

in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss.²¹⁷ Wird neben der immateriellen Entschädigung auch materieller Schadensersatz in Gestalt entgangenen Gehalts geltend gemacht, darf die materielle Kompensation bei der Ermittlung der immateriellen Entschädigung nicht mindernd berücksichtigt werden.²¹⁸ Den Benachteiligten trifft im Unterschied zum materiellen Schadensersatz keine Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB). Er hat schlicht keinen Einfluss auf die immateriellen Folgen einer einmal eingetretenen Beeinträchtigung.²¹⁹ Erstaunlich ist eine Entscheidung des Amtsgerichts Oldenburg, das die Anspruchshöhe mindert, weil der Benachteiligte den Vorfall „provoziert“ habe.²²⁰ Weil er wusste, dass Türsteher und Betreiber einer Diskothek anhand seiner ethnischen Herkunft und seines Geschlechts diskriminieren, musste er damit rechnen und konnte sich darauf einstellen. Ich halte diese Argumentation für unhaltbar. Damit wird dem Benachteiligten eine Teilverantwortung für das Verhalten des Diskriminierenden zugewiesen. Das Ergebnis ist absurd: Je offensiver jener seine Diskriminierung ankündigt, desto niedriger fällt der Entschädigungsanspruch aus.

VIII. Zwischenergebnis: Das „Störpotential“ des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts

Diskriminierungsverbote verlangen im Unterschied zu allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten keine positive Rechtfertigung mit zulässigen Handlungsgründen. Sie schließen lediglich bestimmte Gründe als handlungsmotivierende Faktoren aus. Insoweit ist das Nichtdiskriminierungsrecht bescheidener als ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz. Es ist zugleich aber strenger, weil diese Gründe prinzipiell keine Rolle bei der Ungleichbehandlung spielen dürfen und die Rechtfertigungsanforderungen im Vergleich erheblich intensiviert werden.¹

Darin wurzelt der Konflikt mit dem klassisch-liberalen Verständnis von Privatautonomie. Gleichbehandlungspflichten wirken sich auf zwei Ebenen freiheitsbeschränkend aus:² Sie belasten, erstens, den Adressaten mit Rechtfertigungsobligationen und – aufgrund der Beweislastverteilung – mit Dokumentationspflichten ihrer Entscheidungsprozesse. Zweitens verbieten sie dem Adressaten Handlungsmöglichkeiten, die er nicht mehr rechtfertigen kann. *Frie-*

²¹⁷ BAG NZA 2009, 945 Rn. 82; BAG NZA 2010, 1129 Rn. 41; BAG NZA 2010, 1412 Rn. 69; OLG Köln DB 2010, 1878 Rn. 89; vertiefend zu den einzelnen Faktoren Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 226 ff.

²¹⁸ BGHZ 193, 110 Rn. 73; anders noch die Vorinstanz OLG Köln DB 2010, 1878 Rn. 89.

²¹⁹ Offengelassen von BAG NZA 2010, 1129 Rn. 43; vgl. Stein in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 49.

²²⁰ AG Oldenburg Niedersächsische Rechtspflege 2008, 398.

1 Oben § 6 I 1.

2 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 a).

demann Kainer sieht im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht die Begünstigung bestimmter Gruppen „durch die Zuweisung spezifischer Rechte unter partieller Aufhebung privatautonomer Regelungsspielräume.“³ Damit klingt ein alter Topos des Nichtdiskriminierungsrechts an: der Merkmalsträger als „*the special favorite of the laws*“.⁴ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht ist – bis auf die Behinderung – durchweg symmetrisch konzipiert.⁵ Es weist allen Personen dieselben Rechte zu. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass manche Personen diese Rechte vor dem Hintergrund tatsächlich bestehender sozialer Diskriminierungshierarchien eher benötigen könnten als andere.⁶ Das meint *Kainer* und bestätigt damit ungewollt die hier zugrunde gelegte Dichotomie von gleichen subjektiven Rechten, aber ungleicher Realisierungsmöglichkeit in der Umwelt des Rechts. Dieses Denken ist eng verbunden mit der beispielsweise von *Thomas Lobjinger* artikulierten These, das Recht habe mit der Rechtsgleichheit aller Akteure das einzige relevante Gleichheitsproblem Privater gelöst, weil „sämtliche Private ohne Unterschied zur gegenseitigen „Diskriminierung“ berechtigt“ seien.⁷ Der Schutz der „Teilhabe für Personen, die von Natur aus benachteiligt sind und für die mit einer ablehnenden Reaktion des Marktes deshalb regelmäßig auch kein Urteil über den Wert und die Würde ihrer Person verbunden ist“,⁸ sei eine „über die formale Gleichberechtigung hinausgehende tatsächliche Gleichstellung“ und als solche „im Ausgangspunkt Aufgabe des öffentlichen Rechts.“⁹ Ganz ähnlich argumentiert jetzt *Kainer*: Mit Diskriminierungsverboten gebe der Staat bestimmte Verteilungsziele vor, die nicht der Erweiterung von Freiheit dienten, weil keine Störung ihrer materialen Voraussetzungen vorliege.¹⁰ Mit der Instrumentalisierung distributiver Gerechtigkeit setze das Gesetz Schranken, die an sich mit der Privatautonomie unvereinbar seien und die „besser durch öffentliches Recht, etwa durch die Normierung von Straftatbeständen oder Ordnungswidrigkeiten erfüllt werden könnten.“¹¹ Damit ignorieren beide das zweite Gleichheitsproblem.¹² In der „relative[n] Blindheit gegenüber den sozialen Voraussetzungen der Realisierung grundrechtlicher Freiheit“ liegt das „grundlegende Problem und der soziale Hintergrund der liberalen Grundrechtstheorie“.¹³ Das wird bei *Kainer* besonders deutlich, weil er die „materiellen Voraussetzungen der Privatautonomie“ so konzipiert, dass sie die ungleich verteilte Freiheit zur „gegenseitigen Diskrimi-

3 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 1.

4 Siehe oben § 3 III 4 c).

5 Siehe § 6 III 2 a).

6 Dazu oben § 6 I 1.

7 *Lobjinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 116.

8 *Lobjinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 121.

9 *Lobjinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 116.

10 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 3.

11 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b).

12 Zum Begriff oben § 2 III.

13 *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1531.

nierung“ in sozialen Hierarchien schon im Ansatzpunkt nicht wahrnehmen können. Genau diese ungleiche Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten adressiert aber das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht.

1. Berücksichtigung sozialer Kontexte ungleicher Freiheitsausübung

Ich verstehe das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht als besonderes Gleichbehandlungsrecht. Die non-egalitaristischen Konzeptionen, nach denen es freiheitsrechtlich oder mit autonomen Erwägungen wie dem Prinzip der „sozialen Inklusion“ legitimierbar sei, können das geltende Nichtdiskriminierungsrecht nicht kohärent erklären.¹⁴ Seine Analyse zeigt, dass die wichtigste Bedeutung des Nichtdiskriminierungsprinzips darin besteht, das Recht für die ungleiche Verteilung von Freiheiten aufgrund existierender Statushierarchien in der Umwelt des Rechts zu sensibilisieren. Darin liegt die politische Dimension des Gleichheitsversprechens.¹⁵

a) Funktion der Diskriminierungsverbote

Das beginnt mit der Funktion von Diskriminierungsverboten im Recht: Sie verhindern, dass sich die Umwelt des Rechts der rechtlich geschützten Privatautonomie bedienen kann, um damit soziale Hierarchien anhand bestimmter verpönter Merkmale zu perpetuieren.¹⁶ Das Nichtdiskriminierungsrecht zwingt die Akteure zur besseren Begründung von Unterscheidungen¹⁷ und führt damit vielfach zum Wegfall der Differenzierung. Dabei greift das traditionelle Verständnis, wonach Diskriminierungsmerkmale unveränderbare und sichtbare persönliche Eigenschaften einer Person sind, zu kurz. Wie die Merkmale „Religion“ und „sexuelle Orientierung“ zeigen, geht es dem Nichtdiskriminierungsrecht darum, eine für die ethische Selbstbestimmung der Persönlichkeit konstitutive Freiheitsausübung gegenüber einem sozialen oder ökonomischen Druck zur Anpassung zu sichern.¹⁸ Sie schützen das „So-Sein“ der Person und befreien sie vor Anpassungswängen. Dadurch wirken sie als Freiheitsrechte zweiter Ordnung.¹⁹

Das bestätigt die Analyse der restlichen Diskriminierungsmerkmale. Sie sind strikt kontextbezogen zu interpretieren, um die sozialen Auswirkungen von Differenzierungen möglichst genau im Recht erfassen zu können.²⁰ Sie bilden jeweils soziale Kommunikationszusammenhänge im Recht ab. Das gilt für die Merkma-

14 Eingehend oben § 6 II 2.

15 Oben § 6 VI 3 g) (3).

16 Oben § 6 I 2.

17 Beispielaufgabe oben § 6 II 6 aE.

18 Oben § 6 I 2 und III 3 b) (zu Religion) sowie § 6 III 4 b) (zu sexueller Orientierung).

19 Zum Begriff *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 385 f.

20 Vgl. dazu oben § 6 III 1 c) und 2 c).

le: Rasse und ethnische Herkunft, weil erst unsere Sozialisation bestimmte Merkmale in Relation zu einer anderen Gruppe sichtbar macht.²¹ Das Merkmal „Geschlecht“ muss beispielsweise die Differenz von Frauen in den Funktionssystemen der Gesellschaft gleichheitsrechtlich abbilden²² und gleichzeitig jede im sozialen Kontext erfolgte geschlechtsbezogene Zuschreibung als „suspekt“ erfassen.²³ Besonders nachhaltig wirkt sich die kontextbezogene Interpretation auf das Merkmal „Behinderung“ aus, weil sie den Blick auf die soziale Konstruktion von Normalität lenkt.²⁴ Das Nichtdiskriminierungsrecht adressiert im Ergebnis also nicht die tatsächliche Existenz verpönter Merkmale. Es geht ihm immer um die Bedeutung, die diesen Merkmalen in sozialen Kontexten zugeschrieben wird.²⁵ Sein Ziel ist es, zu verhindern, dass diese Kriterien zur rechtlichen Absicherung sozialer Statushierarchien verwendet werden können. Daher setzt es konsequent auch keine Identität zwischen Merkmalsträger und benachteiligter Person voraus.²⁶

b) Materiale Gleichheit

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht geht dabei dialektisch vor.²⁷ Mit dem formal konzipierten Diskriminierungsverbot verbietet das Recht an sich, anhand verpönter Merkmale zu differenzieren. Die materialen Konzeptionen von Gleichheit²⁸ zwingen es auf zweiter Stufe dazu, seinerseits aufgrund der verpönten Merkmale zu differenzieren. Das ist notwendig, um die in den sozialen Kontexten bestehende Ungleichbehandlung im Recht sichtbar zu machen und adressieren zu können. Diese Differenzierung ist das Instrument, um die „wirkliche“ Gleichheit von Personen zu erreichen; eine Gleichheit, die nicht „neutral“, sondern unter wertender Berücksichtigung der Unterschiede betrachtet wird, die in der Umwelt des Rechts mit den Merkmalen verbunden werden. Die materiale Konzeption von Gleichheit ermöglicht dem Nichtdiskriminierungsrecht, die „relative Blindheit“ formaler Gleichheitskonzeption hinter sich zu lassen. Sie ermöglicht ihm erneut, die Ungleichheiten der Freiheitsausübung in sozialen Kontexten auch als rechtliches Problem wahrzunehmen.²⁹

21 Dazu § 6 III 1 a) und b).

22 Oben § 6 III 2 a).

23 Oben § 6 III 2 b).

24 Näher § 6 III 5 a).

25 Dazu § 6 IV 2 b) (1) bb).

26 Siehe § 6 IV 2 b) (1) aa).

27 Oben § 6 VI 3 g) (3). Siehe auch Grünberger, NZA-Beilage 2012, 139, 140.

28 Dazu § 6 II 2 a) (2).

29 Dazu oben § 6 II 2 a) (2).

c) Diskriminierungskategorien

Dieser kontextbezogene Ansatz ist auch für die (deskriptive) Ermittlung der Vergleichbarkeit im Tatbestand des Diskriminierungsverbots gewinnbringend. Wenn man die konkreten Anwendungssituationen des Gleichbehandlungsgrundsatzes in den Blick nimmt, kann man das tatsächlich relevante Gleichbehandlungskriterium aufgrund einer Beobachtung der jeweils stattfindenden Kommunikationsprozesse herausfinden.³⁰ Das Verbot mittelbarer Diskriminierung lässt sich ebenfalls überzeugend als ein Instrument des Rechts erklären, auf die soziale Realität der Verteilung von Freiheitsbereichen in der Umwelt des Rechts reagieren zu können.³¹ Während die (sexuelle) Belästigung regelmäßig als Freiheitsproblem wahrgenommen wird, schlage ich eine konsequent gleichheitsrechtliche Deutung vor: Es geht gerade darum, festzustellen, ob Merkmalsträger einem Eingriff in ihre Freiheitsrechte ausgesetzt sind, von dem Nicht-Merkmalsträger verschont bleiben. Das belästigende Verhalten verdeutlicht dann, dass der Belästigende dieser Person aufgrund einer Zuschreibung zu einer statusniedrigeren Gruppe nicht mit gleicher Achtung und gleichem Respekt begegnet.

d) Sanktionen

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung sind auf seine Zielsetzung auszurichten. Im Grundsatz zwingt das zur Unwirksamkeit der Maßnahme und zur Beseitigung ihrer noch andauernden negativen Folgen.³² Daneben verlangt das Unionsrecht wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zur effektiven Sicherung des Anspruchs auf Gleichbehandlung. Das AGG genügt diesen Anforderungen nicht immer.³³

2. Sicherung und Begrenzung der Umweltrationalitäten

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht hat daneben noch eine zweite, genauso wichtige Aufgabe: Es sichert die Eigenrationalität der unterschiedlichsten Funktionsysteme in der Gesellschaft und begrenzt zugleich ihren Einfluss im Recht. Im Kern geht es bei der Debatte über den Konflikt von Freiheit und Gleichheit im Recht um eine Grenzziehung: Wo liegt der Bereich, in dem das Recht die jeweilige Eigenrationalität des Teilsystems als Ausübung von Freiheitsrechten zu akzeptieren hat und wo beginnt der Bereich, in dem das Nichtdiskriminierungsrecht dend expansiven Tendenzen der Teilsysteme zugunsten des Versprechens gleicher

30 Oben § 6 V 2 a) (2) und b) (3).

31 Siehe § 6 V 2 b) (2).

32 Näher § 6 VII 1 a).

33 Siehe § 6 VIII 2 b).

Freiheit Grenzen zieht? Übersetzt in die klassische Terminologie des Nichtdiskriminierungsrechts geht es im Kern um die Grenzziehung zwischen öffentlich und privat, zwischen Öffentlichkeit und Privatsphäre.³⁴ Ökonomisch gesprochen geht es darum, ob eine Rechtfertigungspflicht präferenzbedingter und/oder statistischer Diskriminierungen,³⁵ mit denen rationale Ziele der Nutzenmaximierung verfolgt werden (instrumentale Diskriminierungen),³⁶ zu Effizienzverlusten führt.³⁷

a) Gleichheit und Wettbewerb

Dieser Grenzkonflikt realisiert sich schon in Grundlagenfragen, etwa in dem Wettstreit zwischen formalen und materialen Gleichbehandlungskonzeptionen.³⁸ Als Lösung bietet sich die Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts als Recht zur Wahrung der Chancengleichheit an. Damit scheint die freiheitliche Position zur weitgehenden Absicherung der Eigenrentabilität des Wettbewerbs vereinbar zu sein mit der gleichheitsrechtlichen Position des Nichtdiskriminierungsrechts. Das täuscht allerdings. Gleichheit (*equality*) und Chancen im Wettbewerb (*opportunities*) stehen zwangsläufig im Spannungsverhältnis, weil sie unterschiedlichen Systemlogiken folgen. Wer die Gleichheit betont, wird nur dann von Chancengleichheit sprechen, wenn das Recht sicherstellt, dass es auch im Ergebnis zu einer Annäherung der betroffenen Gruppen kommt. Wer die gleichen Chancen akzentuiert, dem genügt der gleiche Ausgangspunkt und er ist bereit, Ungleichverteilungen von Gütern und Lebenschancen hinzunehmen, die sich aus dem Wettbewerb ergeben.

b) Festlegung des Anwendungsbereichs – Eine fehlgeschlagene Grenzziehung

Diskriminierungsverbote begründen Rechtfertigungswänge und bergen ein erhebliches Sanktionspotential. Damit greifen sie in die Freiheitsrechte der Normadressaten ein. Eine Möglichkeit zur „praktischen Konkordanz“ von Privatautonomie und Gleichbehandlung – und damit zu der hier angesprochenen Grenzziehung – ist die Ausgestaltung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des Nichtdiskriminierungsrechts. Diese Aufgabe ist dem europäischen Gesetzgeber im Wesentlicheneglückt. Der deutsche Gesetzgeber ist – so weit er Gestaltungsspielraum hatte – daran gescheitert.³⁹ Paradigmatisch dafür

34 Siehe oben § 6 IV 1 b).

35 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 a) und b).

36 Zum Begriff und zur Abgrenzung von intrinsischen Diskriminierungen oben § 6 V 1 c).

37 Vgl. dazu exemplarisch *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, Vor § 19 AGG Rn. 18 ff.

38 Dazu oben § 6 II 2 a).

39 Oben § 6 IV 1.

steht das in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG verwendete Tatbestandsmerkmal „typischerweise ohne Ansehen der Person“. Bei konsequenter Anwendung müsste man die sachliche Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots gerade in den Fällen verneinen, in denen die individuelle Betrachtung einer Person diese besonders diskriminierungsanfällig macht.⁴⁰ Der Wortlaut, mit dem das Gesetz den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots abzugrenzen versucht, ist damit teleologisch zu reduzieren.

Unbefriedigend ist auch die traditionelle Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf den Anbieter der Leistung. Das führt zu erheblichen Wertungswidersprüchen: Die Einschränkung der Privatautonomie des Nachfragers über Gleichbehandlungspflichten wird als „Tugendterror“ gebrandmarkt, während dasselbe Ziel auf Grundlage einer freiheitsrechtlichen Argumentation wenig Widerstand hervorruft.⁴¹

Das Ergebnis meiner Analyse ist ernüchternd: Der Versuch, die Grenze zwischen Freiheit und Gleichbehandlung und damit zwischen dem Respekt vor der Eigenrationalität der Umwelt des Rechts und der Begrenzung dieser Eigenrationalität anhand des Anwendungsbereichs von Diskriminierungsverboten zu ziehen, ist im AGG im Wesentlichen fehlgeschlagen. Eine Ursache dafür ist ein nicht reflektiertes Vorverständnis darüber, wie man Öffentlichkeit und Privatsphäre voneinander abgrenzt. Das macht eine vertiefte Befassung damit dringend erforderlich.⁴² Eine andere Ursache liegt im grundsätzlichen Misstrauen, das die traditionelle Konzeption des Zivilrechts Diskriminierungsverboten entgegenbringt. Weil sie als systemfremd wahrgenommen werden, versucht man, den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich so eng wie möglich zu fassen, um „das dogmatische ‘Störpotential’ des distributiven Benachteiligungsverbots im Zivilrecht“⁴³ zu begrenzen. Das zwingt im Ergebnis dazu, den Anwendungsbereich danach zu bestimmen, ob eine Differenzierung anhand zulässiger oder verpönter Merkmale erfolgt. Mit dieser Aufgabenzuweisung überfordert man das geltende Recht. Sie verkennt die Aufgabenverteilung zwischen Anwendungsbereich, Diskriminierungshandlung und Rechtfertigung grundlegend.⁴⁴ Versucht man, die damit zusammenhängenden Probleme mit Hilfe des Anwendungsbereichs zu lösen, setzt man auf das falsche Mittel zum richtigen Zweck.⁴⁵ Als der dafür dogmatisch und methodisch zutreffende Platz hat sich die Rechtfertigungsprüfung erwiesen. Damit korreliert die Analyse des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts mit der hier gefundenen Einschätzung allgemeiner Gleichbehandlungspflichten.⁴⁶

40 Siehe oben § 6 IV 1 c) (1) cc.

41 Oben § 6 IV 2 b) (2).

42 Dazu unten § 8 III 3.

43 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 3.

44 Oben § 6 IV 1 c) (1) cc.

45 Siehe § 6 IV 2 b) (2) bb).

46 Dazu oben § 5 IX 1.

c) Bedeutung von Rechtfertigungsdiskursen

Die Ausübung privatautonomer Freiheiten wird im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht primär als Rechtfertigungsgrund konzipiert.⁴⁷ Das ist der Ort, an dem das Recht seiner zweifachen Aufgabe – Respekt vor der Eigenrationalität und Begrenzung ihres jeweiligen Expansionsstrebens – am besten gerecht werden kann. Die Untersuchung konzentriert sich auf vier Fallgruppen: (1.) Bei intrinsischen Diskriminierungen⁴⁸ muss das Recht das Freiheitsinteresse des Handelnden bereits besonders schützen, damit eine darauf basierende Ungleichbehandlung im Ausgangspunkt gerechtfertigt werden kann. Das ist beispielsweise aufgrund der grundrechtlich akzeptierten Eigenrationalität von Religions- und Glaubensgemeinschaften der Fall.⁴⁹ Zugleich ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine systeminterne Begrenzung der mit der Ausübung dieser Freiheit einhergehenden Expansion in die Freiheitsbereiche nicht anpassungsfähiger Personen.⁵⁰ Damit reagiert das (Nichtdiskriminierungs-) Recht auf einen klassischen Freiheitskonflikt, der sich auf bestimmte Merkmalsträger gravierender auswirkt als auf andere: Es geht, wie Bernhard Schlink jüngst herausgearbeitet hat, nicht darum, dass die Religionsgemeinschaften etwas zu ihrer Angelegenheit machen. „Streitig kann nur sein, ob den Kirchen, wenn sie etwas zu ihrer Angelegenheit machen, mehr zuwächst als jedermann, der etwas zu seiner Angelegenheit macht: eine Verfügungsmacht über die Angelegenheiten der anderen, die für das Verfolgen der eigenen Angelegenheit gebraucht werden und [sich] dabei begegnen.“⁵¹ Das Problem entsteht, weil die Eigenrationalität der Religionsgemeinschaften einen Freiheitsraum beansprucht, den andere Akteure nicht haben. Dort sind „alle Spieler gleich, das Spiel [ist] die Angelegenheit aller zusammen, und welche Regeln gelten sollen, muß gemeinsam verhandelt und vereinbart werden. Wenn ein kirchlicher Spieler mitspielt, soll das nicht mehr gelten, soll das Spiel nicht mehr die Angelegenheit aller zusammen, sondern allein die Angelegenheit des kirchlichen Spielers sein und soll er die Regeln festsetzen dürfen, nach denen er mit den anderen und die anderen mit ihm spielen.“⁵² Schlink bezeichnet das überzeugend als ein „*„usurpatorisches Verständnis* der eigenen Angelegenheit, das Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV damit unterlegt wird.“⁵³ Damit meint er nichts anderes als die hier angesprochenen expansiven Tendenzen der Eigenrationalität religiöser Kommunikationen. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht setzt diesen usurpatischen Tendenzen Grenzen.

47 Siehe § 6 V 2 b) (4) und VI 1.

48 Zum Begriff oben § 6 V 1 c).

49 Dazu § 6 VI 2 b) und 3 a) (1).

50 Siehe § 6 VI 2 b).

51 Dazu jetzt instruktiv Schlink, JZ 2013, 209, 211.

52 Schlink, JZ 2013, 209, 212.

53 Schlink, JZ 2013, 209, 212 (Hervorhebung im Original).

(2.) Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Alters ist insoweit besonders illustrativ, weil es einen diskursiven Rahmen schafft, in dem die Segmentation von Lebensläufen diskutiert werden kann.⁵⁴ Das Verbot wird mit großzügigen Rechtfertigungsmöglichkeiten flankiert, die sich ebenfalls diskursiv erklären lassen. Das Alter fungiert in politischen und sozialen Diskursen als distributives Kriterium für die Verteilung von Gütern. Das Nichtdiskriminierungsrecht zeigt sich besonders sensibel für die Diskurse, die in gesetzgeberischen Verfahren gesteuert werden oder als Interessenausgleich von den Sozialpartnern verhandelt werden.⁵⁵ Damit wahrt es die Eigenrationalität des politischen Systems und es respektiert die grundrechtlich abgesicherte Koalitionsfreiheit. Aufschlussreich ist, dass die Rechtfertigungsanforderungen steigen, soweit die betroffene Person in ihrer gleichen Freiheit beschränkt wird, ihre Arbeitskraft am Markt zu vergleichbaren Bedingungen wieder anzubieten. Insoweit beschränkt das Nichtdiskriminierungsrecht das paternalistische Zusammenwirken von rationaler Kostenminimierung (des Unternehmens) und sozialer Teilabsicherung (im politischen System).⁵⁶

(3.) Besonderes Augenmerk verdient die Rechtfertigung instrumentaler Diskriminierungen bei bestehenden Kundenpräferenzen.⁵⁷ Der private Akteur handelt rational, wenn er sie bei seinen Entscheidungen berücksichtigt. Der autonome Systemcharakter des Rechts steht aber der kritiklosen Öffnung für ökonomische Zusammenhänge entgegen.⁵⁸ Der ökonomische Rationalitätsgewinn muss nach rechtlichen Maßstäben daraufhin überprüft werden, ob er auch *rechtlich* legitim ist. Das setzt voraus, dass er sich an den Zielen des AGG messen lassen muss. Das Prinzip ökonomischer Effizienz wird damit Gegenstand einer Gerechtigkeitskontrolle, deren Maßstäbe insoweit vom Recht vorgegeben sind. Eine ungefilterte Berücksichtigung von Kundenpräferenzen ermöglicht den Fortbestand sozialer Hierarchien und stereotyper Bilder und desavouiert damit den Normzweck des Nichtdiskriminierungsrechts. Zugleich muss sich das Nichtdiskriminierungsrecht aber auch ausreichend kontextsensitiv für die speziellen Kommunikationsbedürfnisse in den verschiedenen Umwelten des Rechts zeigen.

(4.) Besonders deutlich ist der Zusammenprall ökonomischer Rationalität und der Rationalität des Nichtdiskriminierungsrechts bei der Frage, ob ungleiche Bedingungen für Frauen und Männer in Versicherungsverträgen als rationale Form einer kostenbasierten statistischen Diskriminierung zulässig sind.⁵⁹ Der Versicherer verfolgt damit einen legitimen Zweck, weil er in Ausübung seiner unterneh-

54 Siehe oben § 6 III 6.

55 Oben § 6 VI 2 c).

56 Oben § 6 VI 2 c).

57 Dazu § 6 VI 2 d) (3) und 3 a) (3).

58 Siehe § 6 VI 3 a) (3).

59 Siehe § 6 V 1 b) und VI 3 b).

merischen Freiheit risikoadäquate Versicherungsleistungen anbietet. Die Anknüpfung an das Geschlecht als Stellvertretermerkmal des Hauptmerkmals „versichertes Risiko“ ist angesichts des strukturellen Informationsdefizits des Versicherers — ökonomisch gesehen — rational. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht registriert diesen Vorgang aber als unmittelbare Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts und knüpft daran Rechtfertigungspflichten.⁶⁰ Der Anspruch des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die Prämienkalkulation von Versicherungen zu regeln, irritiert wiederum im Wirtschaftssystem, weil das Recht die Expansion ökonomischer Rationalität mit einer – aus ökonomischer Sicht – systemfremden Begründung begrenzt. Diese Begrenzung ist aber notwendig, wenn das Recht sein Versprechen, als gleicher Akteur am Markt handeln zu können, auch Frauen gegenüber einhalten will.

3. Konsequenz: Mehr Gleichheitsdenken im Privatrecht

Der traditionelle Privatrechtsdiskurs weist dem Freiheits- und dem Gleichheitsargument ungleiche Ausgangspositionen zu. Das belegt die unglückliche Debatte zum Kontrahierungszwang.⁶¹ Das Argument *pro libertate* hat es schon strategisch einfacher. Es kann an die lange Tradition der freiheitsrechtlichen Konzeption des Privatrechts anknüpfen. Freiheit wird hier ganz konkret als negative Freiheit konzipiert.⁶² Darin wird eine für die Privatrechtsordnung fundamentale Rechtsposition des Benachteiligenden gesehen.⁶³ Dieses Prinzip ist – als Grundsatz (!) – seinen Vertretern so wichtig, dass sie bereit sind, einen immateriellen Schadensersatz zu akzeptieren, der den Anspruchsschuldner idR wirtschaftlich weit härter trifft.⁶⁴ Das kann man nur auf Grundlage einer – meistens unausgesprochenen – Prämisse rechtfertigen: Zwischen den Beteiligten herrscht auch tatsächlich gleiche rechtliche Freiheit. Diese These setzt aber voraus, dass jeder von seiner negativen Vertragsfreiheit in den jeweiligen sozialen Kontexten⁶⁵ in gleichem Maße Gebrauch machen kann und jeder davon potentiell auch gleich betroffen ist. Das aber ist gerade nicht der Fall. Das zweite Gleichheitsproblem ist in den einzelnen Teilsystemen der Gesellschaft nicht gelöst.⁶⁶ Man kann es auch nicht mehr ausblenden. Die schiere Existenz des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts zwingt uns, es wahrzunehmen. Damit versucht das Recht, eine privatrechtliche Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem zu geben. Das spezielle

60 Siehe § 6 V 1 c), VI 1 c) (2) und VI 3 b).

61 Dazu oben § 6 VII 2 a).

62 Exemplarisch zuletzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 c).

63 Armbriüster, NJW 2007, 1494, 1496.

64 Armbriüster, NJW 2007, 1494, 1496.

65 Dazu oben § 6 VIII 1.

66 Siehe dazu oben § 2 III 3.

Nichtdiskriminierungsrecht ist auch kein spezielles Persönlichkeitsrecht;⁶⁷ es ist spezielles Gleichbehandlungsrecht. Das gilt auch für die dogmatische Einordnung des Entschädigungsanspruchs für immaterielle Schäden bei Verletzung des Anspruchs auf Gleichbehandlung.⁶⁸ Wenn der Benachteiligte gegenüber anderen, die das diskriminierende Merkmal nicht aufweisen, in einer bestimmten Weise rechtsgeschäftlich agiert, dem Benachteiligten aber „nur“ eine Entschädigung in Geld und gerade nicht die angestrebte Leistung schuldete, perpetuierte das Nichtdiskriminierungsrecht die ungleiche Behandlung auf Rechtsfolgenebene. Diesen Zusammenhang gilt es zu erkennen und zu durchbrechen. Die Debatte um den Kontrahierungszwang oder die Begründung des Entschädigungsanspruchs steht stellvertretend dafür, wie schwer es dem Privatrechtsdiskurs nach wie vor fällt, das zweite Gleichheitsproblem als genuin privatrechtliche Herausforderung zu begreifen und daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Die „Angst“ vor dem freiheitszerstörenden Potential des Nichtdiskriminierungsprinzips⁶⁹ sitzt im deutschen Denken anscheinend so tief, dass man im Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit, zwischen Privatautonomie und Diskriminierungsverbot auf Rechtsfolgenebene erneut abwägen will. Es gibt aber nichts mehr abzuwagen. Wenn die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen ist, tritt nach der Entscheidung des Gesetzes die Privatautonomie auch im Ergebnis hinter den Anspruch auf Gleichbehandlung zurück. Dieses primäre subjektive Recht wird über den Beseitigungsanspruch als sekundäres subjektives Recht verwirklicht.⁷⁰

Diese Debatte und die unglückliche Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Diskriminierungsverbeten sind nach meiner Einschätzung Hinweise darauf, dass eine grundlegende Verankerung von Gleichheit und Gleichbehandlung im Privatrecht dringend notwendig ist. Im Unterschied zu Friedemann Kainer hängt die Komplexität des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit nicht davon ab, ob man einen weiten oder engen Anwendungsbereich des spezifischen Nichtdiskriminierungsrechts befürwortet.⁷¹ Der fehlgeschlagene Versuch im geltenden Recht, den Anwendungsbereich möglichst klein zu fassen, führt lediglich zu einer methodischen Verlagerung der Abwägungsprozesse. Ein weiter Anwendungsbereich würde sie zumindest im Rechtfertigungsdiskurs belassen. Ich glaube daher, dass sein Vorschlag, den Anwendungsbereich „distributiver Gleichbehandlungspflichten“ zu beschränken, genau in die falsche Richtung weist.⁷² In der Sache ähnlich hat Axel Metzger die klassische Konzeption des Verhältnisses von

⁶⁷ So aber Busche, Privatautonomie, 1999, 287f; Armbüster, KritV 2005, 41, 46; Armbüster, NJW 2007, 1494, 1496f und jetzt dezidiert Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 125 (und passim).

⁶⁸ Siehe § 6 VII 2 b).

⁶⁹ Dazu bereits oben § 4 I 2 c).

⁷⁰ Dazu § 6 VI 2 a).

⁷¹ Anders Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 2, § 7 II 2, § 8.

⁷² Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 8.

Gleichbehandlung und Vertragsfreiheit jüngst noch „als das Zusammenspiel zweier Prinzipien mit unterschiedlichen Gewichten“ beschrieben, „bei dem das Prinzip der Vertragsfreiheit den Vorrang genießt, während das Prinzip der Gleichbehandlung nur in Sonderfällen zum Tragen kommt“⁷³. Soweit damit eine Zustandsbeschreibung des geltenden Rechts gemeint ist, erschüttern die Ergebnisse der hier vorgelegten Untersuchung der allgemeinen Gleichbehandlungsprinzipien⁷⁴ und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts diese Auffassung. Anzahl und Reichweite lassen es kaum mehr zu, von „Sonderfällen“ zu sprechen. Das macht es unumgänglich, eine neue Konzeption zu entwickeln, die das Verhältnis beider Prinzipien besser spezifizieren kann.

73 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 879.

74 Siehe § 5 IX.

