.<sup>53</sup> Die Taxifahrer verwenden hier das Merkmal „Rasse“, um auf die Höhe ihres Trinkgelds zu schließen.

Der maßgebliche Unterschied zur präferenzbedingten Diskriminierung wird darin gesehen, dass die Anknüpfung an die Gruppenzugehörigkeit nicht auf eine bestimmte Präferenz des Benachteiligten zurückzuführen ist.<sup>54</sup> Statistischer Diskriminierung geht es nach herkömmlichem Verständnis nicht um die Voreingenommenheit (*bias*) gegenüber einem bestimmten Merkmal, sondern um die Verwendung dieses Merkmals als Stellvertretermerkmal (*proxy trait*). Die Gruppenzugehörigkeit dient lediglich dazu, eine andere Eigenschaft der Person erfassen zu können.<sup>55</sup> Das hört sich zunächst überzeugend an. *Arrow* stellte sich gleichwohl die Frage, ob man in der empirischen Praxis wirklich zwischen beiden Formen streng unterscheiden kann.<sup>56</sup> Das herkömmliche Modell statistischer Diskriminierung kann diese strenge Trennung nur aufrechterhalten, wenn es zusätzliche implizite Annahmen trifft: Das personenbezogene Merkmal, das als Stellvertretermerkmal fungiert, ist darin immer zugleich auch ein verpöntes Merkmal. Darin liegt der Normalfall statistischer Diskriminierung. Diese Annahme beruht aber auf systemfremden Faktoren, weil man die verfassungsrechtlichen und/oder gesetzgeberischen Entscheidungen in einer konkreten Rechtsordnung in die Analyse einbezieht. Berücksichtigt man diese externen Faktoren bereits bei der systeminternen Definition der statistischen Diskriminierung, beschränkt man ihr analytisches Potential erheblich. Man muss daher das Modell statistischer Diskriminierung so wählen, dass es jeden Zusammenhang von Stellvertretermerkmal und Hauptmerkmal herstellen und beschreiben kann. Ob das jeweilige Merkmal neutral ist oder nicht, hängt von gesetzgeberischen Entscheidungen ab, die in Staat A und B unterschiedlich ausfallen können. Dabei handelt es sich um eine Kommunikation im Rechtssystem, mit der die Behandlung der statistischen Diskriminierung im Recht strukturiert wird. Will man diesen Zusammenhang rechtlich zutreffend erfassen, muss man streng zwischen der empirisch-deskriptiven Ebene und der normativen Ebene trennen. Auf der ersten Ebene geht es nur darum festzustellen, ob aufgrund eines Merkmals auf ein anderes Merkmal geschlossen wird. Auf der zweiten Ebene ist zu untersuchen, welches der Merkmale diskriminierungsrechtlich relevant ist. Es gibt danach vier Erscheinungsformen statistischer Diskriminierung: (1.) Das Hauptmerkmal ist diskriminierungsrechtlich neutral, nur die Anknüpfung an das Stellvertretermerkmal ist verpönt. (2.)

53 *Ayres/Vars/Zakariya*, 114 Yale L.J. 1613, 1626-32 (2005).

54 *Phelps*, 62 Am. Econ. Rev. 659 (1972).

55 *Schwab*, 76 Am. Econ. Rev. 228 (1986).

56 *Arrow*, 12 J. Econ. Persp. 91, 96 f (1998). Bejahend etwa die Untersuchungen von *Ayres*, 104 Harv. L. Rev. 817 (1991); *Ayres*, 94 Mich. L. Rev. 109, 138-141 (1995); *Ayres/Siegelman*, 85 Am. Econ. Rev. 304, 313-319 (1995) und *List*, 119 Q. J. Econ. 49 (2004); verneinend dagegen die Studie von *Nardinelli/Simon*, 105 Q. J. Econ. 575 (1990) (kritisch zur Frage der Übertragbarkeit dieser Studien *Epstein*, *Forbidden Grounds*, 1992, 48 ff).

Das Stellvertretermerkmal ist neutral, während das Hauptmerkmal ein verpöntes Merkmal ist. (3.) Beide Merkmale sind diskriminierungsrechtlich verbotene Merkmale. (4.) Beide Merkmale sind diskriminierungsrechtlich neutral.

Die Fälle (2.) und (3.) werfen erhebliche Abgrenzungsprobleme zur präferenzbedingten Diskriminierung auf. Dazu ein Beispiel: Es gibt zahlreiche Untersuchungen, in denen nachgewiesen wird, dass verheiratete männliche Arbeitnehmer mehr verdienen als nicht verheiratete Männer.<sup>57</sup> *Christopher Carpenter* führte das in einer Studie auf Grundlage amerikanischer Daten auf eine Präferenz der Arbeitgeber zugunsten heterosexueller Arbeitnehmer zurück. Danach gebe es beides, „a wage premium for heterosexual married men and a wage penalty for gay men“.<sup>58</sup> Er stellte die These auf, dass Arbeitgeber den Familienstand als Signal – ich würde sagen: als Stellvertretermerkmal – verwenden, um daraus Rückschlüsse auf die Heterosexualität der Arbeitnehmer in bestimmten Altersgruppen zu ziehen.<sup>59</sup> *Jefferson Frank* konnte diese Interpretation in einer Studie über die Einkommensverteilung britischer Universitätsangestellter im Wesentlichen bestätigen.<sup>60</sup> Diese Studien belegen, dass der Familienstand als Stellvertretermerkmal einer präferenzbedingten Diskriminierung herangezogen wird. Damit fällt die eingangs gezogene Grenze zwischen beiden Erscheinungsformen in sich zusammen. Statistische Diskriminierung kann daher eine präferenzbedingte Diskriminierung sein.

Die Gründe, warum man auf das Hauptmerkmal aufgrund der Stellvertretermerkmale und einer tatsächlichen oder vermeintlichen Beziehung schließen kann, sind unendlich.<sup>61</sup> Man kann sie grob in drei Gruppen einteilen: (1.) (vermeintlich) „harte Fakten“, die empirisch nachprüfbar sind, wie (a) beispielsweise die Lebenserwartung, wo ein versicherungsmathematischer Bezug zum Geschlecht hergestellt werden kann,<sup>62</sup> oder (b) ein ab einem bestimmten Lebensalter eintretender genereller Leistungsabfall bei Vertragsärzten, aus dem eine Gefährdung der gesetzlich krankenversicherten Patienten folgt,<sup>63</sup> (2.) Annahmen über

57 Siehe dazu *Badgett*, Discrimination based on sexual orientation, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 26 ff; *Carpenter*, Do straight men „come out“ at work too?, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 76; *Frank*, Marriage premium as evidence of discrimination, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 93 f (jeweils mwN).

58 *Carpenter*, Do straight men „come out“ at work too?, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 76.

59 *Carpenter*, Do straight men „come out“ at work too?, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 76.

60 *Frank*, Marriage premium as evidence of discrimination, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 93 ff.

61 Siehe dazu erneut aus moralphilosophischer Perspektive *Alexander*, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 167-173 (1992).

62 Statt vieler *Looschelders*, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 147 ff; zu den versicherungsökonomischen Gründen ausführlich *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 42 ff.

63 Vgl. dazu BVerfG NJW 1998, 1776, 1777; BVerfG NZS 2008, 311 Rn. 7; im Prinzip auch EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 52.

das zukünftige Verhalten von Personen wie die problematische Einschätzung, dass eine junge Bewerberin demnächst wegen Schwanger- und Mutterschaft ausfallen wird und (3.) Annahmen über das Verhalten Dritter gegenüber den Trägern des Stellvertretermerkmals. Ein Beispiel dafür ist die Annahme des Arbeitgebers in der Rs. *Feryn*, dass die Kunden keine „Marokkaner“ als Monteure in ihre Wohnung lassen werden, weil sie eine Beziehung herstellen zwischen der ethnischen Herkunft und der Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Kriminaldelikts zu werden, was seinerseits zum Wettbewerbsnachteil des Unternehmens führen wird.<sup>64</sup> Statistische Diskriminierung ist ein von *Alexander* plastisch beschriebenes millionenfaches Alltagsphänomen:

„Day in and day out, in almost every context, we react to people based on traits they possess which, though immaterial in themselves, we believe to be highly correlated with those traits in which we are primarily interested. We are always using some traits as proxies for other traits. In conclusively presuming for purposes of a particular decision that an individual with a proxy trait possesses the material trait, we stereotype those with the proxy trait. We could not function without proxies and the stereotypes on which they are based.“<sup>65</sup>

Die Bandbreite der Beispiele zeigt, dass statistische Diskriminierung einer Person als solche auf rationalen Gründen beruhen kann.<sup>66</sup> Daraus leiten viele ab, dass sie auch ökonomisch effizient ist.<sup>67</sup> Diskriminierungsverbote, die es verbieten, an das Stellvertretermerkmal anzuknüpfen, werden daher kritisiert, weil sie zu hohen Informationskosten führen, die im Ergebnis die zu schützenden Personengruppen vom Markt verdrängen.<sup>68</sup> Auf dieses normative Argument werde ich noch zurückkommen.<sup>69</sup> Wichtig ist es, zu erkennen, dass ihm implizit die hier kritisierte Annahme zugrunde liegt, das Hauptmerkmal sei *per se* diskriminierungsrechtlich neutral. Das verkennet die vierfache Kombinationsmöglichkeit. Entscheidend für die hier verfolgte deskriptive Analyse ist lediglich, dass statistische Diskriminierung ein Informationsdefizit verringert. Die beiden entscheidenden Parameter sind nach *Young Choul Kim* und *Glenn C. Loury* die *Pole group reputation* (Ansehen der Gruppe) und *individual reputation* (Ansehen der Person).<sup>70</sup> Das Ansehen der Gruppe setzt sich aus den durchschnittlichen Merkma-

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

65 Plastisch *Alexander*, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 167 (1992).

66 Eingehend zur rationalen Diskriminierung *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 17 ff.

67 Vgl. dazu *Norman*, 70 Rev. Econ. & Eff'y 615 (2003); zweifelnd *Schwab*, 76 Am. Econ. Rev. 228 (1986).

68 Vgl. *Posner*, Economic Analysis of Law, 2007, 358 ff; *Vandenbergh*, 3 ERCL 410, 422-427 (2007); *Eidenmüller*, Privatautonomie im DCFR, in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, 73, 86 f; grundlegend zu dem – nicht auf statistische Diskriminierung beschränkten – Argument *Landes*, 76 J. Pol. Econ. 507 (1968).

69 Siehe unten § 8 III 4.

70 *Kim/Loury*, Group Reputation and the Dynamics of Statistical Discrimination, MPRA Paper No. 18765, 2009, [http://mpra.ub.uni-muenchen.de/18765/1/MPRA\\_paper\\_18765.pdf](http://mpra.ub.uni-muenchen.de/18765/1/MPRA_paper_18765.pdf), S. 2.

len der Gruppenmitglieder zusammen, die ihnen vom Benachteiligenden zugeschrieben werden. Das Ansehen der Person ermittelt sich nur im Fall vollständiger Information ausschließlich aufgrund einer individuellen Einschätzung des Menschen. Weil dieser Fall nur theoretisch möglich und überdies unter persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht wünschenswert ist<sup>71</sup>, ergänzt die Gruppenzugehörigkeit den vorhandenen Informationsbestand. Das umso mehr, je dünner der Datensatz an individuellen Informationen ist. Daraus folgt, dass zwei Personen mit einem vergleichbaren Bestand an zugänglichen individuellen Informationen unterschiedlich behandelt werden, abhängig davon, ob sie einer Gruppe mit hohem Ansehen oder einer Gruppe mit niedrigerem Ansehen angehören.<sup>72</sup>

Das wirft, wie *Gabriele Britz* jüngst nachgewiesen hat, erhebliche normative Probleme auf:<sup>73</sup> (1.) Statistisch begründete Prognosen weisen zwingend Ungenauigkeitseffekte auf, die zu einer Falschzuordnung der individuellen Person führen. Die Person wird wegen eines Merkmals wie ein Gruppenmitglied behandelt, obwohl sie in Wirklichkeit die Haupteigenschaft eines Nicht-Merkmalsträgers aufweist. Ihr wird dadurch eine negative Eigenschaft zugeschrieben, die sie tatsächlich nicht hat, was zugleich die autonome Selbstdarstellung einschränkt. Die vermeintliche Hypothese entpuppt sich als Stereotyp.<sup>74</sup> Schließlich wird ihr aufgrund der unzutreffenden Prognose etwas vorenthalten, worauf sie nach Maßgabe des Benachteiligenden eigentlich einen Anspruch hätte.<sup>75</sup> (2.) Selbst wenn der statistische Zusammenhang zutreffen sollte, besteht die Gefahr, dass eine ohnehin benachteiligte Gruppe weiter benachteiligt wird. Auch in der ökonomischen Literatur ist mehrfach darauf hingewiesen worden, dass die empirisch belastbaren Grundannahmen statistischer Diskriminierungen sich als selbsterfüllende Prophezeiungen herausstellen können.<sup>76</sup> (3.) Statistische Diskriminierung kann aus sich heraus nicht erklären, ob das gewählte Hauptmerkmal überhaupt einen tauglichen Ansatzpunkt zur Differenzierung bietet. Diese Punkte belegen mit Nachdruck, was *Phelps* schon 1972 klarstellte: Statistische Diskriminierung ist

71 Diesen Aspekt betont *Looschelders*, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 141, 150, mit Recht.

72 *Kim* und *Loury* stellen die wichtige Frage, woher die für die Zuschreibung von Gruppencharakteristiken zentralen Annahmen (*high/low reputation steady state*) kommen. Ausgehend von einem dynamischen Modell statistischer Diskriminierung, können sie diese auf die Fortwirkung unterschiedlicher historischer Ausgangssituationen zurückführen, vgl. *Kim/Loury*, Group Reputation and the Dynamics of Statistical Discrimination, MPRA Paper No. 18765, 2009, [http://mpa.ub.uni-muenchen.de/18765/1/MPRA\\_paper\\_18765.pdf](http://mpa.ub.uni-muenchen.de/18765/1/MPRA_paper_18765.pdf), S. 17 f.

73 Ausführlich *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 120 ff.

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

75 Diesen Aspekt übersieht beispielsweise *Pfeiffer*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 983 f in seiner Kritik am Verbot der statistischen Diskriminierung als mittelbare Diskriminierung.

76 Siehe *Arrow*, The Theory of Discrimination, in: *Ashenfelter/Rees*, Discrimination in Labor Markets, 1973, 3 ff; *Lundberg/Startz*, 73 Am. Econ. Rev. 340 (1983); *Loury*, 12 J. Econ. Persp. 117, 123 (1998).

aus normativer Sicht nicht zwangsläufig ein geringeres Übel.<sup>77</sup> Das zeigt in Beispiel (1.)(b) die mit der statistischen Diskriminierung einhergehende, die autonome Selbstbeschreibung des Einzelnen verletzende Zuschreibung als Gefahrenquelle für die Patienten.<sup>78</sup> Auch von der Warte der präferenzbedingten Diskriminierung aus betrachtet, greift es zu kurz, die statistische Diskriminierung für privilegierenswert zu halten.<sup>79</sup> Damit reduziert man die schutzwürdigen Interessen auf rein rational-wirtschaftliche und man verkennt die moralische Dimension präferenzbedingter Diskriminierung. Eine Diskriminierung aus Gründen bestimmter Merkmale liegt auch bei der statistischen Diskriminierung vor. Das Nichtdiskriminierungsrecht muss daher auf tatbestandlicher Ebene nicht prinzipiell zwischen beiden Formen unterscheiden.<sup>80</sup> Der dogmatische Erkenntniswert der statistischen Diskriminierung entfaltet sich jedoch auf der Rechtfertigungsebene.<sup>81</sup>

### c) *Intrinsische und instrumentale Diskriminierung*

Für die Analyse des Nichtdiskriminierungsrechts ist die Unterscheidung zwischen intrinsischen und instrumentalen Diskriminierungen hilfreich. Mit dieser Differenzierung knüpfe ich an die klassische Unterscheidung von Wert- und Zweckrationalität bei *Max Weber* an:<sup>82</sup> Wertrational handelt, wer „ohne Rücksicht auf die vorauszusehenden Folgen handelt im Dienst seiner Ueberzeugung von dem, was Pflicht, Würde, Schönheit, religiöse Weisung, Pietät, oder die Wichtigkeit einer ‘Sache’ gleichviel welcher Art ihm zu gebieten scheinen.“<sup>83</sup> Zweckrational handelt dagegen, „wer sein Handeln nach Zweck, Mitteln und Nebenfolgen orientiert und dabei sowohl die Mittel gegen die Zwecke, wie die Zwecke gegen die Nebenfolgen, wie endlich auch die verschiedenen möglichen Zwecke gegeneinander rational *abwägt*“.<sup>84</sup> Unter einer zweckrationalen oder instrumentalen Diskriminierung verstehe ich Benachteiligungen, die ein Mittel sind, um ein bestimmtes ökonomisch gesetztes Handlungsziel (Zweck) zu erreichen. Nach dem Eigenverständnis des ökonomischen Teilsystems besteht eine (ökonomisch) rationale Be-

77 *Phelps*, 62 Am. Econ. Rev. 659, 661 (1972): „Discrimination is no less damaging to its victims for being statistical. And it is no less important for social policy to counter.“

78 Vgl. *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 23 f.; dazu bereits oben § 6 III 6.

79 Siehe *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 25 ff.

80 Näher dazu *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 23 ff.; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 245 ff.

81 Klar gesehen von *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 35 f.

82 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 12 ff.; kritisch zur Begriffsbildung *Sukale*, *Max Weber – Leidenschaft und Disziplin*, 2002, 433 f.

83 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 12.

84 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 13.

ziehung zwischen dem Merkmal und dem Zweck der Ungleichbehandlung.<sup>85</sup> Das klassische Beispiel dafür sind Versicherungsverträge, die an das Geschlecht des Versicherungsnehmers anknüpfen, um damit eine adäquate Bewertung des versicherten Risikos (Lebenserwartung, Krankheitskosten) zu ermöglichen. Bei einer wertrationalen oder intrinsischen Diskriminierung fehlt ein extern gesetzter ökonomischer Zweck. Die Ungleichbehandlung wird auf moralisch, ethisch oder psychologisch begründete Unterschiede zwischen den Gruppenangehörigen zurückgeführt. Sie ist daher nicht im Teilsystem der Wirtschaft verwurzelt, sondern beruht auf Differenzierungen, die in anderen sozialen Kommunikationsstrukturen vorgenommen werden.

Bereits Weber wies darauf hin, dass soziales Handeln selten „nur in der einen oder der anderen Art orientiert“ sei.<sup>86</sup> Vielmehr handle es sich „für soziologische Zwecke geschaffene, begrifflich reine Typen, denen sich das reale Handeln mehr oder minder annähert“.<sup>87</sup> Diese Einschränkung gilt zwangsläufig auch für die hier vorgeschlagene Einteilung in instrumentale und intrinsische Diskriminierungen. Es handelt sich dabei um Kategorien, mit denen die jeweilige Herkunft aus unterschiedlichen Teilsystemen der Gesellschaft (Ökonomie/Religion/Moral) bezeichnet werden soll. Das erlaubt im Ausgangspunkt eine trennscharfe Unterscheidung beider Kategorien. Während mit einer instrumentalen Diskriminierung strikt ökonomische Ziele verfolgt werden, genügt bei einer intrinsischen Diskriminierung die Unterscheidung anhand personenbezogener Merkmale als Zweck an sich. Zweck der Diskriminierung ist nur die in der Unterscheidung als solcher liegende Grenzziehung zwischen den betroffenen Gruppen und deren hierarchischen Status in der Gesellschaft. Es gibt keine darüber hinausreichende Zweck-Mittel-Relation.<sup>88</sup> Das wirkt sich insbesondere auf der Rechtfertigungsebene aus. Bei der instrumentalen Diskriminierung liegt der Schwerpunkt der Rechtfertigungsprüfung in der eigentlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>89</sup> und damit erfolgreichen strukturellen Kopplung von Recht und Wirtschaft. Bei der intrinsischen Diskriminierung kommt es dagegen vorrangig darauf an, ob das Recht die Handlungsgründe als solche für ausreichend schutzwürdig erachtet.

Das Begriffspaar intrinsisch/instrumental ist nicht deckungsgleich mit der Unterscheidung präferenzbedingt/statistisch. Folgt ein Benachteiligender nicht seinen eigenen Präferenzen, sondern den Präferenzen Dritter, beispielsweise seiner

85 Die in der Literatur verwendete Terminologie ist verwirrend: *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 395 ff, spricht von intensionalen Prädikaten; *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, 165 ff; *Huster*, JZ 1994, 541, 543 ff; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 82 ff; von externen Zwecken und Zielen und *Hellman*, 86 Cal. L. Rev. 315, 317-318 (1998) von *proxy-discrimination*.

86 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 13.

87 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 13.

88 Vgl. *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 395 ff, der insoweit von extensionalen Prädikaten spricht.

89 Siehe *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, 165 ff; *Huster*, JZ 1994, 541, 547 ff; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 78 ff mwN.

Kunden, ist das ein Fall präferenzbedingter instrumentaler Diskriminierung: Der Arbeitgeber stellt nur Frauen und keine homosexuellen Männer für seine Bar ein, weil sein überwiegend heterosexuelles, männliches Publikum Frauen präferiert. Er diskriminiert wegen des Geschlechts und der sexuellen Orientierung, um seinen Umsatz zu steigern. Das ist rationales Verhalten,<sup>90</sup> ändert aber nichts daran, dass es sich – rechtlich betrachtet – um eine unmittelbare Diskriminierung handelt. Ihr Charakter als instrumentale Diskriminierung mit Rationalitätspotential wird im Recht auf der Rechtfertigungsebene abgebildet.

Man sollte auch nicht statistische Diskriminierungen mit den instrumentalen Diskriminierungen gleichsetzen.<sup>91</sup> Das lässt sich anhand der Ungleichbehandlung von Ehegatten und Lebenspartnern in der (betrieblichen) Hinterbliebenenversorgung demonstrieren.<sup>92</sup> Wenn die Anspruchsberechtigung auf Ehegatten beschränkt ist, werden alle Paare ungleich behandelt, deren Lebensform nicht die Ehe ist. Dazu zählen – soweit im nationalen Recht vorgesehen – eingetragene Lebenspartnerschaften, hetero- und homosexuelle Lebensgemeinschaften. Von diesen Lebensformen sind nur diejenigen mit der Ehe vergleichbar, die das nationale Recht als Statusverhältnis ausgestaltet. Das folgt aus der beschränkten Kompetenz der Union. Die Richtlinie 2000/78/EG bezieht sich nur auf bestehende Statusverhältnisse und gibt den Mitgliedstaaten nicht vor, wie sie die Statusverhältnisse und den Zugang dazu ausgestalten.<sup>93</sup> Der relevante Unterschied besteht also nur zwischen dem Familienstand verheiratet/verpartnert. Dieser knüpft im Regelfall<sup>94</sup> unmittelbar an die jeweiligen Zugangsvoraussetzungen zum Statusverhältnis an. Entscheidend ist das im Geburtenregister festgehaltene Geschlecht (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG) beider Partner.<sup>95</sup> Sind die beiden Partner geschlechtsverschieden, können sie eine Ehe eingehen. Weisen sie das gleiche Geschlecht auf, ist die eingetragene Lebenspartnerschaft einschlägig (§ 1 Abs. 1 S. 1 LPartG). Die sexuelle Orientierung der Personen ist nach dem Wortlaut unerheblich.<sup>96</sup> Der Gesetzgeber musste wegen der Achtung der Intimsphäre der Beteiligten darauf verzichten, eine Geschlechtsgemeinschaft zur Voraussetzung zu machen und die jeweilige sexuelle Orientierung vor Eingehen einer Ehe oder eingetragenen Le-

90 *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 221 ff.

91 So aber *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 102 ff; zutreffend dagegen – wenn auch terminologisch weniger glücklich – der zum Gegenteil verführende Begriff „non-proxy-discrimination“ von *Hellman*, 86 Cal. L. Rev. 315, 318-322 (1998).

92 Die folgenden Ausführungen sind im Kern bereits in *Grünberger*, FPR 2010, 203, 204 f enthalten.

93 Vgl. EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757 Rn. 59; EuGH, Urt. v. 10.5.2011, Rs. C-147/08 – *Jürgen Römer v. Hamburg* = Slg. 2011, I-3591 Rn. 38.

94 Ausnahme ist die Geschlechtsumwandlung bei bestehender Ehe, weil es hier zu gleichgeschlechtlichen Ehen und verschiedengeschlechtlichen Lebenspartnerschaften kommen kann; dazu BVerfGE 121, 175 Rn. 72 und TSG-ÄndG v. 17.7.2009, BGBl. I S. 1978.

95 BVerfGE 115, 1 Rn. 53, 70; BVerfGE 121, 175 Rn. 50, 58; *Grünberger*, JZ 2006, 517 f; *Muscheler*, Familienrecht, 2006, Rn. 836 f; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2010, § 42 Rn. 13.

96 BVerfGE 115, 1 Rn. 53, 70; BVerfG NJW 2008, 209 Rn. 21.

benspartnerschaft zu überprüfen.<sup>97</sup> In der Rechtswirklichkeit sind es aber typischerweise heterosexuelle Menschen, die heiraten, und homosexuelle Menschen, die sich verpartnern.<sup>98</sup> Diese Rechtswirklichkeit wollte man mit dem LPartG auch erfassen.<sup>99</sup> Weil man an das Hauptmerkmal (sexuelle Orientierung) nicht anknüpfen konnte/durfte, knüpft man an die Gleichgeschlechtlichkeit/Verschiedengeschlechtlichkeit des Paares an. Die Geschlechtlichkeit des Paares ist damit ein Stellvertretermerkmal. Dem liegt eine überzeugende statistische Annahme zugrunde: Personen gleichen Geschlechts, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen wollen, sind in aller Regel homosexuell veranlagt. Gleiches gilt *mutatis mutandis* für die Ehe. Die Unterscheidung von Ehe und Lebenspartnerschaft beruht daher auf einer statistischen Diskriminierung. Die Pointe des Falles liegt darin, dass sie vom Normalfall abweicht: Hier sind Hauptmerkmal (sexuelle Orientierung) und Stellvertretermerkmal (Geschlecht) diskriminierungsrechtlich relevant. Welche Bedeutung ihnen zukommt, entscheidet das jeweils anwendbare Recht. Auf die Einordnung als Fall statistischer Diskriminierung hat das keinen Einfluss.<sup>100</sup> Es liegt aber keine instrumentale Diskriminierung vor. Mit der an die Geschlechtskombination des Paares anknüpfenden Ungleichbehandlung wird kein rationaler Zweck verfolgt. Die Behauptung, die Lebenspartnerschaft ist „nicht auf ein eigenes Kind hin angelegt, führt nicht zu Elternverantwortlichkeit und erbringt dadurch keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft“<sup>101</sup>, kann schon bei Anwendung eines einfachen Rationalitätsmaßstabes nicht „die Ehe prägenden, ihre Exklusivität auf die Verbindung von Mann und Frau beschränkenden und ihre besondere Förderung rechtfertigenden Elemente“<sup>102</sup> erklären. Die „Privilegierung der Ehe, und zwar auch der *kinderlosen* Ehe, [...], insbesondere wenn man sie getrennt vom Schutz der Familie betrachtet, [liegt] in der auf Dauer übernommenen, auch rechtlich verbindlichen Verantwortung für den Partner“.<sup>103</sup> Die eingetragene Lebenspartnerschaft unterscheidet sich hinsichtlich ihres Eingehungsgrundes nicht von der Ehe: „Beide sind auf Dauer angelegt und begründen eine gegenseitige Einstandspflicht“.<sup>104</sup> Wie das Bundesverfassungsgericht mittlerweile festgestellt hat, fehlt dem „Kindererziehungsargument“ die rationale Basis. Es ist *underinclusive* und *overexclusive* zugleich: „Nicht in jeder Ehe gibt es Kinder.“<sup>105</sup> Und: „In zahlreichen eingetragenen Lebenspartnerschaften leben Kinder, insbesondere in solchen von Frauen.“<sup>106</sup>

97 Vgl. BVerfGE 121, 175 Rn. 90.

98 Vgl. BVerfGE 121, 175 Rn. 90.

99 BVerfGE 124, 199 Rn. 91.

100 Siehe dazu oben § 6 V 1 b).

101 BVerfGE 105, 313, 362 (abw. Meinung Haas).

102 BVerfGE 105, 313, 362 (abw. Meinung Haas).

103 BVerfGE 124, 199 Rn. 102.

104 BVerfGE 124, 199 Rn. 102.

105 BVerfGE 124, 199 Rn. 112.

106 BVerfGE 124, 199 Rn. 113.

Dazu kommt, dass „auch nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet“<sup>107</sup> ist und es aus freiheitsrechtlichen Gründen gar nicht sein muss.<sup>108</sup> Das Argument ist vorge-schoben. Tatsächlich geht es darum, homosexuelle Partnerschaften „ihrer Eigen-art entsprechend“ zu behandeln.<sup>109</sup> Es geht ausschließlich darum, dass heterose-xuellen Paargemeinschaften kategorisch ein höherer ethischer Wert für die Gesellschaft zugeschrieben wird.<sup>110</sup> Im Gegenteil: Die Diskriminierung erfolgt um ihrer selbst willen: Gleichgeschlechtlichen Paaren wird der Zugang zur Ehe ver-wehrt, weil sie idR homosexuell sind. Das mag auf kategorischen Vorstellungen moralischer Werthaltigkeit dieser Beziehungen oder auf stereotypen Rollenver-ständnissen in der Ehe<sup>111</sup> beruhen. Das sind aber Handlungsgründe einer intrinsi-schen Diskriminierung. Das wirft ganz andere Rechtfertigungsfragen auf. Weil ein externer Zweck fehlt, ist der Rechtsanwender gezwungen, sich mit dem konf-liktierenden moralischen Anspruch auf Gleichbehandlung und den unterschiedli-chen ethischen Konzeptionen des Guten und Richtigen auseinanderzusetzen.

## 2. Rechtliche Diskriminierungskategorien

Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht kennt mittlerweile vier Diskriminierungskategorien: die unmittelbare oder direkte Diskriminierung, die mittelbare oder indirekte Diskriminierung, Belästigungen und Anweisungen Drit-ter zur Diskriminierung.<sup>112</sup> Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung sind auch Grundkategorien im Primärrecht.<sup>113</sup> Ich beschränke mich hier auf das spezi-elle sekundärrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht<sup>114</sup>. Allerdings gibt es vielfälti-ge Querverbindungen des Diskriminierungsbegriffs der Richtlinien mit dem aus Art. 157 AEUV<sup>115</sup>, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie sie vom Gerichtshof in den Rs. *Mangold*<sup>116</sup> und *Kücükdeveci*<sup>117</sup> entwickelt wurden und mit Art. 21 Grundrechte-Charta. Für die methodische Analyse des Verhältnisses von Primär-recht und Richtlinie greife ich den Ansatz des Gerichtshofs in den Rs. *Defrenne*

107 BVerfGE 124, 199 Rn. 112.

108 Dazu näher *Grünberger*, FPR 2010, 203, 206.

109 So BGH NJW-RR 2007, 1441 Rn. 19.

110 So unter Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG in der Sache noch BVerfG NJW 2008, 209, 211.

111 Darauf weist *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (N.D. Cal. 2010) hin.

112 Vgl. Art. 2 RL 2000/43/EG, Art. 2 RL 2000/78/EG, Art. 4 RL 2004/113/EG, Art. 2 RL 2006/54/EG, Art. 3 RL 2010/41/EU. Zur Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsbegriff in der Kompetenzgrund-lage (Art. 19 Abs. 1 AEUV) näher *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 253 ff.

113 Siehe auch den Überblick bei *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 8 Rn. 4 ff und *Base-dow*, ZEuP 2008, 230, 234 ff, der zwischen binnenmarktbezogenen und gesellschaftspolitischen Dis-kriminierungsverboten unterscheidet.

114 Zum Begriff oben § 6 I 3.

115 Dazu statt vieler *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, 2007, Kap. B Rn. 14 ff.

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

117 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 50.

II<sup>118</sup> und Mangold<sup>119</sup> sowie *Küçükdeveci*<sup>120</sup> auf.<sup>121</sup> Danach ist das Diskriminierungsverbot des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts mehrfach im Primärrecht verankert: (1.) in Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 der Grundrechte-Charta, (2.) als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts und (3.) in Art. 157 AEUV, dort allerdings beschränkt auf das Merkmal Geschlecht und auf Beschäftigung und Beruf. Die Richtlinien konkretisieren diesen – konsequent so benannten – „Grundsatz der Gleichbehandlung“<sup>122</sup> für die jeweils geschützten Merkmale. Ob der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt ist, ergibt sich dann aus dem in den Richtlinien definierten Diskriminierungsverbot. Sie enthalten eine einheitliche Konzeption der Diskriminierung.<sup>123</sup> Weil die im Sekundärrecht vorgesehenen Instrumente den Grundsatz nur konkretisieren, müssen sie sich innerhalb der primärrechtlich gezogenen Grenzen halten und dürfen den dort vorgesehenen Schutz nicht unterschreiten.<sup>124</sup>

#### a) Unmittelbare Benachteiligung/Diskriminierung

Die Vorgaben der Richtlinien werden in § 3 Abs. 1 S. 1 AGG beinahe wörtlich umgesetzt. In Deutschland hat man sich anstelle des Wortes „Diskriminierung“ für den vermeintlich neutralen Begriff der „Benachteiligung“ entschieden.<sup>125</sup> Inhaltlich macht das keinen Unterschied. Ich verwende beide Begriffe daher synonym.

118 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 54; beispielsweise bestätigt in EuGH, Urt. v. 30.4.1996, Rs. C-13/94 – *P & S v. Cornwall County Council* = Slg. 1996, I-2143 Rn. 18.

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

120 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 20 ff.

121 Dieser Zusammenhang wird ausdrücklich hergestellt von GA Bot, Schlussanträge v. 7.7.2009, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 83 ff und bestätigt von BAG NZA 2010, 561 Rn. 17. Aus der Literatur vgl. *Kreber*, 27 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 377, 394-98 (2007); *Tenning*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 369 ff; dagegen etwa *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 11 Rn. 3 mwN.

122 Art. 1 RL 2000/43/EG, Art. 1 RL 2000/78/EG, Art. 1 RL 2004/113/EG, Art. 1 Abs. 1 RL 2006/54/EG, Art. 1 Abs. 1 RL 2010/41/EU.

123 Vertiefend *Schiek*, 8 ELJ 290, 295-297 (2002); *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 200 ff.

124 Vgl. dazu schon EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 60; siehe auch GA Bot, Schlussanträge v. 7.7.2009, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 87. Damit könnte man die Entscheidung EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 zur Unwirksamkeit von Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG erklären.

125 Vgl. Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 30.

## (1) Ungleiche Behandlung

Eine unmittelbare Diskriminierung setzt voraus, dass eine Person eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Erster Prüfungspunkt ist die „weniger günstige“ Behandlung einer Person. Dafür benötigt man *keine* Vergleichsperson. Auf dieser Ebene geht es ausschließlich darum festzustellen, ob eine Person aufgrund eines Verhaltens einer anderen Person tatsächlich<sup>126</sup> einen objektiven Nachteil erlitten hat, der sich im sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinien verwirklicht. Im Normalfall wirkt sich die Maßnahme negativ auf die substantielle Lage des davon Betroffenen aus. Das ist beispielsweise der Fall, wenn Arbeitgeber Personen entlassen dürfen, sobald sie das dafür notwendige Alter erreicht haben<sup>127</sup> oder beim Erreichen der Altersgrenze die Zwangsversetzung in den Ruhestand mit automatischer Beendigung des Arbeitsvertrags vorgesehen ist.<sup>128</sup> Ein anderes Beispiel ist der Ausschluss von Abfindungsansprüchen, wenn und soweit der Arbeitnehmer aufgrund seines Alters Anspruch auf eine Rente hat.<sup>129</sup> Ergibt sich aus einer nationalen Vorschrift, dass sich das Entgelt nach der Berufserfahrung richtet, die nach dem 18. Lebensjahr gesammelt wurde, werden Personen, die in jüngeren Jahren ihre Ausbildung absolvierten, objektiv benachteiligt.<sup>130</sup> Wird in einer Bewerbungssituation ein Bewerber abgelehnt, ohne dass er zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde,<sup>131</sup> liegt die Benachteiligung darin, dass der Person eine Chance versagt wurde.<sup>132</sup> Die Beispiele aus der Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts zeigen, dass es sich im Kern um Beeinträchtigungen von Entfaltungs- und Wirkungsmöglichkeiten privater Akteure in sozialen Kontexten handelt.

Ob die Maßnahme objektiv benachteiligt, steht nicht immer zweifelsfrei fest. Exemplarisch dafür steht die sachgrundlose Befristung älterer Arbeitnehmer.<sup>133</sup> Man kann am wirtschaftlichen Nachteil zweifeln, wenn man an einen Arbeitnehmer denkt, der ohne diese Regelung keine Chancen auf dem Arbeitsmarkt hät-

126 Siehe dazu *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 23 ff.

127 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 34; EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939 Rn. 29 f.

128 EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 51; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 37; EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 42 ff.

129 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniorforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 35 ff.

130 EuGH, Urt. v. 18.9.2009, Rs. C-88/08 – *Hütter v. Technische Universität Graz* = Slg. 2009, I-5325 Rn. 36.

131 BAG NZA 2009, 1087 Rn. 22; BAG NZA 2010, 872 Rn. 20; BAG NZA 2010, 1006 Rn. 13.

132 BAG BeckRS 2011, 65294 Rn. 33.

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

te.<sup>134</sup> Ein anderes Beispiel sind freiwillige Aufhebungsverträge unter Zahlung attraktiver Abfindungen. Das Bundesarbeitsgericht glaubt, dass ältere Arbeitnehmer keine weniger günstige Behandlung erfahren, wenn ihnen der Arbeitgeber im Unterschied zu jüngeren Arbeitnehmern kein entsprechendes Angebot unterbreitet.<sup>135</sup> Im konkreten Fall ging es immerhin um eine Summe von 171.720 €, die der Arbeitnehmer *nicht* erhalten hatte. Die älteren Arbeitnehmer würden nämlich vom Personalabbau ausgenommen und behielten die Chance, bis zum Eintritt in den Ruhestand bzw. bis zum Erreichen der für das Arbeitsverhältnis maßgeblichen Altersgrenze erwerbstätig zu bleiben.<sup>136</sup> Das ist eine erstaunliche Argumentation.<sup>137</sup> Sie verkennt das für Art. 157 AEUV entwickelte und auf die Richtlinien zu übertragende Kriterium, dass man jeden einzelnen Bestandteil eines Regelungskomplexes getrennt würdigt und gerade keine Gesamtbewertung unternimmt.<sup>138</sup> Die Regelung des Arbeitgebers nimmt allen Arbeitnehmern, die vor 1952 geboren wurden, die *gleiche Freiheit*, selbstbestimmt über die Vor- und Nachteile eines Aufhebungsvertrags zu entscheiden. Die Unterscheidung ist geradezu ein Paradebeispiel einer Regel, die den Zweck des Diskriminierungsverbots, ein Freiheitsrecht zweiter Ordnung zu sein, untergräbt.<sup>139</sup> Fremdbestimmung tritt hier an die Stelle der Selbstbestimmung von Interessen. Das alles erfolgt wohlgerne auf Tatbestandsebene und nicht innerhalb der strukturell und methodisch dafür vorgesehenen Rechtfertigungsprüfung. Insoweit ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Odar* vorbildlich, weil sie eine weniger günstige Behandlung des von einer Sozialplanregelung ausgenommenen älteren Arbeitnehmers zutreffend bejaht.<sup>140</sup> Sie belegt erneut, dass die Feststellung, ob eine Regelung begünstigend oder belastend ist, aus der Perspektive der davon betroffenen Person getroffen werden muss.<sup>141</sup>

## (2) Vergleichbare Situation

Die für das Diskriminierungsverbot zentrale Weichenstellung erfolgt auf zweiter Stufe. Hier geht es darum, von der Vielzahl möglicher Benachteiligungen diejenigen herauszufiltern, die „suspekt“ sind. Diese Aufgabe leistet erneut der Gleich-

134 So etwa *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 30.

135 BAG NZA 2010, 561 Rn. 33.

136 BAG NZA 2010, 561 Rn. 33.

137 Weiterführende Kritik bei *Grünberger*, EuZA 2011, 171.

138 EuGH, Urt. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhöfer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961 Rn. 29, 35; aA *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 30, 76.

139 IE auch *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 3 AGG Rn. 3.

140 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 35 ff.

141 Näher *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 284 ff (zum verfassungsrechtlichen Kontext).

behandlungsgrundsatz.<sup>142</sup> Das Gesetz verlangt einen Vergleich des Benachteiligten mit einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation. Vergleichbar können nur solche Situationen sein, die jeweils im sachlichen Anwendungsreich des Diskriminierungsverbots liegen.<sup>143</sup> Das Diskriminierungsverbot liefert keinen eigenen Vergleichsmaßstab.<sup>144</sup> Das ist Folge seiner Herkunft aus dem allgemeinen Gleichheitssatz.<sup>145</sup> Obwohl zwei Personen in wesentlicher Hinsicht vergleichbar sind, werden sie ungleich behandelt. Diese Konzeption birgt Risiken.<sup>146</sup> Die größte Schwierigkeit besteht darin festzustellen, welche Personen sich in vergleichbarer Lage befinden. Irgendein Vergleich ist immer möglich.<sup>147</sup> Vergleicht man die Eigenschaften von Personen und/oder Situationen, sind die zwei Vergleichsgegenstände „stets sowohl ungleich als auch gleich, da mindestens eine Eigenschaft sie stets unterscheidet und es praktisch kaum vorstellbar ist, daß zwei Dinge keinerlei übereinstimmende Eigenschaften haben.“<sup>148</sup> Die Festlegung der gemeinsamen Eigenschaften ist zwangsläufig ein normativer Vorgang, der offenzulegen ist.<sup>149</sup> Diese Aufgabe übernimmt beim allgemeinen Gleichheitssatz die Rechtfertigungsebene.<sup>150</sup> Dort wird geklärt, welche Eigenschaften für eine Ungleichbehandlung relevant sind und welche Eigenschaften Gleichbehandlung verlangen. Das Nichtdiskriminierungsprinzip steuert diese Entscheidung, weil es bestimmte Merkmale für nicht unterscheidungsrelevant erklärt. Es setzt aber seinerseits vergleichbare Lebenssachverhalte voraus.<sup>151</sup> Damit besteht die Gefahr, die relevanten normativen Abwägungsvorgänge auf die tatbestandliche Ebene zu verlagern und sie damit dem Rechtfertigungsdiskurs zu entziehen. Es ist daher geboten, den Gegenstand des Unterscheidungsverbots anhand gleichheitskonformer Wertungen zu ermitteln: Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist im Licht des Zwecks und des Ziels der differenzierenden Maßnahme zu beurteilen.<sup>152</sup> Bezugspunkt dieser Vergleichbarkeit ist der Lebenssachverhalt, auf den sich die be-

142 Vgl. dazu bereits oben § 5 VII 2 a).

143 Siehe EuGH, Urt. v. 13.1.2004, Rs. C-256/01 – *Allonby v. Accrington & Rossendale College ua* = Slg. 2004, I-873 Rn. 73 (zu Art. 141 EGV); weitere Nachweise bei *von Roetteken*, AGG, § 1 AGG Rn. 46.

144 Siehe *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 378.

145 Siehe EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 56: „Das [...] Diskriminierungsverbot ist nur der spezifische Ausdruck des zu den tragenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählenden allgemeinen Gleichheitssatzes, wonach gleiche Sachverhalte nicht ungleich behandelt werden dürfen, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist sachlich gerechtfertigt. Dieser Grundsatz kann daher nur auf Personen Anwendung finden, die sich in der gleichen Lage befinden,“; EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 28 f.

146 Dazu näher *Bell* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 205 f.

147 Siehe *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 30.

148 *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 182.

149 *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 29, 53 ff.

150 Näher *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 185 ff; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 53 ff.

151 *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 33.

152 EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-127/07 – *Arcelor Atlantique et Lorraine ua* = Slg. 2008, I-9895 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 29.

nachteiligende Maßnahme bezieht.<sup>153</sup> Die Vergleichbarkeit hat nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht allgemein und abstrakt, „sondern spezifisch und konkret für die betreffende Leistung [zu] erfolgen“.<sup>154</sup> Das macht es notwendig, die deskriptiven Gemeinsamkeiten der unterschiedenen Personen vor der Grundlage vergleichbarer Lebenssachverhalte herauszufiltern. Die Vergleichsperson muss dabei nicht zur gleichen Zeit unterschiedlich behandelt worden sein. Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 AGG genügt es, wenn eine ansonsten vergleichbare Person in der Vergangenheit eine günstigere Behandlung erfahren hat. Es ist nicht einmal notwendig, dass es in Gegenwart oder Vergangenheit eine aktuelle Vergleichsperson gibt bzw. gab: Eine hypothetisch anzunehmende Vergleichsperson genügt („erfahren würde“).<sup>155</sup>

In einer Auswahlssituation sind beispielsweise alle Arbeitnehmer vergleichbar, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen.<sup>156</sup> Die Tatsache, dass andere Bewerber objektiv besser geeignet waren, schließt eine Benachteiligung nicht aus. Das belegt § 15 Abs. 2 AGG, der ansonsten überflüssig wäre.<sup>157</sup> Bei einer Entgelt differenzierung kommt es entscheidend auf die Vergleichbarkeit der konkreten Tätigkeitsbereiche an.<sup>158</sup> Maßgeblich für die objektive Eignung ist nicht das vom Arbeitgeber erstellte formelle Anforderungsprofil, vielmehr sind es die Anforderungen, die an die jeweilige Tätigkeit nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung gestellt werden. Die objektive Eignung ist zu trennen von der individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation des Bewerbers, die nur als Kriterium der Auswahlentscheidung auf der Ebene der Kausalität zwischen Benachteiligung und verbotenem Merkmal eine Rolle spielt. Damit ist gewährleistet, dass der Arbeitgeber mit seinen Anforderungen die Vergleichbarkeit der Situation nicht selbst gestalten und den Schutz des AGG dadurch de facto beseitigen kann.<sup>159</sup>

Nach herkömmlicher Interpretation unterscheiden sich die von der Ungleichbehandlung betroffene und die Vergleichsperson anhand eines in §§ 1, 19 AGG genannten Merkmals.<sup>160</sup> Diese Konzeption ist zwei durchschlagenden Einwänden ausgesetzt: (1.) Es gibt Situationen wie die Schwangerschaft, die zur Modifikation nötig sind. (2.) Die Auswahl des Vergleichsmaßstabes erfordert eine nicht vor-

153 Vgl. *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 342 (im verfassungsrechtlichen Kontext).

154 EuGH, Urt. v. 10.5.2011, Rs. C-147/08 – *Jürgen Römer v. Hamburg* = Slg. 2011, I-3591 Rn. 42.

155 Dazu *Schiek*, NZA 2004, 873, 874.

156 BAG NZA 2010, 872 Rn. 22; BAG NZA 2010, 1129; iE auch BGHZ 193, 110 Rn. 22.

157 BAG NZA 2009, 1087 Rn. 42.

158 Siehe *Adomeit/Mohr*, JZ 2009, 183, 187 f.

159 BAG NZA 2010, 872 Rn. 22.

160 Vgl. OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2669; *Armbrüster* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 7 Rn. 101; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 3 Rn. 11; *Rupp*, RdA 2009, 307, 308; exemplarisch zum englischen Recht *Shamoon v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, [2003] UKHL 11 para. 110 (per Lord Scott)(H.L.).

hersehbare und nicht leicht manipulierbare Wertentscheidung.<sup>161</sup> Diesen Einwänden kann man begegnen, wenn man bei der Ermittlung der Vergleichsperson nicht auf das verpönte Kriterium „schießt“. Es spielt für die Feststellung der Vergleichbarkeit keine Rolle.<sup>162</sup> Der anzuwendende Vergleichsmaßstab ergibt sich – in Übereinstimmung mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>163</sup> – aus dem Sinn und Zweck der die Differenzierung enthaltenden Regelung.<sup>164</sup> Danach muss man feststellen, nach welchem Merkmal der Benachteiligende tatsächlich unterscheidet. Ob dieses Merkmal auch von §§ 1, 19 AGG erfasst ist, ist hier noch unerheblich. Aus methodischen Gründen wird es erst im nächsten Prüfungsschritt relevant. Dort muss man feststellen, ob eine Person *wegen* des verpönten Merkmals ungleich behandelt wurde. Diese Frage kann man nur beantworten, wenn man zwischen dem Merkmalsträger und der Person in einer vergleichbaren Situation aufgrund des Merkmals differenziert.<sup>165</sup> Erst hier stellt sich auch die Frage, ob das vom Benachteiligenden tatsächlich verwendete Differenzierungsmerkmal „untrennbar“ mit einem verpönten Merkmal verbunden ist.<sup>166</sup> Die beiden Auffassungen kommen zwangsläufig zu identischen Ergebnissen, wenn das vom Benachteiligenden verwendete Merkmal unproblematisch unter die Merkmale in §§ 1, 19 AGG subsumiert werden kann. Dazu zählen alle vom Gerichtshof bis jetzt entschiedenen Fälle der Altersdiskriminierung sowie das Urteil in der Rs. *Feryn*.

Gewinnbringend ist der deskriptive Ansatz beispielsweise für die Schwangerschaftsfälle. Bildet man die Vergleichsgruppe anhand des Merkmals „Geschlecht“, müsste man konsequenterweise nach Männern suchen, die nicht eingestellt bzw. nicht gekündigt worden wären. Man wird regelmäßig nicht fündig werden.<sup>167</sup> Die Lösung, schwangere Frauen mit kranken Männern zu vergleichen,<sup>168</sup> forderte als Pathologisierung der Frau einen zu hohen moralischen Preis.<sup>169</sup> Der Gerichtshof steht mittlerweile auf dem Standpunkt, die Schwangere nicht mit einem Mann zu vergleichen.<sup>170</sup> Ich sehe darin keinen Verzicht auf das Vergleichskonzept bei Schwangeren.<sup>171</sup> Man muss nur bereit sein, das vom Ar-

161 *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 98 ff; *Bell* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 205 ff.

162 BAG NZA 2010, 872 Rn. 22.

163 Siehe dazu oben § 5 I 4 b).

164 Zutreffend *Rupp*, RdA 2009, 307.

165 *Schiek* in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 10; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 3 AGG Rn. 4.

166 Nicht strikt genug durchgehalten bei *Rupp*, RdA 2009, 307, 308 f.

167 Siehe dazu *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 99 ff.

168 Siehe näher zur Entwicklung im englischen Recht *Bamforth*, 5 The Modern Law Review 872 (1993).

169 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs. C-32/93 – *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd* = Slg. 1994, I-3567 Rn. 25.

170 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 16 ff; näher zur Entwicklung *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 228 ff. So auch Erwägungsgründe (12) und (20) der RL 2004/713/EG.

171 So aber *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 100 f; kritisch *Wintemute*, 27 Indus. L.J. 23, 25-27 (1998).

beitgeber tatsächlich verwendete Merkmal als solches zur Kenntnis zu nehmen: die *Schwangerschaft* der betroffenen Frauen und nicht ihr Geschlecht. Die vorschnelle Festlegung auf ein eindeutig verpöntes Merkmal („Geschlecht“) verstellt den Blick auf die überwältigend große Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts. Zur Vergleichsgruppe zählen daher alle Personen, die *nicht schwanger* sind; selbstverständlich auch Frauen. Ob das Diskriminierungsmerkmal „Schwangerschaft“ dann unter das verbotene Merkmal „Geschlecht“ fällt, ist keine Frage der Vergleichbarkeit mehr, sondern eine davon streng zu trennende normative Frage. Bestimmt man dagegen die Vergleichbarkeit vom Standpunkt des verpönten Merkmals aus, schnappt die „normative“ Falle zu: Die Wahl des Vergleichsmaßstabes bestimmt dann den Ausgang des Verfahrens, weil sie ohne implizite Interpretation des verpönten Merkmals nicht möglich ist.<sup>172</sup>

### (3) Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal

Der entscheidende Unterschied von allgemeinem Gleichbehandlungsgrundsatz und speziellen Diskriminierungsverboten ist das in letzteren enthaltene Nichtdiskriminierungsprinzip.<sup>173</sup> Liegt eine Ungleichbehandlung aufgrund des verpönten Merkmals vor, ist der Tatbestand der Benachteiligung – der Diskriminierungsbegriff – erfüllt. Davon ist das Diskriminierungsverbot zu unterscheiden:<sup>174</sup> Verboten ist die Ungleichbehandlung, wenn sie nicht zulässigerweise gerechtfertigt werden kann. Ungeschriebene tatbestandliche Rechtfertigungsgründe gibt es dafür – im Unterschied zur mittelbaren Diskriminierung – nicht.<sup>175</sup>

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nur dann vor, wenn eine Person *wegen* eines in § 1 bzw. § 19 AGG genannten Grundes ungleich behandelt wird. Dieses Wort ist eine „der wichtigsten Einbruchstellen in das strikte Verbot jeder Anknüpfung an die verpönten Merkmale“, indem es „Raum für eine ganze Palette unterschiedlicher Anforderungen bietet“, <sup>176</sup> die, so möchte ich den Satz ergänzen, „für sich genommen zu vordergründig“<sup>177</sup> sind.<sup>178</sup> Im speziellen Nichtdiskri-

172 Exemplarisch dazu EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 27 f (dazu bereits oben § 6 III 2 b) und zu den verschiedenen Möglichkeiten der Maßstabbildung unter Einbeziehung verpönter Merkmale siehe GA Elmer, Schlussanträge v. 30.9.1997, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 19 ff; *Wintemute*, 60 Modern L. Rev. 334, 344-45 (1997); *McInnes*, 36 CMLR 1017, 1050 (1999); *Bamforth*, 63 Modern L. Rev. 694, 702-703 (2000); *Fredman*, *Discrimination Law*, 2002, 98 f.

173 Dazu oben § 6 I 1.

174 Vgl. zur Unterscheidung beider Begriffe *Plötscher*, *Begriff der Diskriminierung*, 2003, 65 f.

175 EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939 Rn. 41; anders noch BAG NZA 2010, 561 Rn. 20 (vertiefend dazu *Grünberger*, EuZA 2011, 171 ff); *Wernsmann*, JZ 2005, 224, 227 ff; *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 27.

176 *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 68 (zu Art. 3 Abs. 1 GG).

177 *Osterloh* in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 252.

178 Zu den einzelnen Ansätzen siehe *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 69 ff.

minierungsrecht reicht das Spektrum<sup>179</sup> von einem finalen Verständnis, nach dem § 3 Abs. 1 S. 1 AGG ein Verbot subjektiver und damit vorsätzlicher Diskriminierung ist,<sup>180</sup> über Kausalitätserwägungen,<sup>181</sup> nach denen das Merkmal der Beweggrund der fraglichen Regelung ist, bis hin zur Konzeption der unmittelbaren Diskriminierung als striktes Anknüpfungsverbot.<sup>182</sup> Diese Konzeption wird den Richtlinien gerecht. Die verpönten Merkmale dürfen grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche oder tatsächliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn ein Verhalten (Tun/Unterlassen) nicht auf eine verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt.<sup>183</sup> Daran wird auch angeknüpft, wenn das verbotene Merkmal in einem Motivbündel, das die Entscheidung insgesamt beeinflusst hat, als Kriterium enthalten war.<sup>184</sup> Danach verbietet die unmittelbare Diskriminierung jede Verwendung eines verbotenen Merkmals als Differenzierungsgrund. Auf die Motivation und Zwecksetzung des Benachteiligenden kommt es nicht an.<sup>185</sup> § 3 Abs. 1 S. 1 AGG statuiert kein „Gesinnungszivilrecht“<sup>186</sup> und „Gesinnungsstrafrecht“<sup>187</sup> wird auch keines betrieben. Das Verbot richtet sich nicht gegen eine bestimmte Handlungsweise, sondern ist passivisch gewendet gegen den beim Betroffenen eintretenden Erfolg.<sup>188</sup> Unerheblich ist, ob darin zugleich auch eine Herabwürdigung des Betroffenen liegt.<sup>189</sup> Das Verbot der unmittelbaren Benachteiligung ist keine Spezialnorm des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern spezielles Gleichbehandlungsrecht. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zu Art. 119 EWGV ausschließlich auf den mit der Anknüpfung an das Geschlecht eingetretenen Erfolg abgestellt.<sup>190</sup> In der Rs. *Dekker* hat er zusätzlich klargestellt, dass der Diskriminierungstatbestand nicht vom Verschulden des Benachteiligenden abhängt.<sup>191</sup> Die praktische Wirksamkeit des speziellen unionsrechtlichen Diskriminierungsrechts zwingt dazu, auf jede Form subjektiver Zu-

179 Siehe dazu vertiefend *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 207 ff.

180 *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2579; *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179, 180 ff; *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 50 ff.

181 Dazu näher *Rebhahn/Kietzbl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 378 f.

182 *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 278; *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 3 Rn. 16; *Rupp*, RdA 2009, 307 ff; *Rupp* in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, ArbR, § 3 AGG Rn. 3; *Roloff* in: *BeckOK-ArbR*, § 3 AGG Rn. 12.

183 Vgl. dazu BVerfGE 85, 191, 206 – *Nachtarbeitsverbot* (zu Art. 3 Abs. 3 GG).

184 BAG NZA 2009, 945 Rn. 37; BAG NZA 2010, 872 Rn. 24.

185 *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 103 f.

186 So aber *Adomeit*, NJW 2006, 2169, 2171.

187 Vgl. *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 376.

188 Vgl. auch *Sachs* in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, § 182 Rn. 74 (zu Art. 3 Abs. 3 GG).

189 Anders aber *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 378 f; dazu bereits oben § 6 II 2 b) (1).

190 Siehe EuGH, Urt. v. 11.3.1981, Rs. 69/80 – *Worringham ua v. Lloyds Bank Ltd.* = Slg. 1981, 767 Rn. 24.

191 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 22.

rechnung zu verzichten. Daher ist weder ein schuldhaftes Handeln noch darüber hinausgehend eine Benachteiligungsabsicht erforderlich.

Das Diskriminierungsverbot wendet sich gleichermaßen an intrinsische wie instrumentale Diskriminierungen, die anhand des verpönten Merkmals unterscheiden.<sup>192</sup> Beide Formen unterscheiden sich aber aufgrund ihres Rationalitätspotentials. Obwohl der Benachteiligende bei instrumentalen Diskriminierungen ökonomisch rationale Gründe für eine Diskriminierung haben kann, verbietet ihm das Recht *prima facie*, danach zu handeln.<sup>193</sup> Das gilt zunächst für die präferenzbedingte instrumentale Diskriminierung. Ein Beispiel dafür ist die Rs. *Lommers*.<sup>194</sup> Der Arbeitgeber präferierte Frauen; die Förderung der Berufstätigkeit von Müttern ist ein rationales Ziel. Gleichwohl unterscheidet der Arbeitgeber, der Kindertagesstättenplätze nur an Mütter vergibt, „wegen“ des Geschlechts.<sup>195</sup> Dasselbe gilt, wenn der männliche Bewerber, der sich auf die Stelle einer „Gleichstellungsbeauftragten“ bewirbt, nicht eingeladen wird.<sup>196</sup> Es gibt in diesen Fällen schon keine „falsche Gesinnung“, die von Tugendwächtern zu bestrafen ist. Auch in den Fällen der instrumentalen statistischen Diskriminierung liegt regelmäßig eine unmittelbare Diskriminierung:<sup>197</sup> Wer aufgrund des Geschlechts differenziert, weil er damit ein höheres Versicherungsrisiko erfassen will, knüpft unmittelbar an das Geschlecht an. *Gabriele Britz* hat daher mit Recht auf die Renaissance der unmittelbaren Diskriminierung im Privatrecht hingewiesen.<sup>198</sup> In den Fällen der intrinsischen Diskriminierung wird dem Benachteiligenden dagegen verboten, seiner eigenen Präferenz gemäß zu handeln. Das Nichtdiskriminierungsrecht verbietet dem Akteur aber nicht, Präferenzen zu haben. Es interessiert sich schon gar nicht für die ethischen Gründe dieser Präferenzen. Es richtet sich nur gegen die Auswirkung eines präferenzgeleiteten Handelns. Der damit herbeigeführte Erfolg perpetuiert die in der Gesellschaft vorhandenen Statushierarchien. Diesen Erfolg will das Verbot unmittelbarer Diskriminierung beseitigen. Dem folgt auch der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung.<sup>199</sup> Der im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz operiert auf der Ebene der verbotenen Gründe. Jede Anknüpfung an diese Merkmale erfüllt den Tatbestand der unmittelbaren Diskriminierung.

192 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 c).

193 Zu den Gründen erhellend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 25.

194 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891; dazu oben § 6 III 2 a).

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

196 BAG NZA 2010, 872 Rn. 23.

197 *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 248 ff; *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 54.

198 *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 58 ff.

199 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38; dazu näher § 6 IV 2 b) (1) aa).

Für die Schwangerschaft ist seit dem Urteil in der Rs. *Dekker*<sup>200</sup> geklärt, dass „die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.“<sup>201</sup> Mittlerweile löst Art. 2 Abs. 2 lit c) Richtlinie 2006/54/EG das Problem. Die Umsetzung in § 3 Abs. 1 S. 2 AGG erfolgte aber unzureichend, weil man mit der Beschränkung auf das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2004/113/EG übersehen hat.<sup>202</sup> Anders gelagerte Probleme entstehen in den Fällen statistischer Diskriminierung, wenn der Benachteiligende nicht ausdrücklich an ein verpöntes Merkmal, sondern an ein neutrales Merkmal anknüpft. In solchen Fällen muss man die unmittelbare von der mittelbaren Diskriminierung unterscheiden. Man kann formal danach differenzieren, ob das ausdrücklich verwendete Differenzierungskriterium verpönt oder neutral ist. Konsequenz daraus ist, dass jede statistische Diskriminierung, die an ein neutrales Stellvertretermerkmal anknüpft, nur als mittelbare Diskriminierung erfasst werden kann. Wer also nach dem Familienstand verheiratet/verpartnert unterscheidet, knüpft an ein neutrales Merkmal an und diskriminiert nicht unmittelbar aufgrund der sexuellen Orientierung.<sup>203</sup> Die Anknüpfung ist danach eine scheinbar neutrale Regelung, die allerdings zu einer überproportionalen Belastung homosexueller Menschen führt.<sup>204</sup> Damit läge nur eine mittelbare Diskriminierung vor.<sup>205</sup> Das ist konzeptionell falsch. Eine (statistische) mittelbare Benachteiligung<sup>206</sup> liegt nicht erst dann vor, wenn das Stellvertretermerkmal neutral ist. Damit reduzierte man das Phänomen statistischer Diskriminierung. Die Fälle, in denen die „überproportionale Belastung“ lediglich Auswirkung der gewählten neutralen Anknüpfung ist, sind mittelbare Diskriminierungen. Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen das Stellvertretermerkmal das Hauptmerkmal lediglich ersetzt. Das ist eine unmittelbare Diskriminierung.<sup>207</sup> Das ist bei der Lebenspartnerschaft der Fall. Die „überproportionale Belastung“ ist nicht lediglich Auswirkung der gewählten Anknüpfung. Vielmehr soll mit dem Stellvertretermerkmal „Geschlechtsgleichheit

200 Siehe dazu die Nachweise bei EuGH, Urt. v. 11.10.2007, Rs. C-460/06 – *Paquay v. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL* = Slg. 2007, I-8511 Rn. 29; EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 59.

201 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 12.

202 Die Folgen zeigt AG Hannover VersR 2009, 348; Das AG übersieht die Richtlinie vollständig und kommt wegen des fehlerhaften Wortlauts des § 20 AGG zum falschen Ergebnis.

203 Grundlegend GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge v. 6.9.2007, Rs. C-267/07 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757 Rn. 96 ff; BVerfG NJW 2008, 209 Rn. 21; vgl. auch BGH NJW-RR 2007, 1441 Rn. 22; aus der Literatur *Mahlmann*, EuZW 2008, 318, 319; *Franzen*, EuZA 2009, 395, 398 ff; *Rupp*, RdA 2009, 307, 310.

204 Zu den Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung unten § 6 V 2 b).

205 Siehe *Franzen*, EuZA 2009, 395, 400 f.

206 Zum Begriff *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 54 f.

207 Dazu *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 248; *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 55 ff.

der Partner“ sichergestellt werden, dass das Hauptmerkmal „sexuelle Orientierung“ getroffen wird.<sup>208</sup> Das Verbot unmittelbarer Diskriminierung zielt darauf, jede Anknüpfung an das verpönte Merkmal zu erfassen. Es kommt nicht darauf an, ob es als Stellvertreter- und/oder als Hauptmerkmal eingesetzt wird. Die unmittelbare Diskriminierung erfasst daher nicht nur die ausdrückliche, sondern auch die verdeckte Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal. Der Gerichtshof der Europäischen Union, das Bundesarbeitsgericht, das Bundesverfassungsgericht und jetzt auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte behandeln die Ungleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Paare daher mit Recht als einen Fall unmittelbarer Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung.<sup>209</sup>

### b) Mittelbare Benachteiligung/Diskriminierung

#### (1) Überblick über die Konzeption der mittelbaren Diskriminierung

Das spezifische Nichtdiskriminierungsrecht kennt mittlerweile eine einheitliche Definition der mittelbaren Diskriminierung.<sup>210</sup> Sie liegt vor, wenn (1.) dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren (2.) Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe oder einem Geschlecht angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung in besonderer Weise benachteiligen können, (3.) es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich (§ 3 Abs. 2 AGG). Für den Begriff einer mittelbaren Benachteiligung ist konstituierend, dass bestimmte Elemente positiv vorliegen müssen (vergleichsweise ungünstigere Behandlung wegen eines geschützten Merkmals aufgrund neutraler Vorschriften oder Maßnahmen) und andere Elemente nicht gegeben sein dürfen (rechtfertigende Ziele und verhältnismäßige Mittel zu ihrer Durchsetzung).<sup>211</sup> Darin liegt der entscheidende konzeptionelle Unterschied zur unmittelbaren Diskriminierung: Während eine unmittelbare Benachteiligung nur nach Maßgabe der §§ 8-10, 20 AGG gerechtfertigt werden kann, sind Maßnah-

208 Dazu oben § 6 V 1 c).

209 EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757 Rn. 72; BAG AP Nr. 315 zu Art. 3 GG = NZA 2009, 489 Rn. 20; BVerfGE 124, 199 Rn. 92; BVerfGE 126, 400 Rn. 87; EGMR, Urt. v. 24.6.2010, App. No. 30141/04 – *Schalk & Kopf vs. Österreich* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 99.

210 Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/43/EG und 2000/78/EG; 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.

211 *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 211; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 3 AGG Rn. 13. Zur Frage, wer die Darlegungs- und Beweislast trägt siehe BAG NZA 2011, 93 Rn. 51 und EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority* ua = Slg. 1993, I-5535 Rn. 13 f.

men, die zwar eine mittelbare Diskriminierung bewirken, aber nach § 3 Abs. 2 AGG objektiv gerechtfertigt werden können, bereits begrifflich keine Diskriminierung.<sup>212</sup> Auf die ausdrücklichen Rechtfertigungsmöglichkeiten muss dann nicht mehr eingegangen werden.<sup>213</sup> Der Gerichtshof geht dabei von einer sachlichen Übereinstimmung beider Rechtfertigungsmöglichkeiten aus.<sup>214</sup> Die sachliche Rechtfertigung ist damit Teil einer objektiven Zurechnung der Handlung, indem sie einen unterstellten Kausalzusammenhang<sup>215</sup> zwischen der Differenzierung und Diskriminierung wegen des Merkmals unterbricht.<sup>216</sup>

## (2) Warum mittelbare Diskriminierung?

Die unmittelbare Diskriminierung beruht auf einem Modell individualbezogener Gleichbehandlungsansprüche.<sup>217</sup> Die mittelbare Diskriminierung entwickelte sich dagegen aus einem gruppenbezogenen Verständnis von Gleichbehandlungsansprüchen.<sup>218</sup> Das belegen die beiden *leading cases*: *Griggs v. Duke Power Company*<sup>219</sup> (zum U.S.-Recht) und *Jenkins*<sup>220</sup> (zum Gemeinschaftsrecht). In *Griggs* hatten die klagenden schwarzen Arbeitnehmer Probleme darzulegen und zu beweisen, dass die vom Arbeitgeber neu eingeführten Einstellungs- und Aufstiegsbedingungen eine Unterscheidung aufgrund des verpönten Merkmals bezwecken und daher von einer Diskriminierungsabsicht getragen waren.<sup>221</sup> In der Rs. *Jenkins* zahlte der Arbeitgeber den fast ausschließlich weiblichen Teilzeitarbeitnehmern einen geringeren Stundenlohn als Vollzeitarbeitnehmern.<sup>222</sup> Weil der Arbeitgeber an das Kriterium der Teilzeit anknüpfte, unterschied er nicht (unmittelbar) anhand des Geschlechts.<sup>223</sup> In beiden Fällen reagierten die Gerichte, indem sie das bisherige Verständnis von Diskriminierung ausdehnten. Der *Supreme Court* wies in *Griggs* den Ausweg:

212 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 59; BAG NZA 2010, 222 Rn. 31.

213 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 66.

214 Siehe zuletzt EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 63 ff.

215 Dazu kritisch *Rebhahn/Kietaihl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 377 f.

216 Dazu näher *Schiek* in: *Schiek/Waddington/Bell*, Non-Discrimination Law, 436 ff; zum Gegenansatz, wonach die Kausalität und die Rechtfertigung streng zu trennen sind, siehe *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 253 ff und *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 188.

217 Siehe *Fallon/Weiler*, 1984 St. C. Rev. 1, 12-18 (1984), die vom „model of individual justice“ sprechen.

218 Näher *Fallon/Weiler*, 1984 St. C. Rev. 1, 19-26 (1984), die vom „model of group justice“ sprechen.

219 *Griggs v. Duke Power Co*, 401 U.S. 424 (1971).

220 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911.

221 Zur damaligen Voraussetzung des *racial purpose or invidious intent* im U.S.-Recht, siehe *Griggs v. Duke Power Co*, 401 U.S. 424, 426-30 (1971).

222 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 6 f.

223 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 10.

„Under the Act, practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to ‘freeze’ the status quo of prior discriminatory employment practices. [...] The Act proscribes not only overt discrimination, but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation.“<sup>224</sup>

Damit war das Konzept des *disparate impact* im speziellen amerikanischen Nichtdiskriminierungsrecht endgültig<sup>225</sup> verankert.<sup>226</sup> Es wurde vom englischen und irischen Recht sofort rezipiert<sup>227</sup> und beeinflusste darüber die Entwicklung des Sekundärrechts<sup>228</sup> und die Auslegung des Art. 119 EWGV in der Rs. *Jenkins*.<sup>229</sup>

Nach der Einschätzung des Gerichtshofs kann Art. 119 EWGV aufgrund der tatsächlichen Umstände, der Vorgeschichte und der Beweggründe des Arbeitgebers verletzt sein, wenn die Gruppe der Teilzeitarbeitnehmer ausschließlich oder überwiegend aus Frauen besteht,<sup>230</sup> es sei denn, die unterschiedliche Entlohnung beruht auf objektiv gerechtfertigten wirtschaftlichen Gründen und steht nicht im Zusammenhang mit dem Geschlecht.<sup>231</sup> Die anhaltende Bedeutung der Rs. *Jenkins* liegt darin, dass der Gerichtshof damit das Konzept auf das Primärrecht ausdehnt<sup>232</sup> und den Begriff der mittelbaren Diskriminierung erstmals in der Sache konkretisiert.<sup>233</sup> Die Rs. *Jenkins* ließ wichtige Fragen offen,<sup>234</sup> die mit dem Urteil in der Rs. *Bilka Kaufhaus GmbH*<sup>235</sup> weitgehend geklärt wurden: Die Beweggründe des Arbeitgebers sind seitdem<sup>236</sup> irrelevant.<sup>237</sup> Verzichtet wurde auch auf einen Kausalzusammenhang zwischen verpönten Merkmal und be-

224 *Griggs v. Duke Power Co*, 401 U.S. 424, 430-431 (1971).

225 Zu Vorläufern siehe *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 91 ff.

226 Zur Definition siehe insbesondere *Int'l Broth. of Teamsters v. U.S.*, 431 U.S. 324, 335 n. 15 (1977): „employment practices that are facially neutral in their treatment of different groups, but that in fact fall more harshly on one group than another and cannot be justified by business necessity“.

227 Siehe *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 106 f.; *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 95 f.; *Schiek* in: *Schiek/Waddington/Bell*, Non-Discrimination Law, 349 ff.

228 Siehe Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 76/207/EWG; zur Parallele beider Begriffe siehe *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, 1994, 51 f.

229 Siehe *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 142 f.

230 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 13.

231 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 11 f.

232 Anders dagegen *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

233 Die Passage in EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 18, in welcher der Gerichtshof zwischen unmittelbaren/offenen und mittelbaren/versteckten Diskriminierungen unterscheidet, hat zur terminologischen Verunsicherung beigetragen, betraf aber ein ganz anderes Problem: Dort ging es nur um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Art. 119 EWGV unmittelbar anwendbar ist. Davon ist die hier behandelte Frage des materiellen Anwendungsbereichs des Diskriminierungsbegriffs zu unterscheiden; vgl. dazu *Langenfeld*, Gleichbehandlung, 1990, 82 ff.; *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 118 ff.

234 Näher *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 144 ff.

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

236 Siehe *Barnard/Hepple*, 58 Camb. L.J. 399, 402 (1999).

237 Siehe BAG NZA 1987, 445, 447.

nachteiliger Maßnahme.<sup>238</sup> Im Unterschied zur Rs. *Jenkins*<sup>239</sup> genügte es in der Rs. *Bilka*, dass die Maßnahme statistisch betrachtet<sup>240</sup> mehr Frauen als Männer traf.<sup>241</sup> Der *Bilka*-Test inkorporierte erstmals den Verhältnismäßigkeitsmaßstab in die Rechtfertigung der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung.<sup>242</sup>

Der jeweilige Anlass zur Entwicklung der mittelbaren Diskriminierung legt es nahe, sie im Wesentlichen als gesetzliche Vermutung einer Diskriminierung von Angehörigen einer bestimmten Gruppe zu konzipieren.<sup>243</sup> Frappierend an beiden *leading cases* ist der vom jeweiligen Arbeitgeber gewählte Zeitpunkt: Während in *Griggs* das Inkrafttreten des *Civil Rights Act* von 1964 den Arbeitgeber zu den Änderungen der Bedingungen veranlasste, war es in der Rs. *Jenkins* die unmittelbar bevorstehende Entscheidung zur gleichen Entlohnung von Frauen in der Rs. *Defrenne II*<sup>244</sup>. Der Arbeitgeber verwendete in beiden Fällen nur ein *scheinbar* neutrales Kriterium (Einstellungstest bzw. Teilzeitbeschäftigung), um damit das verpönte Hauptmerkmal zu ersetzen. Daraus folgern viele, dass die mittelbare Diskriminierung lediglich „ein Hilfsinstrument zur Durchsetzung des eigentlichen Verbots unmittelbarer Diskriminierung“ sei, das vor einer „Gesetzesumgehung im weiteren Sinne“ schütze.<sup>245</sup> Man kann dies als eine „schwach“ gruppenbezogene Variation des individualbezogenen Modells unmittelbarer Diskriminierung bezeichnen.<sup>246</sup>

Das Argument der Gesetzesumgehung und Beweiserleichterung greift zu kurz.<sup>247</sup> Es kann die praktisch relevanten Fallgruppen nicht erklären, in denen die Anknüpfung an ein neutrales Merkmal ein wirtschaftlich rationales Ziel ver-

238 Ausführlich dazu *Rebbahn/Kietaihl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 388 ff.

239 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 9, 15.

240 Zu den damit verbundenen Unsicherheiten siehe *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung, 1989, 118 ff; *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, 1994, 93 ff; *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 235 ff.

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

242 Vgl. *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung, 1989, 124 ff; zurückhaltender *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 190 ff.

243 Zur Beweislastverteilung im Unionsrecht und U.S.-Recht siehe einerseits EuGH, Urt. v. 6.4.2000, Rs. C-226/98 – *Jorgensen v. Foreningen af Speciallæger* = Slg. 2000, I-2447 Rn. 30; EuGH, Urt. v. 3.10.2006, Rs. C-17/05 – *Cadman v. Health & Safety Executive* = Slg. 2006, I-9583 Rn. 31 und andererseits *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 414, 432 (1971) [„Congress has placed on the employer the burden of showing that any given requirement must have a manifest relationship to the employment in question“] (dazu *Rutherglen*, 73 Va. L. Rev. 1297, 1297-1298 (1987)). Die Verschärfungen zu Lasten der Diskriminierungsopfer in *Wards Cove Packing Co., Inc. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989) wurden vom Kongress mit dem Civil Rights Act von 1991 [42 U.S.C. § 2000e-2(k) (2009)] wieder korrigiert (dazu näher *Moore/Braswell*, 55 Alb. L. Rev. 459 (1991)).

244 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455.

245 So *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1236; *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 121 ff im europäischen Kontext und *Rutherglen*, 73 Va. L. Rev. 1297, 1311 (1987) zu Title VII Civil Rights Act 1964.

246 *Fallon/Weiler*, 1984 St. C. Rev. 1, 20 (1984); vgl. auch *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 344 f.

247 Kritisch auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 a) bb) (1).

folgt.<sup>248</sup> In der Rs. *Bilka* knüpfte der Normadressat weder ausdrücklich noch verdeckt an ein verpöntes Merkmal an. Er umging kein Verbot. Die „Umgehungstheorie“ verkennt, dass die besondere Benachteiligung ein konstitutives Element des speziellen Unrechtsgehalts mittelbarer Diskriminierung ist.<sup>249</sup> Notwendig ist daher ein alternativer Erklärungsansatz. Eine Möglichkeit ist der „Diskriminierungsschutz im starken Sinne“<sup>250</sup>. Der Einzelne wird als Mitglied einer Gruppe geschützt, deren Stellung in der sozialen Hierarchie der einzelnen Teilsysteme der Gesellschaft aus verschiedenen Gründen prekär ist. „Mit dem Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung greift das Recht tatsächliche gesellschaftliche Erscheinungen auf und ordnet sie den herkömmlichen Diskriminierungsverboten zu. Dies ist ein notwendiger Prozeß, wenn das Recht nicht an der gesellschaftlichen Realität vorbei existieren will.“<sup>251</sup> Der *Supreme Court* begründete seinen Ansatz in *Griggs* ausdrücklich damit, historisch etablierte Zugangsschranken zu beseitigen, um Chancengleichheit zu verwirklichen.<sup>252</sup> Es galt den auf vergangenen rechtlichen und sozialen Diskriminierungen beruhenden *status quo* zu durchbrechen.<sup>253</sup> Der Europäische Gerichtshof betont in den Rs. *Jenkins* und *Bilka* die Schwierigkeiten weiblicher Arbeitnehmer, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten.<sup>254</sup> Damit nimmt er Bezug auf die *soziale Realität* der Verteilung von Erwerbschancen in einer Gesellschaft, die Kindererziehung und Hausarbeit im Wesentlichen immer noch den Frauen zuweist.<sup>255</sup> Aufgabe des Verbots mittelbarer Diskriminierung ist es also zu verhindern, dass die strukturellen Nachteile von Gruppen auf dem (Arbeits-) Markt und die gesellschaftlich bedingten Schwächen bei der Durchsetzung ihrer Interessen von den anderen Akteuren perpetuiert werden.<sup>256</sup>

Die besondere Benachteiligung von Merkmalsträgern ist eine konkrete Gefährdung<sup>257</sup> des Nichtdiskriminierungsprinzips: Dem Einzelnen dürfen zum Schutz seiner personalen Freiheit keine sozialen Nachteile aufgrund der zugeschriebenen Gruppenzugehörigkeit erwachsen. Das Recht hat zwei Möglichkeiten, darauf zu reagieren:<sup>258</sup> Es schützt entweder den aufgrund eines Merkmals besonders Betroffenen und belastet einen persönlich für den Kausalzusammenhang

248 *Morris*, 15 Oxford J. Legal Studies 199, 214-215 (1995).

249 Darauf weist *Gardner*, 16 Oxford J. Legal Studies 353, 364 (1996) zu Recht hin.

250 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 68 ff, 345; vgl. auch *Fallon/Weiler*, 1984 St. C. Rev. 1, 22-23 (1984).

251 *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 182; ähnlich auch die Einschätzung von *Rebbahn/Kietaibl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 388 ff.

252 *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 429-430 (1971).

253 *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. at 430.

254 EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 29; fast identisch bereits EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 13.

255 Siehe die zutreffende Einschätzung BAG NZA 1987, 445, 446.

256 BAG NZA 1987, 445, 447.

257 Daher sprechen sowohl *Morris*, 15 Oxford J. Legal Studies 199, 214 (1995) als auch *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 188 von „Gefährdungshaftung“.

258 Siehe *Morris*, 15 Oxford J. Legal Studies 199, 214 (1995).

zwischen Differenzierungskriterium und besonderem Nachteil nicht verantwortlichen Akteur. Oder es schützt diesen und weist ausschließlich dem Betroffenen das Risiko zu, aufgrund seines „Soseins“ besonderen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung hat sich das Recht dafür entschieden, unter bestimmten Voraussetzungen den Benachteiligenden für die Gefährdung der Schutzgüter des Nichtdiskriminierungsprinzips verantwortlich zu machen. Es verwirklicht diesen Schutz, indem es in der Sache den Katalog der verpönten Merkmale erweitert: Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung spezifiziert die Bedingungen, unter denen ein Differenzierungsgrund, der als solcher kein verpöntes Merkmal ist, zu einem solchen wird.<sup>259</sup> Damit reagiert das Recht auf Folgeerscheinungen sozio-ökonomischer Ungleichheiten, für die die Gesellschaft subsidiär verantwortlich ist, weil sich – anders als bei der präferenzbedingten Diskriminierung – kein unmittelbar Verantwortlicher benennen lässt. Wird ein Einzelner zur Beseitigung dieser Folgen in Anspruch genommen, ist diese ungleiche Behandlung mit der mittelbaren (politischen, nicht persönlichen) Verantwortung zu rechtfertigen, die er als Mitglied der Gesellschaft<sup>260</sup> für die Veränderung von veränderbaren Zuständen hat. Bei mittelbaren Diskriminierungen ist diese Verantwortlichkeit gegeben, weil der Handelnde mit seinem Verhalten zur Perpetuierung eines Zustandes beiträgt, der aufgrund einer getroffenen politischen Entscheidung geändert werden soll. Sie wird aufgrund der tatbestandlichen Rechtfertigungsmöglichkeit zugleich aber wieder beschränkt, weil ihm nicht die Verantwortung für die systemische Diskriminierung in der Gesellschaft insgesamt aufgebürdet wird.<sup>261</sup>

### (3) Ungleiche Behandlung

Auslöser der Prüfung ist eine vom Normadressaten vorgenommene Differenzierung<sup>262</sup> von Sachverhalten oder Personen, die zwar für sich genommen an „neutrale“ Differenzierungskriterien anknüpft, die aber ihrerseits Merkmalsträger „in besonderer Weise benachteiligen können“ (§ 3 Abs. 2 AGG). Es müssen Vergleichsgruppen gebildet werden, die es erlauben festzustellen, ob eine bestimmte Personengruppe gegenüber anderen Personengruppen benachteiligt sein kann.<sup>263</sup> Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung ist daher zusammen mit der unmittelbaren Diskriminierung Ausdruck der Forderung, Gleiches auch gleich zu

259 Holmes, 68 Modern L. Rev. 175, 184 (2005).

260 Ablehnend zur Verantwortungszurechnung an die Gesellschaft *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 80.

261 Dazu weiterführend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 558 f.

262 Zum Gegenstand der Maßnahme siehe EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority* ua = Slg. 1993, I-5535 Rn. 15 ff; vertiefend *Schiek* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 397.

263 VGH Kassel, Urt. v. 14.9.2010, 2 A 1337/10, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn. 27.

behandeln.<sup>264</sup> Die Pointe der mittelbaren Diskriminierung liegt gerade darin, dass sie die formale mit der materialen Konzeption von Gleichbehandlung<sup>265</sup> verknüpft. Das Tatbestandsmerkmal des neutralen Differenzierungskriteriums knüpft an die formale Gleichbehandlung an, weil der Normadressat einen formal alle gleichermaßen treffenden Differenzierungsgrund gewählt hat. Mit der besonderen Benachteiligung berücksichtigt die Konzeption dagegen die ungleichen tatsächlichen Auswirkungen dieser formalen Gleichbehandlung und verwirklicht damit materiale Gleichbehandlung.<sup>266</sup> Die vermeintlich gebotene Ungleichbehandlung von Merkmalsträgern<sup>267</sup> lässt sich sachnäher als Gebot materialer Gleichbehandlung rekonstruieren.<sup>268</sup> Die materiale Konzeption der Diskriminierungsverbote verdeutlicht, dass sich die Merkmalsträger nicht gegen die Anwendung des neutralen Differenzierungskriteriums wehren, indem sie auf eine Ungleichbehandlung pochen. Im Gegenteil: Sie machen darauf aufmerksam, dass sich die formale Gleichbehandlung ungleich auf die Merkmalsträger im Vergleich zu Nichtmerkmalsträgern auswirkt. Diese materiale Ungleichbehandlung wird bekämpft. Daher kommt es auch bei der mittelbaren Diskriminierung letztlich darauf an, dass die Merkmalsträger mit den nicht in besonderer Weise betroffenen Nichtmerkmalsträgern vergleichbar sind. Im Grundsatz kann ich daher auf die Ausführungen zur unmittelbaren Diskriminierung verweisen.<sup>269</sup> Im Rahmen der Vergleichbarkeit muss das verpönte Merkmal unberücksichtigt bleiben. Man kann nur feststellen, ob die anhand eines neutralen Kriteriums unterschiedenen Personen – abgesehen von diesem Merkmal – vergleichbar sind.

*Beispiel: Unterscheidet der Arbeitgeber zwischen Teilzeit- und Vollzeitarbeitnehmern, sind deren Arbeitsbedingungen abgesehen von der Teilzeit/Vollzeit zu vergleichen. Wenn nur der Arbeitsvertrag des Teilzeitarbeitnehmers weder die Wochenarbeitszeit noch eine Ausgestaltung der Arbeitszeit festlegt und dem Arbeitnehmer die Wahl lässt, einer Anforderung des Arbeitgebers nachzukommen, sind die Angehörigen beider Gruppen insoweit nicht vergleichbar.*<sup>270</sup>

Die entscheidende Schwierigkeit der mittelbaren Diskriminierung bilden die Anforderungen an den Zurechnungszusammenhang.<sup>271</sup> Das ist die Aufgabe des Tat-

264 EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 56.

265 Dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 143 ff.

266 In der Sache auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 a) bb) (1).

267 So *Barnard/Hepple*, 59 Camb. L. J. 562, 570 (2000). Überzeugend dagegen *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 218 f.

268 Zum Problem beim allgemeinen Gleichheitssatz *Sachs*, Grundrechte, 2003, B 3 Rn. 41 ff; *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 157 ff; *Rüfner* in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 7; *Huster* in: *Fri-auf/Höfling*, GG, Art. 3 Rn. 69.

269 Siehe § 6 V 2 a) (2).

270 EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 52.

271 Vgl. dazu *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 188 ff und jetzt *Rebhahn/Kietaibl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 384 ff, 388 ff.

bestandsmerkmals der „besonderen Benachteiligung“. Dafür ist keine subjektive Komponente erforderlich.<sup>272</sup> Auf der Grundlage einer materialen Konzeption kommt es maßgeblich auf die gleichheitswidrige Auswirkung einer neutralen Anknüpfung an. Die Maßnahme muss einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen einer geschützten Gruppe benachteiligen. Das konnte nach der Rechtsprechung im Regelfall<sup>273</sup> nur aufgrund eines aussagekräftigen statistischen Vergleichs durch die Anwendung der Regelung auf unterschiedliche betroffene Personengruppen ermittelt werden.<sup>274</sup> Eine statistisch nachweisbare überproportionale Belastung von Merkmalsträgern ist nach wie vor ein Ansatz, eine mittelbare Diskriminierung festzustellen.<sup>275</sup> Das ist aufgrund des Wortlauts und der Erwägungsgründe der Richtlinien<sup>276</sup> mittlerweile nicht mehr die einzige Möglichkeit<sup>277</sup> und damit nicht zwingend erforderlich. Es genügt, wenn die Differenzierungen *Personen* wegen eines Merkmals *typischerweise* benachteiligen können.<sup>278</sup> An die Stelle des zwingend notwendigen Gruppenbezugs der Maßnahme tritt ergänzend die benachteiligende Auswirkung auf eine Person wegen des verpönten Merkmals.<sup>279</sup> Im Unterschied zur unmittelbaren Diskriminierung wird auch auf eine tatsächlich eingetretene besondere Benachteiligung verzichtet. Wie *Ingo Scholten* unter Verweis auf die Entscheidung in der Rs. *O'Flynn*,<sup>280</sup> die Entstehungsgeschichte, die übereinstimmenden Sprachfassungen der Richtlinien und unter Berücksichtigung des *effet utile* überzeugend nachgewiesen hat, genügt es für die mittelbare Diskriminierung, wenn die Maßnahme geeignet ist, eine benachteiligende Wirkung hervorzurufen.<sup>281</sup> Abgesehen vom Geschlecht und vom Alter, dürften signifikante Statistiken für die übrigen Merkmale kaum verfügbar

272 Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607.

273 Eine Ausnahme ist EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-79/99 – *Schnorbus v. Land Hessen* = Slg. 2000, I-10997 Rn. 38, wo bereits im Anknüpfen an ein „neutrales“ Kriterium als solches, das nur von Männern erfüllt werden kann, eine mittelbare Diskriminierung erblickt wurde.

274 EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority ua* = Slg. 1993, I-5535 Rn. 19; BAG NZA 2006, 611 Rn. 27 mwN, wo jeweils von zwei Varianten gesprochen wird.

275 Vgl. *Schrader/Schubert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 43 ff.

276 Vgl. Erwgr. (15) der RL 2000/43/EG und 2000/78/EG.

277 VGH Kassel, Urt. v. 14.9.2010, 2 A 1337/10, www.juris.de, Rn. 28; *Rust* in: Falke/Rust, AGG, § 3 Rn. 13; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 43 ff; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 3 Rn. 26a ff; *Schrader/Schubert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 47 ff; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 3 AGG Rn. 12; vertiefend *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 268 ff; anders in der Tendenz *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 27 ff.

278 BAG NZA 2010, 222 Rn. 29.

279 *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145 161-162 (2001); *Schiek*, 8 ELJ 290, 295 (2002); scharfe, im Ergebnis aber unberechtigte Kritik an diesem Neuansatz üben *Barnard/Hepple*, 59 Camb. L. J. 562, 569 (2000).

280 EuGH, Urt. v. 23.5.1996, Rs. C-237/94 – *O'Flynn v. Adjudication Officer* = Slg. 1996, I-2617 Rn. 18, 21.

281 *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 27 f; siehe auch *Colneric*, NZA Beilage 2008, 66, 68 f; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 281 ff; *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 91 ff; so auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 a) bb) (2) (c). Nicht überzeugend daher *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 31.

sein.<sup>282</sup> Bereits ihre Erhebung wäre problematisch, weil niemandem zugemutet werden darf, seine sexuelle Orientierung oder seine Religion zu offenbaren. Die Feststellung ethnischer Zugehörigkeit wirft das grundlegende Problem auf, ob es überhaupt „objektive“ Faktoren zur statistischen Erfassung dafür gibt, sieht man einmal von der Staatsangehörigkeit ab.<sup>283</sup> Der Verzicht auf eine statistisch nachweisbare Auswirkung war daher geboten. An ihre Stelle tritt eine aufgrund objektiver Faktoren untermauerte Plausibilitätsprüfung, ob und wie sich das neutrale Kriterium besonders nachteilig auf Merkmalsträger auswirkt.<sup>284</sup>

*Beispiele: Das Kriterium „deutsche Sprachkenntnisse in Wort und Schrift“ benachteiligt Arbeitnehmer nicht-deutscher und damit anderer ethnischer Herkunft im Vergleich zu deutschen Arbeitnehmern in besonderer Weise.<sup>285</sup> Wird in einer Stellenanzeige das erste oder zweite Berufs- oder Tätigkeitsjahr bei der Eingruppierung mit angegeben, liegt eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters vor: Das im Sinne einer Höchstanforderung verwandte Merkmal schließt typischerweise Arbeitnehmer mit einem höheren Lebensalter von der Bewerbung auf die ausgeschriebenen Arbeitsplätze aus.<sup>286</sup>*

#### (4) Sachliche Rechtfertigung

Das mit der neutralen Differenzierung verfolgte Ziel ist nur rechtmäßig, wenn es auf objektiven Faktoren beruht, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des verpönten Merkmals zu tun haben.<sup>287</sup> Der Nichtdiskriminierungsgrundsatz verlangt zwingend, dass das verpönte Merkmal keine Rolle bei der sachlichen Rechtfertigung spielen darf.<sup>288</sup> Nennt ein Arbeitgeber in einer Stellenanzeige die maximal von ihm erwarteten Berufsjahre, diskriminiert er mittelbar anhand des Alters.<sup>289</sup> Seine Rechtfertigung, mit der Beschäftigung von Berufsanfängern eine ausgewogene Altersstruktur im Betrieb zu sichern und seine Personalkosten zu begrenzen, ist kein sachlicher Grund, weil er damit unmittelbar an das Alter der Bewerber anknüpft.<sup>290</sup> Der Einsatz des neutralen Kriteriums kann prinzipiell mit allen sonstigen von der Rechtsordnung anerkannten Gründen gerechtfertigt werden.<sup>291</sup> Das sind auch die im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht für die Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung ausdrücklich vorgesehenen Grün-

282 Vgl. *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 3 AGG Rn. 12.

283 Dazu bereits oben § 6 III 1 b).

284 *Schiek* in: Schiek, AGG, § 3 Rn 43; *Schrader/Schubert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 48.

285 LAG Hamm NZA-RR 2009, 13 15, offengelassen von BAG NZA 2010, 625 Rn. 17; näher *Gruber*, NZA 2009, 1247, 1248 f.

286 BAG NZA 2010, 222 Rn. 27.

287 Ständige Rspr. zu Art. 157 AEUV; vgl. EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 11; EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 30; EuGH, Urt. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhöfer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961 Rn. 66.

288 So auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 a) bb) (2) (d).

289 BAG NZA 2010, 222 Rn. 34.

290 Offen gelassen von BAG NZA 2010, 222 Rn. 34.

291 Siehe BAG NZA 2010, 222 Rn. 31.

de.<sup>292</sup> Dazu zählen sozialpolitische Gründe wie Ziele der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung und der Ausgleich struktureller Diskriminierungen.<sup>293</sup> Weil diese Gründe an die Mitgliedstaaten adressiert sind, müssen diese in ihrem nationalen Recht davon Gebrauch gemacht haben.<sup>294</sup> Dann – und nur dann – können sich auch nicht-staatliche Akteure darauf stützen.<sup>295</sup> Sind die Akteure, wie beispielsweise Betriebsparteien, selbst unmittelbar an die Richtlinie gebunden, können auch sie sich unmittelbar auf diese Legitimationsgründe stützen.<sup>296</sup> Daneben kommen alle sonstigen wirtschaftlichen Gründe in Betracht, die einem tatsächlichen und schutzwürdigen Bedürfnis des Benachteiligten dienen.<sup>297</sup> Dazu gehören auch privatautonom bestimmte und grundrechtlich geschützte Ziele des Benachteiligten wie betriebliche Notwendigkeiten und Anforderungen an persönliche Fähigkeiten des Arbeitnehmers<sup>298</sup> oder wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen, die ihrerseits auch eine unmittelbare Diskriminierung rechtfertigen können.<sup>299</sup> Die Ausübung privatautonomer Freiheiten wird hier als Rechtfertigungsgrund verarbeitet. Darin liegt zugleich eine weitreichende Öffnung des Nichtdiskriminierungsrechts für die Anforderungen des Marktes: Das „bessere Funktionieren des Unternehmens [ist] letztlich immer ein legitimes Ziel.“<sup>300</sup>

*Beispiel: Das Kriterium ausreichender Kenntnisse der deutschen Schriftsprache eines Facharbeiters lässt sich auf einen sachlichen Grund zurückführen. Anders als vom Bundesarbeitsgericht vorgeschlagen, kann man sich dabei nicht auf eine Zertifizierungsnorm stützen, die die Kenntnis der deutschen Schriftsprache als berufliche Anforderung der vom Arbeitgeber beschäftigten Werker voraussetzt.<sup>301</sup> Diese Vorschrift bewirkt nämlich ihrerseits eine besondere Benachteiligung von Personen mit anderen ethnischen Zugehörigkeiten. Entscheidender Gesichtspunkt ist der damit angestrebte Zweck: Ohne Lektüre der sich stetig ändernden prozessbegleitenden Dokumente kann der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht so ausführen, dass der Arbeitgeber seinen Abnehmern die vollständige Erfüllung ihrer Anforderungen sicherstellen kann. Der Arbeitgeber darf die vom Markt diktierten beruflichen Anforderungen an seine Mitarbeiter durchreichen.<sup>302</sup>*

292 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 63 ff.

293 Vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 13.7.1989, Rs. 171/88 – *Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* = Slg. 1989, 2743 Rn. 14.

294 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 65.

295 *Sagan*, ZESAR 2009, 505, 507.

296 Vgl. EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 34, 27.

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

298 BAG NZA 2010, 625 Rn. 19.

299 BAG NZA 2010, 625 Rn. 26.

300 *Däubler*, ZfA 2006, 479, 488.

301 BAG NZA 2010, 625 Rn. 20.

302 BAG NZA 2010, 625 Rn. 21.

Das gewählte Differenzierungskriterium muss zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein (§ 3 Abs. 2 AGG).<sup>303</sup> Notwendig ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Voraussetzung ist zunächst, dass das Mittel geeignet ist. Das ist im Wortlaut nicht ausdrücklich genannt, folgt aber zwingend aus der Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung: Ein ungeeignetes Mittel kann niemals erforderlich sein. Das Differenzierungskriterium ist geeignet, wenn mit der dadurch erreichten Gruppenbildung das angestrebte Ziel tatsächlich erreicht werden kann. Dem Arbeitgeber kommt insoweit kein Beurteilungsspielraum zu.<sup>304</sup> Den Mitgliedstaaten wurde in der Vergangenheit dagegen ein breiter Ermessensspielraum dahingehend eingeräumt, ob die gewählten Maßnahmen das sozialpolitisch zu erreichende Ziel tatsächlich erreichen können.<sup>305</sup> Dasselbe gilt für die unmittelbar an die Richtlinie gebundenen Sozialpartner.<sup>306</sup> Allgemeine Behauptungen genügen aber auch hier nicht.<sup>307</sup> Das verwendete Mittel muss auch erforderlich sein, um den Zweck zu erreichen. Erforderlich ist ein Mittel zur Erreichung des vom Benachteiligenden gesetzten Ziels, wenn das Ziel ohne das Mittel nicht erreicht werden kann.<sup>308</sup> Kann das Ziel auf eine Art und Weise erreicht werden, die sich nicht oder in geringerem Umfang benachteiligend auswirkt, ist das gewählte Mittel nicht erforderlich.<sup>309</sup>

*Beispiel: Die Anforderung an Arbeitnehmer, die deutsche Sprache schriftlich zu beherrschen, ist erforderlich, damit das vom Arbeitgeber gesetzte Ziel, die ihm vom Markt diktierten Anforderungen an die Produktionsweise, erfüllt werden kann. Darauf, ob es genügt, dass der Arbeitnehmer seinen Aufgaben auch nachkommen kann, wenn er die Anweisungen mündlich erhält, kommt es nicht an. Dabei handelt es sich nicht um ein gleich geeignetes Mittel, weil die Fehlerquote bei mündlichen Anweisungen höher ist.*<sup>310</sup>

### c) Belästigung und sexuelle Belästigung

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht konzipiert die Belästigung und die sexuelle Belästigung als Benachteiligung (§ 3 Abs. 3 und 4 AGG)<sup>311</sup> und bettet sie in den Kontext der Gleichbehandlung ein. Das ist der im deutschen Recht tradi-

303 Vgl. EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 64 f.

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

305 Kritisch dazu *Barnard/Hepple*, 59 Camb. L. J. 562, 575-576 (2000).

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

307 EuGH, Urt. v. 9.2.1999, Rs. C-167/97 – *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith ua* = Slg. 1999, I-623 Rn. 74 f.

308 BAG NZA 2010, 625 Rn. 22.

309 Zur Verankerung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vgl. *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 241 f.

310 BAG NZA 2010, 625 Rn. 22.

311 Art. 2 Abs. 3 RL 2004/43/EG und 2000/78/EG; Art. 2 lit. c) und d) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. c) und d) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. c) und d) RL 2010/41/EU.

tionell in freiheitsrechtlichen Bahnen erfolgenden Behandlung von Belästigung als Persönlichkeitsrechts- oder Würdeverletzung (vgl. § 1 Abs. 1 BeschSchG)<sup>312</sup> fremd.<sup>313</sup> Die Konzeption von Belästigung als Diskriminierung ist neben der mittelbaren Diskriminierung ein weiteres *legal transplant* aus dem U.S.-amerikanischen Nichtdiskriminierungsrecht.<sup>314</sup> Ganz knapp dazu der *Supreme Court*:

„Without question, when a supervisor sexually harasses a subordinate because of the subordinate's sex, that supervisor “discriminate[s]” on the basis of sex.“<sup>315</sup>

Dafür ist es notwendig, die geschlechtergeprägte Hierarchie des Arbeitgebers als maßgeblichen sozialen Kontext zu berücksichtigen.<sup>316</sup> Wäre die belästigte Arbeitnehmerin keine Frau und Untergebene, hätte ihr männlicher Vorgesetzter sie nicht belästigt. Damit wird in den Fällen der (sexuellen) Belästigung das verpönte Merkmal Geschlecht (*gender*) zum entscheidenden Faktor.<sup>317</sup> Die Frau ist als Frau in einer männerdominierten Arbeitswelt einer Belästigung ausgesetzt, der sie als Mann in einem vergleichbaren Kontext nicht ausgesetzt gewesen wäre.<sup>318</sup> Die sexuelle Belästigung Erwerbstätiger ist geschlechtsspezifische Diskriminierung.<sup>319</sup> Belästigung als Diskriminierung greift entgegen *Thüsing* nicht über das spezifische Anliegen des Gleichheitssatzes hinaus,<sup>320</sup> sondern verwirklicht das Nichtdiskriminierungsprinzip: Es geht darum, ob Personen eines Geschlechts einer Benachteiligung ausgesetzt sind, von der Personen eines anderen Geschlechts verschont bleiben.<sup>321</sup> Im Kern weisen diese Fälle auf die gleichheitsrechtliche Wurzel der Belästigung hin.<sup>322</sup> Wer wegen seines Geschlechts oder seiner ethnischen Herkunft belästigt wird, dessen Würde wird in gleichheitswidriger Weise verletzt: Das Verhalten zeigt, dass der Belästigende dieser Person aufgrund ihrer

312 Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz v. 26.4.1994, BGBl. I S. 1406, aufgehoben von Art. 4 S. 2 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14.8.2006, BGBl. I S. 1897; zur dogmatischen Einordnung siehe *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 117 f.

313 Exemplarisch die Kritik von *Thüsing*, ZfA 2001, 397, 411; wörtlich wiederholt in *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 53; kritisch auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 a) cc). Näher zum Problem *Scholtens*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 30 ff und grundlegend *Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, 50 ff.

314 Grundlegend zum Merkmal „Rasse“ *Rogers v. E.E.O.C.*, 454 F.2d 234 (5th Cir. 1971); zum Merkmal „Geschlecht“ siehe *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

315 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. at 64.

316 Kritisch zur Rechtsprechung *MacKinnon*, Sex Equality, 2007, 865 ff.

317 *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Circ. 1977).

318 Siehe *Barnes v. Costle*, 561 F.2d at 990.

319 *Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, 48. Zu Art. 1 CEDAW siehe General Recommendation No. 19 (llth session, 1992), Violence against women, No. 7: „Gender-based violence, which impairs or nullifies the enjoyment by women of human rights and fundamental freedoms under general international law or under human rights conventions, is discrimination within the meaning of article 1 of the Convention.“, zugreifbar unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom19> [Stand: 31.12.2012].

320 *Thüsing*, ZfA 2001, 397, 412.

321 Vgl. *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 25 (1993)(Ginsburg, J., conc.).

322 *Anders Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 492 f (Unrechtsgehalt ergebe sich aus der Handlung selbst und nicht aus einem Vergleich).

Zuschreibung zu einer statusniedrigeren Gruppe nicht mit gleicher Achtung und Respekt begegnet wie den Personen seiner Gruppe.<sup>323</sup> *Susanne Baer* hat den Zusammenhang mit Bezug auf die sexuelle Belästigung so beschrieben:

„Diskriminierung ist nicht die schlechte Differenzierung als unterschiedliche Behandlung, sondern soziale Hierarchisierung. Allein eine solche Definition erscheint im sozialen Kontext sinnvoll, da es weder zufällig noch unwichtig ist, daß Frauen die Opfer und Männer die Täter sexueller Gewalt sind und diese Konstellation eben die Definition dessen aufrechterhält, was Frauen und was Männer sind.“<sup>324</sup>

Diese geschlechterspezifische Deutung sozialer Hierarchien hat einen blinden Fleck: den Mann, der Männer belästigt.<sup>325</sup> Ob das Nichtdiskriminierungsrecht den Fall des *same-sex sexual harassment* überhaupt oder nur dann erfasst, wenn der Belästigende homosexuell ist, ist umstritten.<sup>326</sup> Der *Supreme Court* entschied in *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, dass *male-on-male sexual harassment* grundsätzlich sexuelle Belästigung sein kann.<sup>327</sup> Das Verhalten der Belästigenden ließe sich nämlich auf das Geschlecht des Opfers zurückführen.<sup>328</sup> Im europäischen Nichtdiskriminierungsrecht kann und muss man die in der Belästigung zum Ausdruck kommende Würdeverletzung qua Gruppenzuschreibung dagegen als Fallgruppe der Belästigung aufgrund der sexuellen Orientierung erfassen. Illustrativ dazu ist die Entscheidung in *English v. Thomas Sanderson Ltd.*<sup>329</sup>: Stephen English strengte eine Belästigungsklage gegen seinen Auftraggeber<sup>330</sup> an und behauptete, seine Arbeitskollegen hätten ihn über einen langen Zeitraum mit sexuellen Anzüglichkeiten und Ausdrücken malträtiiert, die deutlich homosexuellen Inhalt hatten. Jemand hatte erfahren, dass English in einem Internat gewesen war und in Brighton lebte. Dabei handelt es sich um stereotype Eigenschaften, die in der englischen Gesellschaft schwulen Männern zugeschrieben werden. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass English verheiratet und Vater dreier Kinder war, sich selbst als heterosexuell bezeichnete und einräumte, dass seine Arbeitskollegen ihn ebenfalls nicht für homosexuell hielten, sondern ihn nur damit „aufzogen“ bzw. „folterten“. <sup>331</sup> Das warf die spannende Frage auf, ob sich der Betroffene auf den Schutz vor Belästigungen berufen kann, wenn „(a) he is not gay, (b) he is not perceived or assumed to be gay by his fellow workers, and (c)

323 Dazu oben § 6 I.

324 Baer, Würde oder Gleichheit?, 1995, 48 f.

325 Näher zur Kritik der klassischen geschlechterspezifischen Ansätze Franke, 49 Stan. L. Rev. 691 (1997).

326 Vgl. den Überblick bei *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 79 (1998).

327 *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75 (1998).

328 *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. at 80.

329 *English v. Thomas Sanderson Ltd.*, [2008] EWCA Civ 1421 (C.A.).

330 Dazu, dass English kein Arbeitnehmer i.e.S. war, siehe *Mackay Eastwood*, 38 Ind. L. J. 222, 223 (2009).

331 *English v. Thomas Sanderson Ltd.*, [2008] EWCA Civ 1421 paras. 2-4 (Laws LJ).

he accepts that they do not believe him to be gay.“<sup>332</sup> Das ist zu bejahen, weil es nur darauf ankommt, dass die besondere sexuelle Orientierung einer Person, gleich ob tatsächlich vorliegend oder nur angenommen, Grund für die Belästigung war.<sup>333</sup> Gerade weil English nicht wegen seiner tatsächlichen Homosexualität erniedrigt wurde, zeigt dieser Fall auf besonders pointierte Weise, wie über Belästigungen soziale Hierarchien konstruiert werden: Der nicht-homosexuelle Mann wird von anderen nicht-homosexuellen Männern erniedrigt, indem ihm vermeintliche Eigenschaften schwuler Männer zugeschrieben werden. Das funktioniert nur, wenn Schwulen als Gruppe im sozialen Kontext ein geringerer Status zukommt. Zugleich perpetuiert eine darauf Bezug nehmende Belästigung die Konstruktion sozialer Hierarchien. Die Behandlung von Belästigung als Gleichheitsproblem trägt dazu bei, einen Zustand herzustellen, in dem die verpönten Merkmale nicht mehr zur Hierarchiebildung in der Gesellschaft verwendet werden.<sup>334</sup> Die isolierte Betrachtung als Persönlichkeitsrechtsverletzung oder als Würdeverletzung blendet diese sozialen Kontexte dagegen aus.

#### d) Anweisung zur Benachteiligung/Diskriminierung

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht fingiert die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aufgrund eines verpönten Merkmals als verbotene Benachteiligung (§ 3 Abs. 5 AGG).<sup>335</sup> Eine Anweisung liegt vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das eine andere Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann (vgl. § 3 Abs. 5 S. 2 AGG).

*Beispiel: Der Geschäftsführer eines Kosmetikartikelherstellers weist den für Personal zuständigen Mitarbeiter an, keine türkischen Bewerber einzustellen. Weil der Arbeitnehmer dieser Weisung nicht nachkommen wollte, wurde ihm gekündigt. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts Wuppertal war die verhaltensbedingte Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Die Anweisung des Arbeitgebers verstieß offensichtlich gegen Art. 2 Abs. 4 RL 2000/43/EG. Weil die Umsetzungsfrist im Entscheidungszeitpunkt schon abgelaufen war, hätte das Gericht § 1 KSchG richtlinienkonform auslegen müssen.*<sup>336</sup>

Damit wird der Schutz vor einer Benachteiligung in das Vorfeld einer unmittelbaren und<sup>337</sup> mittelbaren Diskriminierung ausgedehnt.<sup>338</sup> Bereits in der Anweisung zur Diskriminierung liegt eine Gefährdung des Nichtdiskriminierungsprin-

332 *English v. Thomas Sanderson Ltd.*, [2008] EWCA Civ 1421 para. 2 (Laws LJ).

333 *English v. Thomas Sanderson Ltd.*, [2008] EWCA Civ 1421 para. 39 (Sedley LJ).

334 Vgl. Baer, Würde oder Gleichheit?, 1995, 235 ff (bezogen auf das Merkmal Geschlecht).

335 Art. 2 Abs. 4 RL 2000/43/EG und 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.

336 Choudry in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 582 f.

337 Ausdrücklich Art. 4 Abs. 4 Richtlinie 2004/113/EG.

338 Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 76 f.

zips. Die eigentliche Benachteiligung muss nach dem verallgemeinerungsfähigen Wortlaut in § 3 Abs. 5 S. 2 AGG nicht eingetreten sein. Indem das Unionsrecht bereits die Anweisung als solche zur Diskriminierung macht, stellt es sicher, dass diese Gefährdung unabhängig vom nationalen Haftungsrecht und von nationalen Zurechnungsnormen im Nichtdiskriminierungsrecht erfasst wird. Die Anweisung ist ein eigener verbotener Diskriminierungstatbestand.<sup>339</sup> § 3 Abs. 5 AGG ist keine besondere gleichbehandlungsrechtliche Zurechnungsnorm, welche die allgemein-zivilrechtlichen Zurechnungsnormen als *lex specialis* verdrängt.<sup>340</sup> Hat der Angewiesene die Anweisung befolgt, kann sein Verhalten nach §§ 31, 278 und 831 BGB dem Anweisenden zugerechnet werden. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Zurechnungsnorm gegeben, ist der Rückgriff auf § 3 Abs. 5 AGG entbehrlich. Liegen sie nicht vor, ist die daneben bestehende unmittelbare Haftung des Anweisenden als Benachteiligender relevant.<sup>341</sup> Haftet der Angewiesene ebenfalls – was so selbstverständlich nicht ist<sup>342</sup> –, hat der Benachteiligte zwei Anspruchsgegner, die gesamtschuldnerisch haften (§ 426 Abs. 1 BGB bzw. § 840 Abs. 1 BGB). § 3 Abs. 5 AGG stellt auch klar, dass bereits die Anweisung als solche unwirksam ist und nicht zum vertraglichen Pflichtprogramm des Angewiesenen zählt.<sup>343</sup> Im Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbots folgt das bereits aus § 7 Abs. 3 AGG.<sup>344</sup> Im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots kommt § 3 Abs. 5 AGG dagegen eigenständige Bedeutung zu.

## VI. Rechtfertigungsmöglichkeiten von Benachteiligungen/Diskriminierungen

### 1. Grundlagen

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

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

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

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

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

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

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

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