

des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Prinzip personaler Gleichheit näher zu entfalten.

### III. Ungleichbehandlung

#### 1. Elemente der Ungleichbehandlung *iwS*

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verlangt der allgemeine unionsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist.<sup>1</sup> Ähnlich formuliert das Bundesverfassungsgericht zum allgemeinen Gleichheitssatz:<sup>2</sup> Dieser verpflichtet zur Gleichbehandlung des wesentlichen Gleichen und enthält das Gebot, wesentlich Ungleiches auch ungleich zu behandeln.<sup>3</sup> Darin liegt eine Umschreibung beider Faktoren des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das wird in der Formel des Gerichtshofs besser sichtbar, weil er zwischen der (1a) Ungleichbehandlung *ieS*, der (1b) Vergleichbarkeit und (2) der Rechtfertigung deutlich trennt.<sup>4</sup> Das gilt im Ergebnis auch für die Formel des Bundesverfassungsgerichts. Missverständlich ist der Begriff der „wesentlichen Vergleichbarkeit“. Damit werden die zu betrachtenden Vergleichspaare nicht beschränkt. Ihm kommt nur die Funktion zu, die Rechtfertigungsprüfung zu umschreiben.<sup>5</sup> Die Feststellung, es werde wesentlich Gleiches ungleich behandelt, betrifft nicht die Gleichbehandlungspräsumtion, sondern reflektiert bereits das Ergebnis der Rechtfertigungsprüfung.<sup>6</sup> In der jüngsten Entscheidungspraxis kommt dies deutlich zum Ausdruck. Das Gericht verdeutlicht, dass die von ihm verwendete Formel Differenzierungsgründe einschließt, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.<sup>7</sup> An dieser Stelle geht es mir zunächst nur um die unterschiedliche Behandlung (Ungleichbehandlung *ieS*) und die Vergleichbarkeit, die beide zusammen den Tatbestand der rechtfertigungs-

1 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.10.1977, Rs. 117/76 – *Ruckdeschel v. Hauptzollamt St. Annen* = Slg. 1977, 1753 Rn. 7; in jüngerer Zeit EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-127/07 – *Arcelor Atlantique et Lorraine ua* = Slg. 2008, I-9895 Rn. 23 mwN; EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats AS-BL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 28.

2 Auf die Parallelen macht *Damm*, Menschenwürde, 2006, 324 ff aufmerksam.

3 BVerfGE 98, 365, 385; BVerfGE 112, 268, 278; BVerfGE 116, 164, 180.

4 Vgl. zu dieser dreiteiligen Prüfungsstruktur *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 180 mwN; *Kischel* in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 14.

5 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 364 ff; *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 185 ff; *Heun* in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 24; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 7; *Osterloh* in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 82; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 56 f.

6 *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 57.

7 Vgl. BVerfGE 124, 199, 220; BVerfGE 130, 240, 254.

pflichtigen Ungleichbehandlung iwS konstituieren.<sup>8</sup> Ich trenne also begrifflich auf der Tatbestandsebene zwischen der unterschiedlichen Behandlung, die erst dann gleichheitsrechtlich „suspekt“ wird, wenn sie sich auf vergleichbare Personen erstreckt. Differenzierungen widersprechen dem *prima facie* Recht auf Gleichbehandlung, wenn sie sich nicht mit der Verschiedenheit der unterschiedlich behandelten Fälle erklären lassen.<sup>9</sup> Das Paradebeispiel für diesen Zusammenhang ist die Definition der unmittelbaren Benachteiligung im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht:<sup>10</sup> § 3 Abs. 1 S. 1 AGG und die entsprechenden Richtlinienbestimmungen verlangen (1a) eine weniger günstige Behandlung als (1b) eine Person in einer vergleichbaren Situation.<sup>11</sup> Dieses Diskriminierungsverbot ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur der spezifische Ausdruck des, zu den tragenden Grundsätzen des Unionsrechts zählenden, allgemeinen Gleichheitssatzes.<sup>12</sup> Dieser Grundsatz kann daher nur auf Personen Anwendung finden, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden.<sup>13</sup>

Erst wenn eine Ungleichbehandlung iwS vorliegt, ist den davon Betroffenen der Zugang zum Rechtfertigungsdiskurs möglich. Daher ist es zweckmäßig, von einem weiten Verständnis der Ungleichbehandlung auszugehen, damit die in ihr liegende Sachgerechtigkeit oder das von ihr ausgehende Diskriminierungspotential kritisch gewürdigt werden kann. Die Feststellung einer Ungleichbehandlung iwS darf nicht im normativen, sondern muss im deskriptiven Sinn verstanden werden.<sup>14</sup> Das hat bereits die Analyse der allgemeinen Gleichbehandlungsgebote und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts ergeben.<sup>15</sup> Weil das Gleichbehandlungsproblem über beide Faktoren – Ungleichbehandlung iwS und Rechtfertigung – gelöst werden soll, „darf das normative Element nicht bereits in den Begriff der Gleichbehandlung hineingezogen werden. Daß eine Gleichbehandlung im normativen Sinne vorliegt, kann erst das Ergebnis der Gleichheitsprüfung

8 Vgl. *Heun* in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 23; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 7. Zur Frage, ob man insoweit von einem Schutzbereich sprechen kann, differenzierend *Jarass*, AöR (120) 1995, 345, 361 f und bejahend *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, 225 ff; *Huster*, JZ 1994, 541, 547 f; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 79; *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1485 f mwN.

9 Insoweit folge ich dem terminologischen Vorschlag von *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1487 f. Ich teile aber nicht *Sachs* daraus abgeleitete Folgerung, dass eine gleichheitsgerechte Begründung bereits den Eingriff in den Grundrechtstatbestand ausschließt.

10 Dazu oben § 6 IV 2 a) und b).

11 Darauf hat GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 41 Fn. 30 aufmerksam gemacht.

12 EuGH, Urt. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhöfer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961 Rn. 28; EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-320/00 – *Lawrence ua v. Regent Office Care Ltd ua* = Slg. 2002, I-7325 Rn. 12; EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 56; zuletzt EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 28.

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

14 Dazu ausführlich *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 52 (ausgehend vom Standpunkt der von ihm kritisierten hM) und *Simons*, 65 B.U. L. Rev. 387, 416-419 (1985).

15 Siehe oben § 5 IX 1 und § 6 VIII 1.

sein, nicht aber ein Element des Begriffs der Gleichbehandlung.<sup>16</sup> Das gilt sowohl für die Feststellung der Vergleichbarkeit als auch für den Begriff der Ungleichbehandlung i.e.S.

## 2. Vergleichbarkeit der Situation

Der entscheidende Schritt bei der Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes besteht darin, festzustellen, ob die fraglichen Sachverhalte vergleichbar oder – mit anderen Worten – erheblich gleichartig sind.<sup>17</sup> Vergleichbarkeit kann nicht die Übereinstimmung in allen Eigenschaften bedeuten; das wäre Identität. Es kann daher immer nur darum gehen, ob es mehr oder weniger weit gehende Übereinstimmungen bei gleichzeitiger Verschiedenheit in anderen Punkten gibt.<sup>18</sup> Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist im Licht des Zwecks und des Ziels der Maßnahme zu untersuchen, die die fragliche Unterscheidung einführt.<sup>19</sup> Dazu drei Beispiele:

Ein österreichischer Kollektivvertrag (Tarifvertrag) sah vor, dass unkündbare Ärzte gekündigt werden können, wenn sie die Anspruchsvoraussetzungen für eine Alterspension erfüllten.<sup>20</sup> Nach österreichischem Sozialversicherungsrecht beträgt das Pensionsalter bei Frauen 60 Jahre und bei Männern 65 Jahre. Diese unmittelbare Diskriminierung in der Rentenversicherung ist nach Art. 7 Abs. 1 lit. a) RL 79/7/EWG<sup>21</sup> erlaubt, weil Österreich damit gesellschaftliche, familiäre und ökonomische Benachteiligung der Frauen auszugleichen versucht.<sup>22</sup> Das wirft die Frage auf, ob eine Frau, der mit 60 gekündigt wird, mit einem Mann desselben Alters vergleichbar ist. Immerhin verfügen die Arbeitnehmer weiblichen Geschlechts im Alter von 60 bis 65 Jahren über eine soziale Absicherung in Form der gesetzlichen Alterspension, die den Arbeitnehmern männlichen Geschlechts derselben Altersgruppe vorenthalten ist. Der Gerichtshof stellte dagegen nur auf die Bedingungen für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab. Die soziale Absicherung, die damit einhergeht, blieb ausgeblendet.<sup>23</sup> Mit Recht:

16 Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 28, der damit aber die von ihm abgelehnte hM beschreibt.

17 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 91; ausführlich zum Unionsrecht Damm, Menschenwürde, 2006, 326 ff.

18 Allg. Auffassung, statt aller Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1472 mwN.

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

20 EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939.

21 Richtlinie 79/7/EWG v. 19.12.1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. L 6 v. 10.1.1979, S. 24.

22 EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939 Rn. 38.

23 EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939 Rn. 36 ff.

Gleichbehandlungsrecht ist kein Sozialrecht.<sup>24</sup> Die Kündigung soll das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer gegen seinen Willen beenden, während die Pensionsberechtigung Rentenansprüche des Arbeitnehmers regelt. Zu vergleichen ist nur die Situation von angestellten Frauen und Männern, die ihren Arbeitsplatz verlieren. Ob sie dafür Lohnersatzleistungen bekommen, ist für das Gleichbehandlungsrecht irrelevant. Indem Frauen gezwungen werden, mit der Arbeit aufzuhören, sobald sie rentenbezugsberechtigt sind, nehmen ihnen die Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, selbstbestimmt über ihren Verbleib im Arbeitsverhältnis zu entscheiden. Männer haben diese Möglichkeit, weil ihnen erst mit 65 gekündigt werden darf. Insoweit ist die gekündigte Ärztin in einer mit einem nicht gekündigten Mann vergleichbaren Situation: Beide wollen weiterarbeiten, aber nur der Mann darf, weil er Mann ist. Auf derselben Linie liegt die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Odar*: Sieht ein Sozialplan zwei unterschiedliche Methoden für die Berechnung der Abfindung bei jüngeren Arbeitnehmern einerseits und für Arbeitnehmer kurz vor dem Renteneintrittsalter andererseits vor, befinden sich die „Arbeitnehmer, die kurz vor dem Renteneintritt stehenden Altersgruppen angehören, in einer Situation [...], die mit der der anderen vom Sozialplan betroffenen Arbeitnehmer vergleichbar ist, da ihr Arbeitsverhältnis mit ihrem Arbeitgeber aus demselben Grund und unter denselben Voraussetzungen endet.“<sup>25</sup> Das gilt auch, wenn es sich um einen schwerbehinderten Arbeitnehmer handelt. Der diesen sozialrechtlich „gewährte Vorteil, der darin besteht, dass sie ab Erreichen eines Alters, das drei Jahre niedriger ist als bei nichtbehinderten Arbeitnehmern, eine Altersrente in Anspruch nehmen können, kann sie nämlich gegenüber diesen Arbeitnehmern nicht in eine besondere Situation bringen.“<sup>26</sup> Der Pensions- bzw. Rentenanspruch ist ein sozialrechtlicher Anspruch, der den Arbeitnehmer nach der Entlassung davor schützt, mittellos zu sein. Er ist eine Lösung des zweiten Freiheitsproblems. Der Gleichbehandlungsanspruch stellt sicher, dass Männer und Frauen bzw. behinderte oder nicht behinderte Personen die gleichen Möglichkeiten haben, ihre Freiheit zu realisieren. Er antwortet auf das zweite Gleichheitsproblem.<sup>27</sup>

Das zweite Beispiel ist die Entscheidung des Gerichtshofs zu Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG, der Versicherungsunternehmen eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts in bestimmtem Umfang erlaubt.<sup>28</sup> In der Rs. *Test-Achats ASBL* waren Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 Grundrechte-Charta Prüfungsmaßstab in einem Fall unmittelbarer Grundrechtsbindung des Richtliniengebers,

24 Siehe oben § 7 II 2 b) (4).

25 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 61; siehe dazu näher *Grünberger/Sagen*, EuZA 2013, 324, 329 f.

26 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 62.

27 Dazu oben § 2 III 3.

28 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773; zu Sachverhalt und Kontext der Entscheidung bereits oben § 6 VI 3 b).

Art. 51 Abs. 1 Grundrechte-Charta. In der Sache handelt es sich aber um die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im „mehrpolygonigen Verfassungsrechtsverhältnis.“<sup>29</sup> Der Union stehen zwei Grundrechtsträger mit gegensätzlichen Interessen gegenüber: Auf der einen Seite die Interessen der betroffenen Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer, die von der Differenzierung aufgrund des Geschlechts in ihrem Gleichheitsrecht (Art. 21, 23 Grundrechte-Charta) beeinträchtigt werden, und auf der anderen Seite die unternehmerischen Interessen der Versicherungsunternehmen (Art. 16 Grundrechte-Charta), die anhand des Geschlechts differenzieren, um eine risikoadäquate Prämienstruktur sicherstellen zu können. Strukturell handelt es sich bei Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG um einen ausdrücklich vorgesehenen Rechtfertigungsgrund für die Differenzierung aufgrund des Geschlechts. Hätte es ihn nicht gegeben, würde sich *diesselbe* Problematik auf der Ebene des einfachen Rechts stellen, wenn ein Versicherungsunternehmen unter Berufung auf einen sachlichen Grund (§ 20 Abs. 1 AGG) diskriminiert. Sowohl bei der Prüfung des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgebots aus Art. 21, 23 Grundrechte-Charta, als auch bei der Prüfung des einfachrechtlichen Diskriminierungsverbots aus § 19 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 3 Abs. 1 S. 1 AGG kommt es auf die Vergleichbarkeit der Situation an. Sind Männer und Frauen in der Privatversicherung vergleichbar? Der Rat verneinte das im Verfahren vor dem Gerichtshof, weil „aus versicherungstechnischer Sicht bei der auf statistischer Grundlage stattfindenden Einordnung in Risikokategorien die Niveaus des versicherten Risikos bei Frauen und bei Männern unterschiedlich sein könnten.“<sup>30</sup> Weil Frauen in der Kranken- und Lebensversicherung ein statistisch betrachtet höheres Versicherungsrisiko bilden als Männer, differenziere eine darauf Rücksicht nehmende Prämien- und Leistungsgestaltung aufgrund unterschiedlicher Sachverhalte.<sup>31</sup> Die Differenzierung sei danach keine verbotene Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, sondern eine vielleicht schon gebotene, jedenfalls aber erlaubte<sup>32</sup> Ungleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte. Der Gerichtshof sah das anders. Die Richtlinie beruhe auf der Prämisse, dass die Lage von Frauen in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen mit der Situation von Männern vergleichbar sei.<sup>33</sup>

29 Zum Begriff *Callies*, JZ 2006, 321, 325 ff; *Callies* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 44 Rn. 18.

30 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 27.

31 Siehe EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 27; GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 21-23.

32 Eine rechtlich gebotene Ungleichbehandlung konnte es schon deshalb nicht sein, weil die Richtlinie den Versicherungsunternehmen die Berücksichtigung des Geschlechts nicht zwingend vorschreibt, siehe GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 23.

33 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 30.

Das trifft nur im Ergebnis zu. Der Gerichtshof verzichtet nämlich auf eine notwendige Rechtfertigungsprüfung dieser Ungleichbehandlung.<sup>34</sup> Diese erlaubt es, die immerhin ebenfalls grundrechtlich geschützten Rationalitätsinteressen der Versicherungsunternehmen zu berücksichtigen und zu fragen, ob die mit der instrumental und statistischen<sup>35</sup> Diskriminierung verfolgten ökonomischen Zwecke die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.<sup>36</sup> Abgesehen davon, kann auch die methodische Begründung zur Vergleichbarkeit nicht überzeugen. Dazu muss man sich Art. 5 der Richtlinie wegdenken und den Sachverhalt ausschließlich einfach-rechtlich konstruieren: Eine Versicherungsnehmerin einer Lebensversicherung behauptet einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG und das Versicherungsunternehmen erwidert, dass sie aufgrund ihrer statistisch gesehen höheren Lebenserwartung nicht mit Männern vergleichbar sei, die eine niedrigere Prämie zahlten. Dann kann man sich nicht mehr auf die Prämisse des Gerichtshofs stützen, dass „die Lage von Frauen und die Lage von Männern in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen vergleichbar sind“<sup>37</sup>. Das wäre bei der Anwendung des Diskriminierungsverbots eine zirkuläre Behauptung. Die damit unterstellte Vergleichbarkeit ist nämlich eine festzustellende Tatbestandsvoraussetzung. Viel einfacher ist es, auf die Maßnahme selbst abzustellen, mit der die Differenzierung eingeführt wird. Dabei handelt es sich um den Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags. Betrachtet man diesen Vorgang strikt deskriptiv, kommt man nicht umhin festzustellen, dass sich Männer und Frauen in ihrem Interesse als Versicherungsnehmer diesbezüglich in allen relevanten Punkten in einer vergleichbaren Lage befinden – bis auf die Ermittlung des zu versichernden Risikos. Nur bezüglich des statistischen Zusammenhangs von Geschlecht und Versicherungsrisiko unterscheiden sie sich. Ob dieser Unterschied relevant ist, ist die zentrale normative Frage des Streits. In ihm konzentriert sich das Differenzierungsinteresse des Versicherers. Die dafür maßgeblichen Gesichtspunkte sind daher sinnvollerweise in der Rechtfertigungsprüfung zu verorten. Der Versuch, diese Frage bereits auf der Ebene der Vergleichbarkeit unter Berücksichtigung normativer Wertungen zu lösen, führt zu methodisch fragwürdigen Vergleichsgruppenbildungen, sowohl im Anwendungsbereich allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze,<sup>38</sup> als auch im Anwendungsbereich des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts.<sup>39</sup>

34 Siehe dazu oben § 6 VI 3 b). Eine umfangreiche Prüfung findet sich bei *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 205 ff.

35 Zu den Begriffen oben § 6 IV 1.

36 So im Ansatz zutreffend GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 60 ff.

37 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 30.

38 Näher § 5 I 4 b).

39 Siehe dazu eingehend oben § 6 V 2 a).

Das zeigt – dritter Beispielsfall – die Debatte zur Vergleichbarkeit von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft.<sup>40</sup> Der Europäische Gerichtshof entschied in der Rs. *Maruko*, dass der Ausschluss überlebender Lebenspartner aus der Hinterbliebenenversorgung eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung ist, wenn sich überlebende Ehegatten und überlebende Lebenspartner in einer vergleichbaren Situation in Bezug auf die genannte Hinterbliebenenversorgung befinden.<sup>41</sup> Die Erste Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts und das Bundesverwaltungsgericht gingen von einer normativen Vergleichbarkeit aus und sahen in Ehe und Lebenspartnerschaft ungleiche Sachverhalte: Sie seien rechtlich nicht vergleichbar, weil das einfache Recht nur eine punktuelle Annäherung und gerade keine umfassende Gleichstellung vorsehe.<sup>42</sup> Das Bundesarbeitsgericht teilte diesen Ausgangspunkt, kam aber zum gegenteiligen Ergebnis.<sup>43</sup> Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat diesen Ansatz dagegen in der Entscheidung zur *VBL-Hinterbliebenenversorgung*<sup>44</sup> implizit zurückgewiesen.<sup>45</sup> Danach kommt es ausschließlich darauf an, ob der jeweilige Sachverhalt bei Ehen und bei Lebenspartnerschaften in gleicher Weise auftreten kann.<sup>46</sup> Maßgeblich ist die Zielrichtung der Maßnahme, die die Differenzierung enthält.<sup>47</sup> Damit gilt im Unions- und im Verfassungsrecht derselbe Maßstab zur Ermittlung der Vergleichbarkeit: Notwendig ist eine deskriptive und von normativen Wertungen freizuhaltende Ermittlung der jeweiligen Gemeinsamkeiten bei der Verwirklichung des Lebenssachverhalts, der zum Ausgangspunkt einer Differenzierung genommen wird.

Die Untersuchung in §§ 5 und 6 belegt diese These. Die Feststellung der Vergleichbarkeit beim allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>48</sup> und beim speziellen Diskriminierungsverbot<sup>49</sup> lässt sich mit dem hier vorgeschlagenen Modell unproblematisch erklären. Der anzuwendende Vergleichsmaßstab ergibt sich jeweils aus dem Sinn und Zweck der die Differenzierung enthaltenden Regelung des Arbeitgebers. Der deskriptive Vergleichsmaßstab kann, wie die unterschiedlichen Gleichheitsmaßstäbe des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zeigen, durchaus normativ vorgegeben sein:<sup>50</sup> Geht es beispielsweise um die Ausübung von Vermögensrechten, ist im Kapitalgesellschaftsrecht nicht

40 Dazu eingehend Grünberger, FPR 2010, 203 ff.

41 EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757 Rn. 72. Zum Kontext bereits oben § 6 III 4 b) und V 1 c).

42 BVerfG NJW 2008, 2325 Rn. 13 ff; BVerwG Buchholz 430.4 Versorgungsrecht Nr. 51; BVerwG NJW 2008, 868 Rn. 24 ff.

43 BAG AP Nr. 315 zu Art. 3 GG = NZA 2009, 489 Rn. 28.

44 BVerfGE 124, 199.

45 Zum Folgenden Grünberger, FPR 2010, 203, 206.

46 BVerfGE 124, 199, 226.

47 BVerfGE 124, 199, 226 ff.

48 Siehe oben § 5 I 4 b).

49 Siehe § 6 V 2 a) (2).

50 Dazu oben § 5 II 4 b) (1).

die Person des Gesellschafters, sondern ihr Anteil am Grundkapital der relevante Gleichbehandlungsmaßstab. Ein Inhaber von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ist bezüglich der Mitwirkungsrechte nur mit Aktionärinnen innerhalb derselben Aktiengattung vergleichbar. Im Gesetz angelegte Differenzierungen innerhalb gleicher Aktiengattungen – wie etwa die satzungsmäßige Festlegung eines Höchststimmrechts (§ 134 Abs. 1 S. 2 AktG) – betreffen dagegen nicht die Vergleichbarkeit, sondern sind gesetzlich vorgesehene sachliche Gründe einer Ungleichbehandlung. Ein anderes Beispiel einer gesetzlichen Begrenzung des zu vergleichenden Personenkreises ist das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot bei einseitigen Maßnahmen (Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV): Dieses ist auf Handelspartner beschränkt.<sup>51</sup> Das Vergleichsmarktkonzept lässt sich bei Zugrundelegung eines deskriptiven Ansatzes zwanglos erklären. Dasselbe gilt für das Merkmal der „Gleichartigkeit“ in §§ 19 Abs. 4 Nr. 3, 20 Abs. 1 GWB. Auch hier ist lediglich erforderlich, dass die zu vergleichenden Marktakteure nach ihrer Tätigkeit und wirtschaftlichen Funktion im Verhältnis zur Marktgegenseite dieselben Anforderungen erfüllen.<sup>52</sup> Das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot beschränkt sich auf gleichartige Unternehmen, denen der Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich ist.<sup>53</sup> Dafür kommt es nur auf die objektive Marktsituation an. Es genügt, dass ein marktmächtiges Unternehmen grundsätzlich bereit ist, mit anderen Unternehmen zu kontrahieren. Auf die einzelnen Bedingungen kommt es auf dieser Stufe nicht an. Ganz ähnlich verhält es sich im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht. Bei einer Einstellungsdiskriminierung kommt es für die Vergleichbarkeit lediglich auf die objektive Eignung des Bewerbers an.<sup>54</sup> Maßgeblich ist also, ob der Bewerber die Anforderungen erfüllt, die an die jeweilige Tätigkeit aufgrund der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsauffassung gestellt wird. Die individuell fachliche und persönliche Qualifikation spielt dagegen erst auf der Ebene des Rechtfertigungsgrundes eine Rolle.

### 3. Ungleichbehandlungsgebot?

Jede Gleichheitspräsumtion muss sich der Frage stellen, wie sie sich mit dem Gebot der Ungleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte vereinbaren lässt.<sup>55</sup> Darauf sind zwei Antworten möglich: eine methodische und eine inhaltliche. Zur methodischen Seite. Im hier vertretenen Modell fungiert die Ungleichbehandlung

<sup>51</sup> Siehe oben § 5 IV 2 b) (2).

<sup>52</sup> Oben § 5 IV 3 c) (3).

<sup>53</sup> Zum Folgenden oben § 5 IV 3 c) (2).

<sup>54</sup> Siehe oben § 6 V 2 a) (2).

<sup>55</sup> Darin liegt, wie *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 68 mit Recht schreibt, das zentrale Problem der Gleichheitspräsumtion.



vergleichbarer Sachverhalte als Argumentationslastregel.<sup>56</sup> Ungleichbehandlungen sind rechtfertigungspflichtig, weil eine gleiche Behandlung geboten ist. Daher sind der Präsomption *prima facie* entsprechende Gleichbehandlungen erst dann zu verwerfen, wenn feststeht, dass es einen zureichenden Grund für Ungleichbehandlung gibt. Dieser „schwache Status“<sup>57</sup> der Gleichheitspräsomption erfüllt seinen Zweck, den Zugang zum Rechtfertigungsdiskurs offen zu halten. Das genügt für das Prinzip personaler Gleichheit. Dazu kommt das inhaltliche Argument. Im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht kann auf das Gebot der Ungleichbehandlung verzichtet werden. Das Diskriminierungsverbot enthält nämlich selbst den entscheidenden Gleichbehandlungsmaßstab, so dass man auf den Gedanken proportionaler Gleichheit, aus dem zwangsläufig auch der Ungleichbehandlungsgrundsatz folgt, nicht mehr angewiesen ist.<sup>58</sup> Das Nichtdiskriminierungsrecht beantwortet auch die Frage, ob sich die Präsomption auf die *formale* oder die *materiale* Gleichbehandlung bezieht.<sup>59</sup> Eine formale Konzeption der deskriptiven Gleichheit, die „deskriptiv“ mit „formal“ gleichsetzt,<sup>60</sup> ist zu unreflektiert. Sie führt zwangsläufig zum Ergebnis, dass dieselbe Behandlung „je nach dem welches Begriffsverständnis man zugrunde legt, einmal als Gleich- und das andere Mal als Ungleichbehandlung angesehen“ wird.<sup>61</sup> Pöschl nennt als Beispiel eine Maßnahme, die nicht zwischen behinderten und nicht-behinderten Kindern unterscheidet und erstere im Ergebnis benachteiligt, *weil* sie beide Gruppen gleich behandelt.<sup>62</sup> Konstruiert man den Fall als gleichheitswidrige formale Gleichbehandlung, verfehlt man sein eigentliches Problem.<sup>63</sup> Die formale Gleichbehandlung ist nicht deshalb problematisch, weil sie vermeintlich Ungleiches gleich behandelt. Sie wird erst dann gleichheitsrechtlich relevant, wenn daraus eine besondere Benachteiligung für die behinderten Kinder entsteht. Diese Prozesse offenzulegen und damit zum Gegenstand juristischer Diskurse zu machen, ist die Aufgabe von Gleichbehandlungsrecht.

Das zeigt die mittelbare Diskriminierung. Sie wird gerne als Verbot der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte dargestellt. Überzeugender ist es, in der formal zwar gleichen, aber eine Person bzw. Personengruppe aufgrund ihrer Differenz besonders benachteiligenden Behandlung, eine materiale Ungleichbe-

56 Dazu bereits Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 370 ff; Gosepath, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 202.

57 Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 71.

58 Damit entgeht das Modell der an Sachs, Grundrechte, 2003, B 3 Rn. 41 ff adressierten Kritik von Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 70. Nach Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1479 ff ermöglicht es die egalitäre Grundausrichtung des allgemeinen Gleichheitssatzes auch verfassungsdogmatisch vom Ungleichbehandlungsgebot abzusehen.

59 Gestellt von Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 71 Fn. 132.

60 Exemplarisch Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 143 f, 161 ff.

61 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 144.

62 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 161 f.

63 Simons, 65 B.U. L. Rev. 387, 444-445 (1985) machte darauf aufmerksam, dass beide im Text angesprochenen Interpretationsalternativen logisch möglich sind.

handlung vergleichbarer Sachverhalte zu sehen.<sup>64</sup> Ein schönes Beispiel dafür ist die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Odar*. Dort ging es um einen Sozialplan, der bei der Berechnung der Abfindungshöhe zwischen Arbeitnehmern, die einer kurz vor dem Renteneintritt stehenden Altersgruppe angehören und rentenfernen Jahrgängen differenzierte. Der Gerichtshof entschied, dass die Betriebsparteien die darin liegende ungleiche Behandlung wegen des Alters rechtfertigen konnten.<sup>65</sup> Erschwerend kam aber hinzu, dass sich in der ersten Gruppe mit Herrn Odar ein behinderter Arbeitnehmer befand.<sup>66</sup> Die formal gleiche Berechnung der Abfindung kann die behinderte Person aber material ungleich behandeln. Sie diskriminiert mittelbar, weil die Altersgrenze für den Bezug einer Rente – und damit ein relevanter Umweltfaktor für das Nichtdiskriminierungsrecht – für Schwerbehinderte niedriger angesetzt ist.<sup>67</sup> Der behinderte Arbeitnehmer befindet sich auch in einer Situation, die mit der Situation nichtbehinderter Arbeitnehmer derselben Altersgruppe vergleichbar ist, weil das „Arbeitsverhältnis mit ihrem Arbeitgeber aus demselben Grund und unter denselben Voraussetzungen endet“.<sup>68</sup> Auf eine sozialrechtliche Kompensation kommt es bei einem strikt deskriptiven Verständnis der Vergleichbarkeit nicht an.<sup>69</sup> Das Beispiel beleuchtet die Wirkung des materialen Gleichbehandlungsbegriffs der mittelbaren Diskriminierung:<sup>70</sup> Man schuldet Individuen Gleichbehandlung unter Berücksichtigung ihrer Differenz.

Außerhalb des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts stellt sich ganz generell die Frage, ob ein Gleichbehandlungsgrundsatz überhaupt private Akteure zur Ungleichbehandlung *verpflichtet* kann. Dass sie ein Recht zur Ungleichbehandlung haben können, ist selbstverständlich: das folgt schon aus der Privatautonomie.<sup>71</sup> Ein Beispiel dafür ist die Freiheit des Schuldners, eine selbstbestimmte Auswahl des Gläubigers bei einer mehrfach geschuldeten Stückschuld zu treffen.<sup>72</sup> Ob daneben Raum für eine darüber hinausgehende Pflicht zur Ungleichbehandlung vergleichbarer Personen besteht, halte ich für sehr zweifelhaft. Das Beispiel der beschränkten Vorratsschuld bestärkt mich darin:<sup>73</sup> Indem die G<sub>1</sub> Lieferung der vertraglich vereinbarten Menge Zuckerrübensamen vom Schuldner verlangte, obwohl dessen Vorrat aus unvorhersehbaren Gründen nicht zur Belieferung aller Gläubiger ausreichte, begehrte sie im Vergleich zu den übrigen Gläubigern eine

64 Dazu oben § 6 V 2 b (3)(bb).

65 So EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 37 ff; dazu *Grünberger/Sagan*, EuZA 2013, 324, 329 f, 332 ff.

66 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 16.

67 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 56 f.

68 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 61.

69 Dazu bereits oben § 7 III 2.

70 Dazu oben § 6 II 2 b).

71 Zur Rechtfertigung der darin liegenden Ungleichbehandlung unten § 7 IV 2.

72 Siehe oben § 5 VII 2.

73 Zum Beispiel oben § 5 VII 2 a).

Sonderbehandlung. Das Reichsgericht hat den vertraglich bestehenden Anspruch *pro rata* gekürzt, damit alle Gläubiger des Schuldners anteilmäßig befriedigt werden können.<sup>74</sup> Es hat im Ergebnis sowohl das *Recht* des Schuldners verneint, liefern zu dürfen, als auch eine *Pflicht* zur Lieferung abgelehnt. Damit ist der Schuldner nicht zur Ungleichbehandlung verpflichtet. Eine solche Pflicht ist privatrechtstheoretisch auch überflüssig: Die Privatautonomie stellt sicher, dass private Akteure ungleiche Sachverhalte auch ungleich behandeln werden. Ihre Regelung darf das Recht insoweit den subjektiven Präferenzen der Beteiligten überlassen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht beschränkt sich daher auf die Gleichheitspräsumtion.

#### 4. Benachteiligung

Eine tatbestandliche Ungleichbehandlung liegt nur vor, wenn eine Person aufgrund eines Verhaltens einer anderen Person tatsächlich einen Nachteil erlitten hat.<sup>75</sup> Das ist die Ungleichbehandlung i.e.S. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nennt es die „weniger günstige Behandlung“ (§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG). Behandlung ist jede Einwirkung auf die im weitesten Sinne verstandenen objektivierbaren Interessen der ungleich behandelten Person.<sup>76</sup> Dafür genügt es, wenn eine Person objektiv anders als die Vergleichsperson oder Vergleichsgruppe behandelt wird.<sup>77</sup> Ausschlaggebend ist das Ergebnis der Maßnahme<sup>78</sup>, das unter rein deskriptiven Gesichtspunkten festzustellen ist. Normative Erwägungen sind auf Tatbestandsseite fehl am Platz. Man kann daher einen Nachteil nicht deshalb verneinen, weil eine Gesamtwürdigung aller Vor- und Nachteile eine für den Betroffenen positive Bilanz ergibt.<sup>79</sup> Regelmäßig wird ein wirtschaftlicher Nachteil als Konsequenz der gleichheitswidrigen Freiheitsbeschränkung der Person vorliegen. Notwendig ist dieser nicht. Das zeigen die Diskriminierungsverbote. Dort genügt jede Beeinträchtigung des Gleichbehandlungsinteresses, um eine Benachteiligung zu begründen.<sup>80</sup> Der Nachweis, dass zwei Sachverhalte oder Personen (-gruppen) unterschiedlich behandelt werden, fällt daher in der Regel leicht.<sup>81</sup> Wenn eine Behandlung erfolgt, muss sie für vergleichbare Personen auch gleich

74 Einzelheiten unter § 5 VII 2 c).

75 Siehe oben § 6 V 2 a) (1).

76 Vgl. *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1469 (zu Art. 3 Abs. 1 GG).

77 Näher oben § 6 V 2 a) (1).

78 *Damm*, Menschenwürde, 2006, 341 f.

79 Anders aber das BAG NZA 2010, 561 Rn. 33; dazu bereits oben § 6 V 2 a) (2) und ausführlich *Grünberger*, EuZA 2011, 171, 148 ff.

80 Dazu näher oben § 6 V 2 a) (1); iE anders *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1469 Fn. 181, der das Interesse an der Gleichbehandlung zwingend von der Feststellung einer nachteiligen Behandlung trennen will.

81 Siehe GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 91 (zum Unionsrecht) und *Jarass* in: Jarass/Piero, GG, § 3 Rn. 7 (zum deutschen Verfassungsrecht).

erfolgen.<sup>82</sup> Der Anspruch auf Gleichbehandlung ist daher ein implizites komparatives Recht.<sup>83</sup>

#### IV. Rechtfertigung

##### 1. Im Zentrum des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Aufgrund der Präsumption der Gleichbehandlung ist jede Ungleichbehandlung eines privaten Akteurs durch einen anderen Privaten begründungsbedürftig. Der Gleichbehandlungsanspruch darf nicht mit dem Anspruch auf „gleiche Behandlung“ gleichgesetzt werden. Er beinhaltet zunächst nur einen Anspruch auf Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Erst wenn diese misslingt, folgt daraus ein Anspruch auf gleiche Behandlung. Damit steht die Rechtfertigungsprüfung im Mittelpunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Sie ist die „Cella der Gerechtigkeit“<sup>1</sup>. Sie ermöglicht es dem von einer ungleichen Behandlung Betroffenen, den ihn ungleich Behandelnden nach den Gründen für sein Verhalten zu fragen. Der ungleich Behandelnde muss die Gründe dafür benennen. Damit zwingt das Prinzip die Parteien in einen Rechtfertigungsdiskurs. Dieses „Recht auf Rechtfertigung“<sup>2</sup> hat eine Schlüsselstellung in einer liberalen Privatrechtstheorie, die einerseits den Markt als primäres Verteilungsinstrument gesellschaftlicher Ressourcen institutionalisiert und mit den Instrumenten des Privatrechts erst operabel macht, andererseits aber dessen mehrfache Gleichheitsblindheit<sup>3</sup> erkennen und eingrenzen muss.<sup>4</sup> Die Rechtfertigungsprüfung ist der methodische Ort, an dem die privaten Autonomiebereiche *beider* Privatrechtssubjekte kompatibelisiert und die kollidierenden Rechtspositionen aufgelöst werden: Das sind auf der Seite des ungleich Behandelnden subjektive Präferenzen, die vom Prinzip personaler Freiheit geschützt werden. Auf der Seite des ungleich Behandelten ist es zunächst der aus dem Prinzip personaler Gleichheit folgende *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung. Dieser schützt als Freiheitsrecht zweiter Ordnung mittelbar auch seine Handlungsmöglichkeiten in der Gesellschaft. In diesen Zusammenhang erinnere ich an die Konzeption des wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbots (§ 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB) als das Freiheitsrecht der von marktmächtigen Unternehmen abhängigen Unternehmen<sup>5</sup> oder an die die vom

82 *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1471.

83 Vertiefend dazu *Simons*, 65 B.U. L. Rev. 387, 416-427 (1985).

1 *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 44 f.

2 Dazu vertiefend unten § 8 II 4 c).

3 Exemplarisch *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 25: „Ein marktwirtschaftliches System [...] ist gegenüber distributiver Gleichheit blind. Gleichheit ist für das ökonomische System exogen und wird durch dieses gerade nicht erzeugt.“ Siehe dazu bereits oben § 2 III.

4 Ein klassisches Beispiel dieser Auffassung findet sich bei *Dworkin*, *A Matter of Principle*, 1986, 181 ff, 192 ff.

5 Dazu oben § 5 IV 3 b).